



CUADERNOS DE LA GUARDIA CIVIL

AÑO 1993 - NUMERO 9

JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO

El arresto de fin de semana y la multa por cuotas

ENRIQUE RUIZ VADILLO

El proceso penal en el estado social y democrático de derecho

ANTONIO MORALES VILLANUEVA

Los estados de excepción en nuestro ordenamiento jurídico

JUAN TERRADILLOS BASOCO

Delitos contra los poderes y orden públicos

JUAN JOSE GONZALEZ RUS

El artículo 340 bis b) del Código Penal. Especial consideración de la responsabilidad penal de las personas obligadas a mantener la seguridad de las vías

JUAN ANTONIO MARTOS NUÑEZ

La preterintencionalidad

LUIS RODRIGUEZ RAMOS

Responsabilidad penal por atentados contra el medio ambiente

BALDOMERO CASADO RAIGON

Valoración judicial de las pruebas periciales de identificación

ROSEMARY BARBERET

La policía y la investigación criminológica

RAFAEL MATAMOROS MARTINEZ

La responsabilidad de las administraciones públicas, sus autoridades y funcionarios en la LRJ-PAC. Ley 30/92 de 26 de noviembre

MIGUEL LOPEZ CORRAL

La Guardia Civil en el Golpe de Pavia



**CUADERNOS
DE LA
GUARDIA CIVIL**

COORDINACION:
Oficina de Relaciones Informativas y Sociales.

CONSEJO DE REDACCION:
María Esther Fernández Iñigo.
Benito Monzón Montero.
Angel Luis Ruiz Yravedra.
Maximiliano Lasén Paz.
Gonzalo Jar Couselo.
Joaquín Barreira Rodríguez.
Miguel López Corral.

DISEÑO Y CONFECCION:
Francisco Martín Cejudo.

ADMINISTRACION Y DISTRIBUCION:
Revista Profesional.

UNIDAD EDITORA:
Centro de Publicaciones.
Ministerio del Interior.

AUTORA Y PROPIETARIA:
Dirección General de la Guardia Civil.

Déposito Legal: M-16131-1989

I.S.S.N.: 84-505-8574-0

NIPO: 126-93-004-5

DIRECCION Y ADMINISTRACION:
Guzmán el Bueno, 110.
28003 MADRID.

Teléfonos: 234 20 00 - 234 32 00
Ext. 3493

SUSCRIPCION:
Miembros de la Guardia Civil:
Dos números anuales 1.400 pesetas.

Particulares:
Dos números anuales 1.600 pesetas.

I.V.A. y gastos de envío incluidos.

Asociación Pro Huérfanos Guardia Civil
(Imprenta-Escuela)
Príncipe de Vergara, 248 - 28016 MADRID

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
■ JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO: El arresto de fin de semana y la multa por cuotas...	3
■ ENRIQUE RUIZ VADILLO: El proceso penal en el estado social y democrático de derecho	9
■ ANTONIO MORALES VILLANUEVA: Los estados de excepción en nuestro ordenamiento jurídico...	21
■ JUAN TERRADILLOS BASOCO: Delitos contra los poderes y orden públicos	41
■ JUAN JOSE GONZALEZ RUS: El artículo 340 bis b) del Código Penal. Especial consideración de la responsabilidad penal de las personas obligadas a mantener la seguridad de las vías	49
■ JUAN ANTONIO MARTOS NUÑEZ: La preterintencionalidad	65
■ LUIS RODRIGUEZ RAMOS: Responsabilidad penal por atentados contra el medio ambiente ...	93
■ BALDOMERO CASADO RAIGON: Valoración judicial de las pruebas periciales de identificación	105
■ ROSEMARY BARBERET: La policía y la investigación criminológica	115
■ RAFAEL MATAMOROS MARTINEZ: La responsabilidad de las administraciones públicas, sus autoridades y funcionarios en la LRJ-PAC, Ley 30/92 de 26 de noviembre	125
■ MIGUEL LOPEZ CORRAL: La Guardia Civil en el Golpe de Pavía	145



La Revista Cuadernos de la Guardia Civil no se responsabiliza de las opiniones contenidas en los artículos firmados.

EL ARRESTO DE FIN DE SEMANA Y LA MULTA POR CUOTAS

JOSÉ LUIS MANZANARES SAMANIEGO

Vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial
Magistrado del Tribunal Supremo

EL ARRESTO DE FIN DE SEMANA

Sorprende la constante presencia del arresto de fin de semana en los trabajos pre-legislativos de los últimos años. Recogido en el Proyecto de 1980 (art. 42), pasa a la propuesta de 1983 (art. 36) y al Borrador de 1990 (art. 35) para llegar al Anteproyecto de 1992 y, finalmente, al Proyecto ahora comentado (art. 34). Por desgracia, en ninguno de tales textos se explica la confianza que esa pena merece. Su problemática es des-pachada en la Exposición de Motivos del Proyecto con tres líneas y media: "La pena de arresto de fin de semana, que supone una aflicción absolutamente distinta del ingreso en prisión, experimentada hace años en otros países, parece la más apta para encontrar el equilibrio entre las proscritas penas cortas de privación de libertad y las multas". Se trata, en realidad, de una sanción muy escasamente utilizada como pena general o común en el Derecho comparado y no parece haya tenido particular éxito. Así las cosas, convendría recordar que la Administración de Justicia española no se encuentra en las mejores condiciones para experimentos tan novedosos como caprichosos. La previsión del repetido arresto sólo en un número relativamente bajo de infracciones penales no aminora el rechazo "cualitativo". De otro lado, con frecuencia se prevé en alternativa múltiple con la prisión lineal y la multa, lo que facilitaría su desaparición.

Si en algo coinciden los autores cuando se ocupan del arresto de fin de semana, es en la necesidad de que se cumpla en régimen de

aislamiento. Sólo así se evitará la tertulia de delincuentes. Pues bien, todo apunta hacia un futuro incierto. En el art. 34 del Anteproyecto se empezaba previendo el cumplimiento en "el establecimiento penitenciario más próximo al domicilio del arrestado" (que puede estar a más de cien kilómetros de distancia) y luego se establecía la excepción referida a los "depósitos municipales o arrestos policiales, a solicitud del Ministerio Fiscal, previa conformidad del reo, y siempre que lo autorice la Autoridad competente". En relación con dicho texto, ya advertimos que esa triple coincidencia —Fiscal, reo y autoridad competente— entorpecería la ejecución de la sentencia (que incluso puede ser de un solo fin de semana). También nos preguntábamos qué pasaría si el reo insolvente no se conformara o si no se le diese tal oportunidad. ¿Quién se ocuparía entonces de su traslado?

Luego, la redacción del art. 34.2 del Proyecto experimenta cambios sustanciales: "Excepcionalmente y no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el Juez o Tribunal sentenciador podrá acordar que el arresto de fin de semana se cumpla en depósitos municipales o centros policiales, a solicitud del Ministerio Fiscal, previa audiencia del reo, y siempre que se cuente con la Autoridad de la que dependa el depósito o centro." Se mantiene así la iniciativa del Fiscal, pero la "conformidad" del reo se transforma en simple "audiencia", y en lugar de exigirse, como en el Anteproyecto, "que lo autorizase la Autoridad (*sic*) competente", basta ahora "que se cuente con la Autoridad de la que dependa el depósito o centro". El jurista agradecería mayor claridad sobre el significado que aquí deba tener el verbo "contar".

Los problemas de infraestructura son bien conocidos para los penalistas españoles. Cabe temer que los reos terminen soportando resignadamente las insuficiencias de depósitos municipales o comisarías de policía de su lugar de residencia sólo por evitar el traslado y "encarcelamiento" en sentido estricto. Cabe también que estas excepciones sean más o menos selectivas y rompan la igualdad ante la ley. Valga adelantar asimismo —a mayor abundamiento y desde otro ángulo— la referencia del art. 88 a una sustitución de pena de prisión por arresto de fin de semana "vistas las posibilidades efectivas de cumplimiento", con lo que las insuficiencias administrativas primarían sobre el art. 14 de la Constitución española. Cabe incluso que algún Tribunal opte por un ilegal

—formalmente al menos— arresto domiciliario como medio de salvar las dificultades prácticas. Demasiadas interrogantes para una pena innecesaria y reservada fundamentalmente a unas faltas cuyo enjuiciamiento sufre con frecuencia lamentables retrasos.

No se olvide, por último, que según el art. 25.2 de nuestra Constitución, "las penas privativas de libertad... estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social". El arresto de fin de semana no puede tener otro efecto, dentro de la prevención especial, que el intimidatorio. Su inidoneidad para adaptarse al imperativo constitucional es, por lo tanto, absoluta. Se produciría así una situación tan paradójica como irracional. El pequeño delincuente que no precisa resocialización alguna sería castigado "pasándole" semanalmente por ese medio carcelario que sigue siendo más escuela de criminalidad que de otra cosa. Un ejemplo de prevención especial al revés.

La sustitución de la pena de prisión (art. 88 del Proyecto) sólo debería hacerse por multa, pero de ello se hablará al examinar dicha posibilidad.

Ni Alemania, ni Austria, por citar alguno de los Códigos penales más recientes en nuestro entorno, han necesitado el arresto de fin de semana. Tampoco el Proyecto Alternativo alemán de 1966. En cuento a Portugal, la denominada *prisão por dia livres* sólo aparece en su art. 44 como posible sustitutivo de "la pena de prisión no superior a tres meses que no deba ser sustituida por multa". De ello nos ocuparemos a propósito de la sustitución de penas en nuestro Anteproyecto.

Repárese, por último, desde un punto de vista práctico, en lo que puede suponer la revisión de sentencias como secuela inevitable de la admisión de esta pena en un nuevo Código. Y curiosamente, se precisarían más plazas de arresto de fin de semana —por estas revisiones— al entrar en vigor la nueva Ley que una vez normalizada su aplicación.

No son muy esperanzadoras algunas declaraciones en el sentido de aprovechar las camas disponibles los fines de semana al marcharse de permiso las personas clasificadas en tercer grado. Tal solución olvida por completo el indicado riesgo de contagio o "desocialización". El problema no se resuelve, sino que se agrava y consolida con la idea de los nuevos "Centros de Inserción Social" que en adelante, y según un Docu-

mento entregado por el Ministerio de Justicia a la Comisión de Justicia y Derecho del Congreso durante la tramitación del último Proyecto, acogerían conjuntamente a parte de los penados clasificados en tercer grado y a estos condenados a arresto de fin de semana.

Conviene subrayar también los inaceptables titubeos de Anteproyecto y del Proyecto respecto al módulo de equivalencia entre el arresto de fin de semana y la prisión lineal. Empezando por el Anteproyecto, su art. 34.1 y 3 señalaba al arresto de fin de semana la duración de treinta y seis horas, estableciendo después el cómputo de "dos días de privación de libertad por cada fin de semana" cuando se ha de cumplir ininterrumpidamente por ausencias no justificadas. Pues bien, en la Sección dedicada a la "sustitución de la pena de prisión" se establecía que "cada semana de prisión será sustituida por un arresto de fin de semana" (art. 87.1). Para completar la confusión, en la Disposición transitoria octava se leía —a propósito de la revisión de sentencias y la gravedad comparativa de las penas— que "la duración de la privación de libertad equivale a tres días por cada fin de semana que correspondiera imponer". Habría hecho falta alguna explicación para entender tales variaciones.

Los módulos de conversión del art. 34.1 y 3, y del art. 87.1 del Proyecto —contradictorios entre sí— han pasado, respectivamente, a los arts. 34.1 y 3, y 88.1 del Proyecto. En cambio, y afortunadamente, en la Disposición transitoria octava se abandona la absurda conversión de cada unidad de arresto de fin de semana por tres días de privación lineal de libertad, y se respeta la equivalencia del repetido art. 34.3.

Es de alabar la clarificación —aunque sea parcial, y sólo en el articulado propiamente dicho— de criterio a seguir en la equivalencia o conversión del arresto de fin de semana en prisión lineal, por el mantenimiento de la sustitución de ésta por aquél, transformando cada semana de prisión en sólo un arresto de fin de semana (art. 88.1), hace temer que se utilice la sustitución de una pena por otra, no tanto para, respetando el *quantum* punitivo, evitar los males de las tradicionales penas carcelarias, como para lograr una cierta descongestión de nuestros establecimientos penitenciarios por vía de lo que cabría llamar "indultos judiciales" parciales (combinación de los art. 88.1 y 71.2).

Merece también censuras la imprecisión del Proyecto acerca de si el arresto de fin de

semana se incluye o no en la suspensión de la ejecución de "la pena privativa de libertad" (arts. 80 y ss.).

Los informes del Consejo General del Poder Judicial, de las asociaciones judiciales y de la doctrina mayoritaria expresan su preocupación y desconfianza por la pena de arresto de fin de semana.

LA PENA DE MULTA

La adopción de la multa escandinava o por cuotas fue prevista ya en el Proyecto de 1980 y se inserta en una corriente generalizada en el Derecho comparado. Quizá la única nota disonante provenga de Dinamarca, donde se estudia el regreso a la multa tradicional. La nueva multa española, con sus cuotas semanales y mensuales (además de las diarias) y sus previsiones de pago escalonado parece, además, haberse inspirado en el *Laufzeitgedanke* que dio vida a la multa temporal del Proyecto Alternativo alemán. De prosperar, pues, el actual Anteproyecto, el nuevo Código Penal español podría convertirse en el primer fruto de este particular modelo de multa, al menos en cuanto a la asunción de algunos de sus rasgos.

En todo caso, la propuesta española prescinde de las *Auflagen* y *Weisungen* —"tareas" y "reglas de conducta" en la terminología patria—, así como del ayudante de prueba, con los que el Proyecto Alternativo refuerza el valor resocializador de la multa, en línea con lo previsto para la suspensión del fallo, la condena condicional y la libertad condicional.

Con la nueva concepción, se dispondrá de una multa en la que no se mezclan la anti-juridicidad y la culpabilidad, por una parte, y la situación material del reo, por otra. La cuantía de la multa se fija como resultado de dos actos distintos, se realicen o no en diversos momentos procesales. En el primero, al que corresponde la verdadera medida de la pena, se fija el número de cuotas, con el mismo criterio que si de una privación de libertad se tratase. En el segundo —donde sólo se busca ya la igualdad de incidencia real sobre sujetos económicamente desiguales—, la cuota se individualiza, atendiendo, en sentido amplio, a esos particulares condicionamientos patrimoniales. Puede parecer superfluo mencionar a estas alturas, aunque sea en pocas palabras, en qué consiste sustancialmente la nueva multa, pero desgraciadamente no es así. El actual

Anteproyecto, como antes el Proyecto de 1980, la Propuesta de 1983 y el Borrador de 1990, olvida a veces este planteamiento.

El número de cuotas es el único reflejo concreto de la gravedad del delito en relación con un responsable determinado. Dentro y fuera del Registro de antecedentes penales desaparece uno de los defectos más significativos de la multa ordinaria, en cuya aplicación incide como elemento de primer orden la situación económica del reo. Ésta, normalmente ajena a la conducta criminal, sólo en algunos casos juega cierto papel indirecto en la antijuridicidad o culpabilidad. Sobre el número de cuotas, y no sobre la cuantía final de la sanción, deben girar la prescripción, la recidiva, la condena condicional y cuantas instituciones valoren la gravedad de la pena. El módulo de transformación o equivalencia con una privación de libertad es cuestión a resolver discrecionalmente por el legislador.

Sucede, sin embargo, que, una vez establecido —sea el de día— multa por día de prisión, como en Suecia, Finlandia o Alemania, o el de dos días —multa por uno de prisión, como en Austria y en la redacción española—, lo que no cabe es permitir excepciones por supuestos motivos de equidad. Bien está la previsión del art. 47 del Proyecto en el sentido de que "el Juez o Tribunal excepcionalmente, podrá reducir el importe de las cuotas cuando el delincuente, después de la sentencia, empeore de fortuna". Se trata de una previsión que, lejos de afectar al módulo conversor, responde al carácter temporal de la nueva multa española, y tiene precedentes en algún derecho extranjero, como el austriaco.

Lo que no es correcto, ni en el sistema escandinavo puro ni en la multa temporal, es dar un paso más y romper el propio módulo de conversión, como se hace en el art. 49 del Proyecto español. Tras recoger la equivalencia de dos a uno para los casos de insolvencia, añade el precepto la salvedad de que el Tribunal "motivadamente y en supuestos excepcionales, atendidas las circunstancias personales y familiares del reo, estimare oportuno reducir ese tiempo". La cuestión es muy grave, pero no sólo —pese a ser ello importante— por lo que esa declaración significa de quiebra en el automatismo y seguridad de la conversión —piénsese además de en la prisión subsidiaria en el abono de la preventiva—, sino también, y sobre todo, porque es totalmente incompatible con la concepción de la multa por cuotas. El

Proyecto de 1980 (art. 58) y la Propuesta de 1983 (art. 48) habían preferido referirse a "razones de equidad". En el repetido art. 49 se propone simple y llanamente un tardío perdón judicial parcial del multado. La interpolación de la frase "atendidas las circunstancias personales y familiares del reo" sobre el texto del art. 49 del Proyecto no afecta al fondo del problema.

Podría entenderse también —dada la confusa redacción de esta previsión— que no se pretende tanto alterar el repetido módulo como otorgar al juzgador una cierta discrecionalidad para actuar en línea con las limitaciones ahora preceptivas de la responsabilidad personal subsidiaria según el actual art. 91 del Código Penal. De ser así, habría que plantearse la cuestión de hasta qué punto esas fronteras son compatibles con la nueva multa y, en todo caso, aclarar el texto que se nos propone.

El modelo fijo de conversión debe operar siempre, sea en la responsabilidad personal subsidiaria por impago, sea en el abono de la prisión provisional a la multa (arts. 54 y 55 del Proyecto), sea en la sustitución de la prisión por multa (art. 88.1 del Proyecto), sea en la revisión de sentencias por aplicación de la ley posterior más favorable (Disposición transitoria octava), sea, en último término, respecto al arresto de fin de semana, si a éste se le señala también una determinada equivalencia con la prisión lineal.

Particular atención merece la determinación del criterio con que debe determinarse el valor de la cuota dentro de los límites legales. Según el art. 46.3 del Anteproyecto, que conectaba así con el art. 55 del Proyecto de 1980, tal operación se haría "teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo". La fórmula elegida era, y es, de excesiva vaguedad. El art. 46.3 del Proyecto reproduce el texto del Anteproyecto, si bien con una matización procesal: "...Igualmente, fijarán en la Sentencia, o excepcionalmente mediante Auto, el importe..."

Para el Código finlandés la suma diaria debe corresponder al ingreso diario medio del reo, sin olvidar su fortuna, sus obligaciones familiares y otras circunstancias que influyan en su capacidad de pago. En Dinamarca, la individualización se hace sobre las condiciones de vida del delincuente, en especial su fortuna, sus obligaciones familiares y otras circunstancias del acusado. Puede resumirse el panorama de los tres países escandinavos diciendo que en todos ellos

suele operarse sobre la milésima parte del ingreso anual, lo que equivale aproximadamente a un tercio del diario. El Ministerio Fiscal ha elaborado en Suecia unas tablas para precisar el importe del día-multa según los distintos factores a considerar. Resulta innecesario subrayar la importancia de dicho baremo para unificar la jurisprudencia.

En el Código Penal tipo latinoamericano se dispone que "el importe del día-multa será equivalente a la entrada diaria del sentenciado y se determinará de acuerdo con la situación económica del condenado, atendidos especialmente su caudal, rentas, medios de subsistencia, nivel de gastos y otros elementos de juicio que el juez considere apropiados", añadiéndose que "si el condenado viviese exclusivamente del producto de su trabajo, el día-multa no podrá ser inferior a la mitad de su entrada diaria, ni exceder el tanto de ella" (párrafos 2º y 3º del art. 45).

La medida concreta del día-multa en la nueva Parte General del Código Penal alemán viene regulada en los párrafos 2º y 3º del § 40. A su tenor, la cuantía determina atendiendo a "las condiciones personales y económicas del reo" y "pueden ser tenidos en cuenta sus ingresos, su fortuna u otros factores básicos". El primer entrecomillado procede literalmente del párrafo 2º del § 51 del Proyecto oficial de 1962.

La regulación propuesta por el Proyecto Alternativo de 1966 buscaba aumentar el sufrimiento producido por la pena pecuniaria. Veamos el párrafo 2º de su § 49: "El Tribunal fija la cuantía de las cuotas diarias, semanal o mensual, tomando en consideración las condiciones personales y económicas del reo en el momento de la publicación de la sentencia. Las cuotas deben calcularse de forma que al reo le queden por lo menos, como mínimo de existencia, las cantidades inembargables..."

En el Código austriaco de 1974 el párrafo 2º de su § 19 nos da una noción de cuota diaria que ha sido interpretada del siguiente modo: El día-multa se mide según la capacidad de pago del delincuente en el momento de la sentencia de primera instancia, en especial atendiendo a sus ingresos, fortuna cuya realización le pueda ser exigible y posibilidades de alcanzar ingresos en adecuada actividad profesional, de manera que (el día-multa) responda a la suma que el delincuente puede gastar para sí como media diaria de acuerdo con aquellos principios.

En el nuevo Código Penal portugués, el día-multa se fija "en función de la situación económica y financiera del condenado y *dos seus encargos pessoais*".

No se trata, pues, de definir el día-multa (y por derivación la semana-multa y el mes-multa), pero sí de cuestionar la parquedad con que nuestro Proyecto aborda la cuestión. A su tenor resulta difícil saber si nos inclinamos por el principio de menoscabo o pérdida exigible al reo, como en la regulación positiva alemana, por el del límite inembargable que sostuvo el proyecto alternativo alemán, por el del gasto personal según el Código austriaco, por el de los ingresos netos o por cualquier otro. No debe olvidarse tampoco la relación entre el criterio que aquí se siga y la conversión que se fije frente a la pena de prisión.

Si no se señala con la mayor precisión posible el criterio para la fijación del valor de la cuota, y si, como es de temer, no se le proporcionan luego al juzgador los datos fiables que necesita esa individualización en cada caso, la nueva multa puede quedar en simple apariencia. Se corre entonces el peligro de que los Jueces y Tribunales calculen como hasta ahora el importe final de la multa —compensando a la baja la falta de antecedentes seguros— y busquen después los factores que arrojarían aquel producto.

En relación con otros puntos concretos del articulado propuesto por el Proyecto conviene añadir lo siguiente:

- 1.º La duración máxima de la multa puede pecar de excesiva. Así, el Código Penal alemán sólo llega a las 365 cuotas diarias, mientras que nuestro art. 46.1 acepta los 24 meses del Proyecto Alternativo alemán, olvidando esa configuración complementaria que aquí nos falta.
- 2.º Las cuantías de las cuotas en el art. 46.2 del Proyecto no se ajustan a la aritmética. El error procede del Borrador de 1990 y se repite en el último Anteproyecto. Habría de corregirse sobre la base de que una semana tiene siete días, y un mes, treinta.
- 3.º La redacción del art. 46.4 —repetición de la del Anteproyecto— no es de recibo. Procede volver al texto del art. 46 del Borrador, que se remonta hasta el propio Proyecto de 1980, pasando por la Propuestas de 1983.
- 4.º La posibilidad de reducción del importe de las cuotas, según el art. 47, debe-

ría prescindir de la frase final que se le añadió en el Borrador y pasó al Anteproyecto: "... de tal modo que le sea imposible satisfacer la pena impuesta". Sin ella el texto quedaría más claro y más flexible.

Terminando el comentario a la nueva regulación de la multa, ha de rechazarse como contradictoria y perturbadora la reaparición en el art. 48 del Proyecto (y de su Anteproyecto) de la multa tradicional, situada ahora junto a la nueva concepción por cuotas. Ninguno de los textos prelegislativos anteriores al Borrador de 1990 recogió tal dualidad. Parece que se está pensando en los delitos de narcotráfico, pero, por ejemplo, éstos se castigan en el Derecho alemán con la multa escandinava (en alternatividad con la prisión) o sólo con la pena privativa de libertad (art. 29 y siguientes de la *Betäubungsmittelgesetz*). La razón es simple: las penas carcelarias graves son la más fuerte reacción jurídico-penal tanto desde la perspectiva de la prevención general como de la especial. De otro lado, el aspecto económico tiene su correctivo, más que en la multa, en la pérdida o comiso de las ganancias directas e indirectas, hasta donde esta última sea posible.

Repárese también en que esta sorprendente reaparición se halla huérfana de disposiciones complementarias. Las previsiones del Código vigente sólo en parte son suplidas por los arts. 49.3 y 72 del Proyecto. Nada se indica ahora sobre el alcance de la responsabilidad personal subsidiaria y sus limitaciones temporales. Éstas no suelen plantearse en la multa por cuotas, pero en la tradicional responden a una constante de nuestro ordenamiento. La laguna se encuentra ya en el Anteproyecto de 1992, pero, pese a su denuncia, no ha sido llenada.

Valga insistir, por último, en algo que los Códigos penales españoles parecen haber olvidado y que ahora, con la nueva multa temporal, demanda particular atención. La multa no debe acompañar a la prisión, entre otras razones porque ésta impedirá con frecuencia el pago de aquélla. Es preciso acabar con esa especie de "pedrea" a la que nuestros textos nos tienen acostumbrados. Una multa sería exige también una utilización seria. Cuando la delincuencia alcanza ya entidad considerable, bueno será que el Juez pueda elegir entre la pena y la multa. Luego, en la criminalidad grave se operará sólo con la pena carcelaria. ■

EL PROCESO PENAL EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

ENRIQUE RUIZ VADILLO

Presidente de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
y del Instituto Europeo de España. Profesor de Universidad.

E S innegable que el proceso penal es el único instrumento adecuado para la realización de la justicia penal, del llamado *ius puniendi* del Estado, pero, como dice el profesor Gimeno Sendra, en un Estado de Derecho la función del proceso penal no puede ser reconducida exclusiva y mecánicamente a la citada aplicación del Derecho penal, por la sencilla razón de que también está destinado a declarar la libertad del ciudadano inocente. El proceso penal se erige, pues, en un instrumento neutro de la jurisdicción, cuya finalidad estriba tanto en actuar el *ius puniendi* como en declarar (y, si procede, restablecer puntualmente a través del *habeas corpus*) el derecho fundamental a la "libertad" que en tanto valor superior del ordenamiento jurídico ocupa en nuestra Constitución (art. 1º. 1) incluso una posición preferente a la potestad jurisdiccional de imposición de penas. Ahora bien, con la asunción de dicha función no se agota la finalidad del proceso penal, toda vez que, al menos en aquellos países que, como es el caso del nuestro, secundaron el modelo francés de acumulación de la acción civil a la penal derivada del delito, también el proceso penal ha de convertirse en instrumento útil para la reparación de la víctima y, finalmente, tampoco cabe desconocer la función de reinserción que podría asumir el proceso penal contemporáneo.

Por ello es tan definitivamente importante que el proceso penal ofrezca a todos, al acusado, a la víctima y a la sociedad toda, un grado de garantías tal, que el pueblo que es,

en definitiva, el titular de la soberanía conforme a nuestra Constitución, alcance, cada día en mayor medida, la convicción de verdad que el proceso conlleva, de las dificultades que el juzgar a otro entraña y que en cuanto el mismo como jurado intervenga se convencerá de todo ello (v. art. 125 CE) y sabrá que no siempre las absoluciones equivalen a certeza de inocencia, sino a dudas en la culpabilidad.

De ahí que la institución del sobreseimiento provisional o archivo de esta naturaleza haya de alcanzar en el futuro su completa y más exacta significación y trascendencia, evitando que acusaciones endebles, sin la suficiente prueba, puedan conducir a sentencias absolutorias que, en ocasiones, escandalizan. Por ello es por lo que de una u otra manera propugnamos el restablecimiento del auto de procesamiento (art. 384 LECrim) o resolución análoga (que fue siempre una garantía del justiciable y no un baldón), y la construcción de un verdadero y eficaz filtro judicial que separe perfectamente la fase de las acusaciones provisionales de la llamada apertura del juicio oral.

LA PROFUNDA SIGNIFICACIÓN DEL PROCESO PENAL

El proceso penal es el único camino legítimo, frente a lo que sucede en otros campos jurisdiccionales, para que sobre él discorra el Derecho penal y pueda ser aplicado. No puede concebirse un Derecho penal realizado extramuros del proceso y en este orden de cosas ni siquiera la institución de la conformidad tiene un completo paralelismo con el allanamiento del proceso civil.

Obviamente, en una sociedad cuya plataforma venga constituida por el Derecho como limitador de poderes, como coordinador de los mismos y como plenitud de garantías para cuantos en él intervienen, el proceso penal al ser barrera infranqueable de posibles abusos en la investigación, criba de aquellas pruebas que no merecen este nombre, según veremos enseguida, y plenitud de derechos para las partes (y en este sentido nos remitimos a la Declaración Universal de Derechos Humanos, al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de Roma y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York), las decisiones absolutorias serán acaso más numerosas que en otros sistemas en los que la "prueba" (entre comillas) viene ya preesta-

blecida por actuaciones no propiamente procesales, dotadas a veces de una fuerza incompatible con los principios de un Estado de Derecho.

Pero ésta es, entre otras, la grandeza de los Estados de esta naturaleza y de cuantos principios a él se incorporan, aunque haya de advertirse, sin solución de continuidad, que si el Sistema funciona bien (y en este sentido ha de destacarse el relieve que en el proceso penal alcanza hoy el Ministerio Fiscal), no tienen por qué existir bolsas de impunismo injustificadas que, con toda razón, producen escándalo social, teniendo en cuenta, como ya adelantamos, que sólo debe abrirse el juicio oral cuando "probablemente" vaya a producirse una condena contando con un material provisional de "prueba" apto, si se confirma, para que la sentencia condene, evitándose así la llamada "pena de banquillo", que constituye un inequívoco borrón para el propio Ordenamiento jurídico que pueda permitir su abuso.

En este sentido se habla de los "juicios paralelos" que, como bien sabemos están prohibidos en muchos Estados por respeto a las decisiones judiciales que han de producirse en climas de serenidad y sosiego. Pero con ellos o sin ellos (una cosa es informar y otra bien distinta tomar decidido partido por una determinada dirección) es imprescindible que los ciudadanos se convenzan de que con rumores, sospechas, corazonadas, convicciones derivadas de impresiones superficiales, no se puede condenar y que esta idea debe formar parte inseparable de nuestra cultura social compatible, por supuesto, con el convencimiento íntimo que cada persona alcanza cuando presencia un juicio o de él le informan los medios de comunicación, respecto a la existencia del hecho penal y de la participación en el mismo de una o varias personas.

El proceso penal, en relación a la sentencia, ha de pasar por distintas etapas respecto de las correspondientes exigencias. Posibilidad (para iniciar un procedimiento), probabilidad (para adoptar determinadas medidas cautelares, para procesar: los célebres indicios racionales de criminalidad: art. 384 LECrim, Ley de 9 de febrero de 1912 sobre competencia para conocer de las causas contra senadores y diputados, etc.) y, finalmente, certeza jurídica que consiste, a mi juicio, en el estado anímico de quien a través de determinadas pruebas, admitidas por el Ordenamiento y desarrolladas conforme a lo establecido en el mismo, ante el juez

o jueces que han de resolver, bajo los principios de contradicción, inmediatez y oralidad, alcanza el convencimiento de que el hecho típicamente antijurídico se realizó y fue cometido por quien es objeto de acusación.

En definitiva, certeza es conocimiento seguro y claro de alguna cosa (dentro de la relatividad del Derecho) y, por consiguiente, firme adhesión de la mente a algo conocible sin temor a errar.

Digamos en este sentido que las ideas acabadas de expresar se pretendieron cristalizar en las llamadas Reglas Mínimas del Proceso Penal que un grupo de juristas, bajo el auspicio de Naciones Unidas redactamos en Palma de Mallorca (por ello llevan su nombre) con la pretensión (que quienes han de decidir resolverán de su acierto o desacierto) de que sirvan de garantía mínima respecto de los derechos fundamentales de toda persona humana implicada, como acusado, víctima, testigo o perito en un proceso penal.

También en este sentido en Francia se ha promulgado la Ley núm. 93 de 4 enero de 1993 que reforma el procedimiento penal con importantes novedades en este orden de cosas.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LOS TRIBUNALES ORDINARIOS. UN SISTEMA DE GARANTÍAS

Debemos de partir de una idea muy clara: nuestra centenaria Ley de enjuiciamiento criminal es, en general, un sistema procesal penal modélico. Así de claro y de rotundo. En este sentido me expresé recientemente en el prólogo que escribí para la obra *Ley de Enjuiciamiento Criminal. Su jurisprudencia y doctrina de la Fiscalía*, de Carlos Rodríguez Devesa y Martínez Aznar.

El profundo respeto a la persona humana, la realización con ella de un verdadero código procesal penal, la presencia de la oralidad, compañera necesaria de la inmediatez, en expresión afortunada del profesor Fairen, el reconocimiento de los principios constitucionales, como señala el profesor Gimeno Sendra, en una especie, añadido, de visión anticipada de esta venturosa realidad constitucional, la innegable presencia de legitimaciones materiales, más allá de las formales, también indispensables, y un largo etc., representa un punto de partida de excepcio-

nal valor y significación y, sin duda, también muchas veces, un magnífico punto de llegada.

En un excelente trabajo, el Fiscal del Tribunal Supremo, José María Paz Rubio, ha llevado a cabo un estudio exhaustivo de la prueba en el proceso penal a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Sala Penal del Tribunal Supremo con muy acertadas apreciaciones y en él pone de relieve algo, a mi juicio, muy importante: el propósito laudable del legislador (de la LECrim) fue vulnerado cerca de un siglo, y los jueces y tribunales han dado prácticamente, hasta el año 1981, toda la importancia a las pruebas sumariales y muy poca al juicio oral. Normalmente, dice, los sumarios duraban cuatro o cinco años y el juicio oral apenas veinte minutos o media hora, los testigos no comparecían y sus declaraciones se daban por reproducidas, tampoco se discutían los informes periciales, etc. Prácticamente, antes de entrar a juicio, termina señalando, sabíamos los jueces y fiscales, o intuíamos, cuál podía ser la sentencia, pues esta se iba a basar principalmente en la actividad sumarial y las posibles sorpresas del juicio oral, si es que las había, iban a influir poco.

En este orden de cosas la tarea que ha realizado el Tribunal Constitucional ha sido inmensa, sobre todo en un primer momento, con las consiguientes sorpresas de quienes estaban o estábamos acostumbrados al viejo sistema, que no era el que quería establecer la ley de enjuiciamiento criminal, y que acabamos de dibujar de la mano de José M.^a Paz Rubio. A través de estas primeras sentencias, que hoy ya no son novedad, se puso de relieve, con valentía y acierto, lo que era y significaba el sumario y lo que había de suponer, conforme a nuestra Constitución, el juicio oral.

En esta situación nos encontramos, por fortuna, consolidadas ya estas posiciones que en un determinado momento parecieron revolucionarias cuando no eran otra cosa que la resurrección de la LECrim una resurrección *sui generis*, porque prácticamente no había vivido al haberse truncado desde su nacimiento su verdadero sentido.

A mi juicio, la preocupación actual de jueces y tribunales por constituirse en garantes de los derechos fundamentales es ejemplar. En este orden de cosas hay que citar el tema de las entradas y registros en un domicilio. En esta misma dirección la SAP de Madrid, de 21-7-92 (pte. Sr. Rodríguez González Palacios) al interpretar el art. 21.2 de la Ley de

Protección Ciudadana (LO 1/1992 de 22 de febrero). En este sentido, parte la resolución de un examen del art. 18.2 CE estudiando después el concepto de delito flagrante que ha de recibir una interpretación restrictiva (v. STS 29 de marzo 1990: Inmediatez temporal y personal y necesidad urgente. En virtud de las consideraciones que lleva a cabo declara la prueba obtenida como radicalmente nula y carente de validez en el proceso en que se practicó, por lo que, dice, ha de considerarse como inexistente en razón a lo establecido en el art. 11.1 LOPJ.

En este punto, y ello es compatible con lo que venimos sosteniendo, hay que estar atentos a la validez de las pruebas y abiertos a las nuevas tecnologías. Así a la investigación biológica mediante el análisis del ADN del esperma hallado en el cadáver de una joven siempre que se garanticen de manera incondicionada y de forma plena los derechos de las partes y especialmente del acusado (STS, 13 julio 1992, pte. E. Ruiz Vadillo).

En la misma dirección, el Auto de 18 de noviembre de 1992 de la Sección 15 de la AP de Madrid, pte. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro, planteó ante el Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad con respecto al art. 21.1 de la LO de Protección de la Seguridad Ciudadana citada, por estimar que se halla en contradicción con el art. 18.2 último inciso de la CE con una exposición, cualquiera que sea la decisión del TC cuando corresponda tomarla, a mi juicio, de altura y de rigor expositivo y de contenido, repito que sin que ello suponga en absoluto tomar partido en el problema que está *sub iudice*.

LA CONSTITUCIÓN, EUROPA Y LA NUEVA PERSPECTIVA DEL PROCESO

Pese a lo acabado de decir no todo está hecho, entre todos hemos de seguir trabajando en esa unívoca dirección. Ahora sabemos bien cuál es el norte y hacia él hemos de dirigir nuestros pasos.

En este sentido me parece de estricta justicia rendir un tributo de admiración y de reconocimiento a mis compañeros los jueces y magistrados porque, en mi modesta opinión, en líneas generales, el proceso penal en España cada día se está realizando mejor y en cada momento me parece que estamos más cerca del ideal constitucional.

Podemos y debemos decir, sin falsos triunfalismos, que la exigencia de las garantías que el proceso penal presupone, que la mo-

tivación de las sentencias, de acuerdo con el art. 120 CE, que la búsqueda incesante de la verdad histórica para plasmarla en las correspondientes decisiones judiciales sin traspasar jamás lo que es infranqueable (es decir, los derechos inalienables e irrenunciables de la persona humana, en los términos que enseguida veremos), es hoy una realidad gracias a la inquietud y sensibilidad de quienes juzgan, de los fiscales y de los abogados y procuradores.

Tratar ahora de hacer un estudio pormenorizado de los instrumentos internacionales relacionados con el tema que venimos estudiando sería introducirnos en un camino imposible de recorrer por falta de tiempo. Baste decir que por el talante de nuestros constituyentes, por el momento en que la Ley Fundamental española nació y por la voluntad del pueblo español que la ratificó, disponemos de una de las Constituciones más completas y más garantizadoras de los derechos de todas las personas, no sólo de los ciudadanos y más en línea con lo que hoy constituye la cultura política, social y jurídica de nuestro entorno.

Tampoco es momento y lugar para tratar de llevar a cabo una síntesis de la doctrina del Tribunal Constitucional, magníficamente recogida y comentada en tratados, monografías y estudios de revistas, pero sí, acaso, lo es de dejar constancia de que sería un error examinar una sola de las instituciones, en cualquiera de sus manifestaciones, fuera del contexto general en el que alcanzan todas unidas su verdadero sentido y significación.

El proceso penal es una institución muy compleja en la que confluyen sistemas y subsistemas varios: el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, a un proceso con todas las garantías donde se incluyen la proscripción de toda indefensión, el principio acusatorio, el derecho a la prueba (aunque el juez o tribunal pueda rechazar, motivándolo, la práctica de la que no sea pertinente o necesaria), el derecho a impugnar las resoluciones conforme a lo establecido en la ley, etc. Todos ellos son piezas de un sistema, coordinadas entre sí y que sólo dentro del conjunto alcanzan su verdadero sentido.

Como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia del TC (por todas, SS 31/1981, 148-1983, 145/1985 y 165/1990) la única prueba apta para llegar al pronunciamiento de la condena es la practicada en el acto del juicio oral en cuanto sometida a los princi-

plos de contradicción, publicidad e inmediatez del tribunal sentenciador (v. STS 3 diciembre 1991).

Sin embargo, la prueba practicada en el sumario o en general en la fase instructoria, puede ser tomada en cuenta como preconstituida a los efectos del art. 741 LECrim en aquellos casos en que sea imposible o, al menos, de difícil reproducción en el acto del plenario, así, en el supuesto de testigos residentes en el extranjero (SS TC 124 y 154/90).

Respecto a la practicada en Estado extranjero, se ha de estar a lo dispuesto en el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal, firmado en Estrasburgo el 20 de abril de 1959 y ratificado por España el 14 de julio de 1982. El art. 4º del Convenio citado establece que a la práctica de la diligencia solicitada en el extranjero podrá concurrir la parte que lo solicite expresamente.

Digamos en este orden de cosas que todo ello ha de servir para formar la convicción judicial que jamás, tanto respecto a los hechos nucleares como a los elementos periféricos; es decir, a las circunstancias de agravación (no a las atenuantes), pueden apreciarse a base de conjeturas, suposiciones o hipótesis en contra del reo. De entre las diversas opciones que en cada caso se presenten, el tribunal habrá de elegir la más favorable al acusado. (v. STS 11 junio 1991)

Señalemos, por último, en este apartado, que a la toma de decisiones judiciales ha de contribuir mucho el conocimiento de la psicología del testimonio tratando de descubrir la verdad que, en ocasiones, pese a la buena voluntad del testigo, queda encubierta por factores muy diversos. Otro tanto sucede con el coimputado (y con las víctimas que sin dejar de serlo son testigos, a veces, únicos (pensemos en un gran número de violaciones). Las ideas posibles de venganza, de odio, de resentimiento, de búsqueda de un beneficio, cualquiera que sea su naturaleza, han de ser examinadas con todo detenimiento. Por ello el conocimiento de estas realidades científicas por parte de la Policía es igualmente muy importante atendida la trascendencia de su tarea completamente unida al quehacer judicial a través de la función investigadora que ha de ser completa, objetiva y serena para permitir después, una prueba eficaz que permita la motivación.

La STC 224/1992, de 14 de diciembre, afirma que el art. 92.1 del Código penal se ha

de interpretar en el sentido de que, aunque no se diga expresamente, también la denegación del beneficio de suspensión de condena ha de ser motivado por exigencia del art. 24 CE y establecerlo así expresamente el art. 120.3 de la misma.

Se podrían poner infinitos ejemplos de resoluciones tomadas incluso un poco al azar porque estoy convencido de la unidad del sistema y de que siguiendo estas pautas de comportamiento que, por otra parte, no son ni tan difíciles ni tan complicadas, reduciríamos los supuestos de impugnación cuando no tienen realmente fundamento alguno y dotaremos, al mismo tiempo, de una mucha mayor eficacia al ordenamiento jurídico.

LA PRUEBA. TEORÍA GENERAL

La teoría general de la prueba, aunque tiene una evidente vocación generalizadora, ofrece también determinadas especificidades cuando se refiere al proceso penal como a cualquier otro, acaso más en el penal. Como dice el profesor Almagro Nosete, estas especialidades radican en la separación del proceso penal en dos fases principales (instrucción y juicio) y, materialmente, en la distinción entre averiguación y prueba como cometidos distintos que se realizan dentro del proceso penal. Tan crucial resulta que quede garantizada la separación entre una y otra, sin confusión posible, que los juristas han ideado dos formidables mecanismos técnicos para asegurarla. De un lado, el juicio de acusación que reserva a los órganos jurisdiccionales la llave para permitir, existiendo acusación de parte, la celebración del juicio oral (en mi opinión, el filtro actualmente existente resulta a todas luces insuficiente, como ya puse de relieve), del otro, el derecho a la presunción de inocencia que con independencia de proyecciones más amplias, donde verdaderamente despliega sus exigencias es en materia probatoria al atribuir todo el peso de la carga de la prueba a la acusación, reclamando el órgano judicial para ser destruida un pleno convencimiento de la culpabilidad del acusado si se determina su condena.

Como se ha dicho tantas veces en las sentencias de la Sala Penal del Tribunal Supremo, nada llega probado al juicio oral. Todo ha de acreditarse ante el juez o jueces que hayan de decidir, a través de una prueba originada y desarrollada conforme a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico,

bajo los ya reseñados principios de oralidad, intermediación y contradicción.

En este sentido conviene decir esto: 1º Que la investigación prepara la prueba pero no es prueba, y 2º Que también el sumario puede servir de plataforma para la convicción del juez, si lo que en dicha fase se hizo (sumario o instrucción, en general) se reproduce en el acto del juicio oral, en el cual el juzgador podrá ya conceder más o menos credibilidad a una u otras manifestaciones (las del período de investigación o las del juicio oral si aquéllas se prestaron con todas las garantías).

En este aspecto y con ciertas reservas, hay que exceptuar las llamadas pruebas preconstituidas. Respecto de ellas el Tribunal Constitucional ha declarado que las pruebas practicadas en el sumario o, en general, en la fase instructora, pueden tomarse como prueba documental apta para formar la convicción jurídica (SSTC 80/86; 25/88; 60/88; 150/89; 217/89; 51/90; 124/90; 140/91; 10/92).

Como dice el Fiscal Francisco Hernández Gil, prueba preconstituida equivale a prueba anticipada, comprendiéndose bajo este concepto tanto los casos en los que, para asegurar los medios de prueba, ésta se practica antes del juicio oral con las garantías procesales, como los actos de investigación o sumariales que habiéndose practicado también con las garantías procesales son irreproducibles en el juicio oral o, bien, las diligencias sumariales reproducidas en el juicio en condiciones que permitan a la defensa someterlas a contradicción (SSTC 150/87; 82/88; 137/88; 201/89). La conversión en actos de prueba de las diligencias sumariales o preparatorias se condiciona siempre a que se ratifiquen en su contenido sus protagonistas o se dé a las partes la posibilidad de contradecirlas en el juicio oral, no bastando la fórmula: "por reproducidas".

Como excepción, por consiguiente, al principio general de que sólo se consideran pruebas que forman convicción de los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral, se reconocen, de una parte, los supuestos de prueba anticipada, y de otra, los casos en los que las diligencias de investigación, sumariales o previas, se reproducen en el juicio oral y se las somete a contradicción.

Teniendo en cuenta que en nuestro sistema procesal penal rige el principio de prueba libremente sometida al criterio del juzgador (naturalmente que con obligación de moti-

var), ello significa que esta prueba preconstituida puede servir para la condena, no que necesariamente sobre ella haya de condenarse (v. art. 741 LECrim).

Pero no creamos que con estos principios la verdad no puede prosperar. Son muchas las posibilidades, con absoluta legitimidad, de descubrir la realidad histórica con el más profundo respeto a las ideas ya expuestas.

La STC 13 de octubre de 1992 dice: En definitiva, el atestado equivale, en principio, a una denuncia pero también tiene virtualidad probatoria cuando contiene datos objetivos y verificables, que expuestos por los agentes de la policía judicial en forma (arts. 292 y 293 LECrim) han de ser calificados como declaraciones testificales (v. STC 18 enero 1988). Por otra parte, hay partes en el atestado como pueden ser la aprehensión de los delincuentes, sorprendidos *in fraganti*, la constancia de cuerpos, efectos o instrumentos del delito, el hallazgo de droga, armas, documentos o cualquier otro objeto, los croquis sobre el terreno, las fotografías en él obtenidas y la comprobación de la alcoholemia, entre otras, que encajan en el concepto de prueba preconstituida o anticipada que no son practicables durante el juicio oral por ser de imposible reproducción en idénticas circunstancias (SSTC 107/83 y 21/1989, así como A. TC 637/87.)

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El principio *in dubio pro reo* ha gobernado siempre el proceso penal, pero la presunción de inocencia consagrada en el art. 24.2 de la CE es algo más, mucho más.

Mientras no exista una prueba de cargo en los términos ya examinados, no cabe condena porque no puede actuar el art. 741 LECrim. Sólo cuando haya prueba de cargo y de descargo (situación que se da con mucha frecuencia) y el tribunal dude, entrará en juego el citado principio *in dubio pro reo*.

Por ello cuando esta incertidumbre se exterioriza en la sentencia del tribunal *a quo*, cabe la alegación de tal principio como vulnerado, vía casación y al amparo del art. 5.4 de la LOPJ.

Pero esta prueba sobre la que apoyar la condena, como ya dijimos, ha de ser legítima. No caben "pseudopruebas" o pruebas que, en su origen o desarrollo, sean contrarias a la ley. Por ejemplo, una declaración de acusado prestada bajo tortura, una indebida interceptación telefónica, una entrada y re-

gistro en un domicilio (incluyendo la habitación de una pensión, residencia u hotel), etc. En todos estos casos y en todos los demás de análoga significación, estas "pruebas" han de ser radiadas del proceso y tenidas por no existentes.

Un proceso penal está compuesto por una serie de secuencias, como si se tratara de un film, es decir, de una película cinematográfica. De ella ha de eliminarse todo cuanto haga referencia a las pruebas radicalmente nulas en los términos que de manera casi inmediata vamos a ver. Los trozos de esta película no afectados de nulidad se unirán después, sin solución de continuidad, separadas definitivamente las zonas infectadas, hasta formar el capítulo completo de la prueba válidamente practicada.

Por consiguiente, la prueba nula (y no habría necesidad de decirlo) no enerva la presunción de inocencia que seguirá produciendo todos sus efectos mientras no exista una prueba de cargo en los términos de corrección ya examinados.

En este sentido y una vez más me remito a la obra del profesor Vázquez Sotelo, *Presunción de inocencia del acusado e íntima convicción del tribunal*, que fue pionera y que sigue conservando plenamente su vigencia y actualidad como todos los trabajos y estudios serios, rigurosos y profundos.

La STC de 13 de octubre de 1992, siendo ponente D. Rafael Mendizábal Allende, ha fijado una vez más las exigencias de la presunción de inocencia: 1) La carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación sin que sea exigible a la defensa una *probatio diabolica* de los hechos negativos. 2) Sólo puede entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la intermediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de contradicción y publicidad. 3) De dicha regla general sólo pueden exceptuarse los supuestos de prueba preconstituida y anticipada cuya reproducción en el juicio oral sea imposible y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción, y 4) La valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador que se ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración. (En este sentido, STC 76/1990, de 26 de abril.)

Sin olvidar, como en tantas ocasiones se ha dicho, que el principio de igualdad ofrece en el proceso penal unas características *sui*

generis al no estar situados en idéntica posición los acusadores y los acusados. Así, en el deber de información, en la presunción de inocencia, etc. También en el llamada imparcialidad objetiva que sólo puede hacerse valer por el acusado (STC 13 de octubre de 1992, pte. D. Vicente Gimeno Sendra) por ser una exigencia derivada del principio acusatorio que, añadimos nosotros, supone un techo respecto de las posibilidades del juez o tribunal, pero no un suelo.

TEORÍA DE LA PRUEBA ILÍCITA

Como dice Giménez Pericás, el hallazgo de la verdad como realización de cualquier valor —belleza, bondad, etc.— es tendencial, aproximativo. Un criterio negativo del valor, tanto como una concepción absoluta del mismo, conllevaría actitudes dogmáticas y por tanto autoritarias. Los resultados de las afirmaciones judiciales de criterios dogmáticos de verdad fueron en la historia pavorosos e ingentes, el tribunal de la inquisición, las cazas de brujas, los llamados procesos de Moscú, la justicia hitleriana, los consejos de guerra sumarísimos de España, a ninguno de ellos, dice, se les puede negar su radical búsqueda de la verdad. Por otra parte, la higiénica relativización de la verdad material o, si se quiere, su reducción a escala humana, sólo se puede lograr a través del rigor en la obtención de las pruebas.

Se sigue de ambas observaciones que no sólo por la imposibilidad cognoscitiva de la verdad material absoluta, al menos a través del proceso, sino por los riesgos que tan soberbia pretensión conlleva, que el objeto del proceso penal para conseguir la realización de la justicia como uno de los valores superiores proclamados, junto a la libertad, la igualdad y el pluralismo político, en el art. 1º de la Constitución, es la obtención formalizada de la verdad.

No hay que tener preocupaciones cuando las cosas se hacen bien. Al contrario, en esta situación de regularidad el proceso penal sirve perfectamente bien para condenar al culpable y también con igual rigor lo que todavía es más importante para absolver al inocente.

Cuando acontece que alguien considerado, en principio, como participe en un hecho penal es absuelto, esto es, tratado como un inocente, lo correcto es reflexionar porque sucedió así. Pudo ser porque la actividad preparatoria conducente a demostrar la ver-

dad real o verdad histórica no fue como debió haber sido. Como antes dijimos la investigación es el soporte de la prueba pero no es la prueba. Entonces lo procedente hubiera sido afinar más el procedimiento para tratar de descubrir los testigos, si los hubo, las pruebas materiales, huellas, el correspondiente examen de las huellas genéticas, etc. Si en aquellos instantes ya no era posible llegar más lejos en la investigación, probablemente hubiera sido conveniente, como también se anticipó, aplazar la petición de apertura de juicio oral y esperar dentro de un sobreseimiento o archivo provisional, sin precipitaciones contraproducentes.

También puede acontecer que agotada humana y técnicamente la investigación y facilitadas ante el juzgador las pruebas correspondientes, el tribunal por cambios en las manifestaciones en el acto del juicio oral, por titubeos o dudas de quienes declaran, haya alcanzado un estado de incertidumbre que, obviamente, ha de desembocar en una absolucón lo que es correcto y acertado.

No podemos ahora entrar en el estudio de dos problemas íntimamente relacionados con el tema central de este trabajo por razones de tiempo y extensión. Nos referimos a las posibilidades legales de repetir un juicio oral estableciendo las fronteras entre lo permitido y lo que constituye infracción del principio procesal *non bis in idem*, por una parte y por otra a cuando haya de decretarse la nulidad de la prueba que ofrezca esta condición. Si ha de hacerlo el propio Juez Instructor o la Sala. A mi juicio, depende: si se trata de una nulidad inequívoca, por ejemplo, se demuestra que el acusado confesó (v. art. 406 LECrim.) después de serle propinada una paliza (hecho indubitado), habrá de hacerlo el Instructor tan pronto como este hecho esté acreditado porque sólo así podrá recomponer de manera inmediata las piezas de la investigación, prescindiendo de la declarada nula. En cambio, si se trata de nulidades derivadas de situaciones complejas que exigen una profunda reflexión y hasta una contradicción entre las partes (cfr. art. 793.2 de la citada LECrim.) entiendo que habrá de ser el tribunal juzgador.

En este sentido hemos de citar la SAP Almería de 10 de diciembre de 1992 (pte. Sr. García Laraña), que plantea varios problemas todos especialmente interesantes: El momento adecuado para decretar la nulidad de las pruebas, distinguiendo dos períodos de tiempo, antes de la LOPJ y después y, aun dentro del primero, señala ciertas mati-

zaciones. El art. 240 de la citada LO (v. SS TC 191/88, de 17 de octubre, y del TS, de 1 de febrero de 1989) permite, dice la S de Almería, que la nulidad se haga valer a instancia de parte y de oficio, sin necesidad de aplicar por analogía el art. 793.2 LECrim, en el procedimiento abreviado. Al comenzar la práctica de la prueba es cuando se ponen de manifiesto unos posibles defectos esenciales y no es posible retrasar la decisión porque refiriéndose en concreto a la prueba de interceptaciones telefónicas, se oírían. (Cfr. el tema de la contaminación de las pruebas nulas, es decir, la teoría de los frutos del árbol envenenado, exponiendo una serie de consideraciones, en mi opinión, acertadísimas. En este sentido, es obligada la cita de la magnífica obra del profesor José M^a Asencio Mellado: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*.)

Aunque no debemos salirnos del tema concreto objeto de esta ponencia, es importante destacar el problema que se origina con la llamada provocación para delinquir por parte de los agentes de policía, debiéndose señalar, en este orden de cosas, la atipicidad de la conducta de dichos agentes cuando contactan fingidamente con el distribuidor de la droga a fin de investigar los canales del narcotráfico. Es decir, hay que distinguir cuándo la provocación hace nacer el delito de aquellos otros supuestos en los que el delito existe y la actividad del Agente consiste en descubrir la operación. (Me remito a las interesantísimas consideraciones del profesor Felipe Ruiz Antón.)

EL DESCUBRIMIENTO DE LA VERDAD REAL. SUS LÍMITES

La verdad material o verdad histórica que, en principio, se pretende obtener en el proceso penal, frente a lo que acaece en otro tipo de procesos que aceptan la verdad formal o aparental (cada vez menos), sólo puede alcanzarse dentro de las exigencias, presupuestos y limitaciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

No se puede obtener la verdad real a cualquier precio. No todo es lícito en el descubrimiento de la verdad. Sólo aquello que es compatible con la defensa de lo que constituye el elemento nuclear de los derechos humanos fundamentales, así la libertad, la dignidad, la intimidad, etc., que son presupuestos indeclinables de la Constitución en cuanto contemplan la persona humana, esen-

cialmente libre, como base de la convivencia democrática en paz.

De ahí que deba existir un obligado correlato, una proporcionalidad entre el valor y significación de estos derechos y las intromisiones en la vida privada de una persona que, en principio, son ilegítimas (pensemos, por ejemplo, en las intervenciones corporales).

Nadie duda de que estas intromisiones pueden ser, en ocasiones, desde luego, excepcionales, conformes a Derecho, pero para que esto se pueda afirmar es imprescindible que exista una necesidad de llevarla a cabo (para ello habrá de examinarse la naturaleza del delito y las probabilidades de éxito de la medida) y que su resultado tenga una presencia activa y real en el juicio oral hasta donde sea posible (intervenciones corporales, entradas y registros, interceptaciones de correspondencia postal, telegráfica o telefónica, intervención de ordenadores, etc.).

Sólo la Ley directamente (v. art. 55.2 CE) y la decisión judicial que tenga apoyo en la ley, expresa y motivada, pueden decretar estas invasiones.

La proporcionalidad supone correlación entre la medida y la finalidad (como antes dijimos graduar la decisión a tomar con la naturaleza del delito, su gravedad, posibilidad o no de descubrir el delito por otros medios menos traumáticos social e individualmente considerados, etc.). Sólo los delitos graves (a mi juicio, en principio, los castigados con penas superiores a seis años) pueden dar lugar a estas medidas y además por el tiempo absolutamente indispensable y procurando a toda costa que no afecten a personas distintas de las afectadas directamente por la medida.

A mi juicio, excepciones a estos principios, es decir permisividad incondicionada no puede darse nunca, salvo cuando la Ley Orgánica así lo establezca. Si por una disculpable falta de apreciación se pretende descubrir un asesinato y se descubre un hurto, con toda obviedad, la proporcionalidad exigible existía porque ésta ha de medirse respecto del presunto delito no de la real infracción.

En el proceso penal, el ciudadano, la persona en general, puede verse sometido a restricciones de la más variada índole, como con acierto recuerda Tiedemann. El papel del Derecho radica precisamente en que estas restricciones, sin suda necesarias en determinadas ocasiones, respondan siempre e inexcusablemente a principios de justicia, de

seguridad y certeza y de proporcionalidad desterrando toda arbitrariedad y ligereza.

Prácticamente todas las instituciones garantistas del justiciable lo son también de la sociedad, es decir de todos los ciudadanos de todas las gentes porque potencialmente cualquier persona se puede ver sometida a la condición de imputado, y así como, desde lejos, a veces, el problema se juzga con cierta precipitación, la auténtica preocupación surge cuando aquella persona que jamás pensó verse envuelta en las redes de un proceso penal alcanza la condición, como acabamos de decir, de acusado.

Como destaca el magistrado y profesor Jacobo Barja y López Quiroga, uno de los más ilustres monografistas del tema de las interceptaciones, con la escucha telefónica, existían anteriormente a la LO 4/1988, de 25 de mayo, problemas de carácter estrictamente foral cuyo enclave necesariamente habrá de realizarse en el ámbito de la admisibilidad probatoria, pero ¿cómo ha de practicarse esta deligencia a partir de la ley? Generalmente, dice, tiene carácter medial y en este sentido resulta de gran utilidad. ¿Es una confesión? Si el interlocutor es un agente que trata de sonsacar, no vale (tema del agente provocador al que acabamos de hacer referencia). En todo caso, termina diciendo, hay que exigir un examen riguroso de los presupuestos existentes, de los requisitos y de los correspondientes controles.

La STS de 2 de junio de 1992, pte. Sr. De Vega, dice: Si desde la perspectiva funcional es el art. 192 bis CP el que castiga la interceptación telefónica legítima es, en cambio, el art. 497 bis el que contempla análogo comportamiento, desde el punto de vista del particular. Sólo por la LO 4/88 de 25 de mayo, se modificó el art. 597 LECrim. para desarrollar, imperfectamente, por cierto, el art. 18.3 de la Constitución. La interceptación telefónica es un medio idóneo de investigación como prueba indirecta, si es traída al juicio oral, por lo menos para dar la posibilidad de oírlas a las partes, si así lo exigieran. Pero han de ser cintas entregadas al juzgado, realizadas previa autorización judicial y con transcripción literal (v. STC de 29 de noviembre de 1984 y SSTS de 4 febrero de 1988, 17 de abril 1989 y 12 de febrero de 1990).

EL ENCADENAMIENTO DE LAS ILICITUDES

Debemos indicar que no puede hablarse de pruebas lícitas que procedan de otra u

otras ilícitas. Ésta es, en definitiva, la teoría de los frutos del árbol envenenado.

En estos casos hay que hilar muy fino. Pensemos que se trata de una prueba obtenida lícitamente pero a la que se ha llegado gracias a conocimientos conseguidos de forma ilícita. A mi juicio, tampoco vale esta prueba.

Otra solución haría completamente estéril el pronunciamiento de nulidad de una determinada prueba porque a pesar de tal declaración, siempre o casi siempre, serían obtenibles de ella determinadas pruebas, en cascada, contrarias al imputado. Se entra en un domicilio, con o sin mandamiento (en este último caso se trata de una violación constitucional y de un delito), y se ocupa una agenda y de ella determinadas direcciones y a través de ellas se obtiene la trama de una organización. Todo debe ser nulo.

En cambio, no lo será cuando la prueba radicalmente nula (otra cosa es la prueba con irregularidad procesal que admite ser sanada) pueda ser aislada. En este caso la nulidad será predicable de aquella prueba que haya incurrido en la misma no de las demás, por ejemplo, se entra en un domicilio incumpliendo las prescripciones legales y se ocupa droga. Esta prueba es nula, pero al mismo tiempo, se detiene a un individuo que subía al piso en el que se entró indebidamente y declara que frecuentemente él y otros conocidos adquirían heroína en la casa del inculpado. Esta segunda prueba puede, sin género de dudas, ser utilizada en contra del reo y para ello este testigo adquirente de la droga deberá ser propuesto como testigo en el acto del juicio oral.

CONSIDERACIONES FINALES

En esta reflexión final todos debemos aportar nuestros conocimientos y, ¡por qué no!, nuestros sentimientos.

En orden al tema central de nuestro trabajo, es bien sabido que no todos han pensado ni piensan lo mismo. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América ha sido paradigmático en este sentido. El juez Cardozo consideró que la prueba obtenida ilícitamente debe ser válida y eficaz, sin perjuicio de que los que obteniendo dicha prueba hayan cometido una infracción, policías o particulares, sean sancionados por la infracción cometida.

En la otra dirección, el juez Holmes entendía que la única sanción real y eficaz que podría impedir los abusos en la obtención de estos

medios de prueba consistía en establecer la no admisibilidad en juicio de la prueba obtenida ilícitamente. De esta manera, concluía, no se intentarían obtener estas pruebas en el convencimiento de que no alcanzarán eficacia alguna en el juicio. No parece necesario destacar ahora que me alinee sin ninguna reserva con este último juez, porque en otro caso, ¡seamos realistas!, las pruebas ilícitas estarían a la orden del día y los principios a los que responde la consecuencia de decretar la nulidad se vendrían abajo estrepitosamente y diariamente.

Como ya dijimos, ciertamente que tampoco hay que caer en el extremo de entender que la prueba nula destruye, como en una especie de gripe contagiosa, a toda la actividad de investigación y a todos los medios probatorios.

Son muchas las sentencias del Tribunal Supremo que hacen esta separación y sobre tal diferencia descubren cuál es el vicio originario y hasta dónde se extiende.

Estoy convencido de que nuestra Policía, que alcanza, sin duda, cada día mayores cotas de tecnicismo y de rigor científico en sus investigaciones y que, desde luego, asume de manera incondicionada los valores de nuestra Constitución, sabrá conducirse de tal manera que la investigación se realice, en los supuestos de actuar antes de intervenir el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción de tal manera que se ajuste en todo a las exigencias de nuestra Ley Fundamental y del resto del ordenamiento jurídico.

Por ello, acaso, no esté de más, por la relación estrecha que guarda con lo que estamos diciendo, en orden al respeto de la persona humana recordar que todos cuantos acuden a un Juzgado o Tribunal de Justicia han de ser tratados con respeto considerándolos como lo que son: personas humanas. Unos porque vienen a colaborar, como es el caso de los testigos y peritos, otros porque son acusados y necesitan también de nuestra consideración (si el fin de la pena es la reinserción, ésta ha de empezar desde el instante mismo en que el presunto inculpado es detenido y al hacer esta afirmación diferencio perfectamente la utilización del rigor imprescindible para llevar a cabo la correspondiente actuación, por ejemplo, detener a una persona, del respeto que esa misma persona merece).

Las víctimas, especialmente, han de recibir toda la atención que merecen. Si la sociedad no ha sabido o podido evitar el delito debe procurar que su situación moral, psí-

quica, económica no se agrave más de lo que sea inevitable.

También la víctima ha de ser muchas veces resocializada. Lo necesita. Después del delito, cuando éste es grave o humillante, entra en una fase de hundimiento. Todos estamos de acuerdo en ello, cito a los profesores Beristain, García Pablos, Landrove, al magistrado Martínez Arrieta, etc.

Precisamente este último en su trabajo "Hacia una ley de protección de las víctimas de delitos", publicado el 6 de diciembre de 1991, cita el Convenio núm. 116 del Consejo de Europa, de 24 de noviembre de 1983, y las Recomendaciones 11, de 1985, y 21, de 1987 sobre indemnizaciones así como la Declaración de Naciones Unidas de 1985.

También me parece importante recordar otra vez las llamadas Reglas Mínimas del Proceso Penal de Palma de Mallorca, elaboradas bajo los auspicios de Naciones Unidas por un grupo de juristas, ya publicadas y traducidas a varios idiomas, respecto a la protección a la víctima y a la conveniencia de crear un Fondo de Asistencia. Como ha dicho recientemente el profesor Roxin con la indemnización a las víctimas trataremos de "resocializar" o, al menos, congradarlas con el sistema penal.

Probablemente no nos damos cuenta de ello y del bien social e individual que cada uno en nuestra esfera de actuación podemos hacer. En muchas ocasiones, la víctima es el testigo, a veces el único testigo de cargo, la única prueba sobre la que se podrá construir la condena y se olvida esta circunstancia y su sufrimiento. (Pensemos en los delitos de violación, en los atracos callejeros, etc.) Y hemos de lamentarnos que esa víctima permanezca esperando en el vestíbulo al lado

del agresor y que la espera sea mucho más larga de lo que sería necesario... cuando todo ello es fácilmente corregible. Y que se la llame tres o cuatro veces sin auténtica justificación...

Todo pertenece, acaso, a un tema único, el proceso penal y su hundimiento en las raíces más profundamente sensibles de la persona humana.

Como ha dicho el profesor Rodríguez Ramos en la presente coyuntura histórica del Derecho penal español, tanto sustantivo como procedimental y orgánico procesal, es importante que todos nos concienciamos de la necesidad de abrir y mantener un gran debate sobre el modelo de justicia penal más adecuado para nuestro país.

En todo caso me gustaría terminar con una breve reflexión: Sólo alcanzaremos la Paz si a ella viene indisolublemente unida la Justicia, una justicia construida sobre la plataforma de los principios constitucionales: libertad, igualdad, seguridad, solidaridad, proporcionalidad, respeto a la intimidad y a la dignidad de la persona humana sobre la cual gira y se desarrolla precisamente nuestra Constitución, Ley Fundamental y fundadora del resto del ordenamiento jurídico, como tantas veces ha puesto de relieve el profesor Hernández Gil, con tolerancia hacia las posturas distintas y adversas, que también nos enriquecen, con ética, haciendo de nuestros comportamientos un reflejo de la obligada rectitud moral, haciendo así posible una convivencia pacífica, y si es posible, cordial con el deseo común, efectivo y real, de rehabilitar a quienes delinquieron y también a las propias víctimas del delito para que, por encima de todo, nazca una Paz auténtica, consecuencia de una suma de comportamientos justos. ■

LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

ANTONIO MORALES VILLANUEVA

Coronel de la Guardia Civil
Doctor en Derecho

LOS Estados constitucionales y democráticos basan su organización en la división de poderes, seguridad jurídica y protección de los derechos y libertades individuales. No obstante, hemos de tener presente que estos principios pueden mantenerse cuando la vida de los pueblos transcurre con cierta normalidad. Puede ocurrir que por circunstancias muy diversas, se produzcan hechos trascendentes a los que puedan hacer frente con un cumplimiento metódico de los principios anteriores. En estos casos, ¿qué hacer? Mantenerlos y poner en peligro la vida del propio Estado. Suspenderlos y dar entrada a la posibilidad de un régimen dictatorial. Ante estas soluciones extremas ha sido necesario arbitrar medidas jurídicas y materiales que, aunque modifiquen la estructura estatal, aseguren su pervivencia.

Surgen de esta forma las medidas excepcionales que de manera muy diversa son aceptadas por todos los Estados. Algunas Constituciones las regulan —con mayor o menor extensión— en su propio articulado; otras remiten a la legislación ordinaria; incluso algunas prevén su existencia mediante una autorización expresa, en cada caso, del poder Legislativo. La realidad es que, de una u otra forma, es una institución que lleva consigo la vida de los pueblos y a la que hay que hacer frente.

No obstante, es difícil realizar una síntesis de todas sus características y modalidades, ofreciendo un concepto completo y sencillo. Con cierta aproximación podríamos decir que las medidas excepcionales (cualquiera

que sea su denominación) se producen como consecuencia de ciertas perturbaciones en el funcionamiento de los poderes públicos y que pueden ser debidas a causas internas o externas, caracterizándose por una potenciación del poder Ejecutivo (civil o militar) y limitando el ejercicio de los derechos y libertades individuales durante cierto tiempo.

Lo primero que nos sorprende son las denominaciones tan diversas que existen, tanto a través de la historia como actualmente. Sin embargo, podríamos agruparlas diciendo que hay una situación de normalidad, en la que transcurre la vida de los pueblos y a la que se hace frente con la normativa ordinaria. En otros casos, son graves alteraciones de orden público, insurrecciones, guerras, problemas internacionales, etc., los que exigen la adopción de medidas excepcionales. Algunas Constituciones —entre ellas la nuestra— distinguen en el segundo caso varias situaciones, en función de su gravedad. Otras —como la francesa—, y quizá basándose en las lecciones de su historia, prevén la situación de emergencia, pero sin establecer graduación alguna. En nuestra opinión, y aunque volveremos sobre el tema, consideramos difícil establecer diferentes estadios, pues en las circunstancias actuales es muy fácil pasar de uno a otro e incluso sus características serán diferentes en una u otra zona.

También se produce la potenciación del poder Ejecutivo, a costa principalmente del Legislativo e incluso del Judicial. Consideramos que ello es lógico y conveniente, pues estas situaciones exigen unas medidas rápidas y eficaces, a la par que la utilización de grandes medios y recursos. Respecto a los que ven un grave peligro con estas medidas, no hemos de olvidar que existe la posibilidad de un control posterior respecto a la legalidad, eficacia y uso proporcionado que el Gobierno haya hecho de esos poderes extraordinarios. La intervención del Legislativo en el desarrollo de los acontecimientos la consideramos perturbadora para su pronta solución. Consideración distinta nos merece la intervención de las Fuerzas Armadas, así como la de sus tribunales militares.

Por último, toda situación excepcional lleva implícita una limitación de los derechos y libertades individuales. Somos totalmente partidarios de garantizar su ejercicio al máximo, pero no hemos de olvidar que el problema que se plantea es la protección de bienes jurídicos contrapuestos. Hemos de sacrificar los intereses individuales —por muy importantes que sean— ante los de la socie-

dad. De lo contrario, destruiríamos los de ésta como consecuencia de los individuales. Como dice el profesor Sánchez Agesta, "los poderes de excepción pueden en cierta manera definirse en el Estado constitucional como una forma de protección especial de la libertad". En este mismo sentido, Luis Izaga afirma que "la suspensión de garantías se funda en la necesidad suprema de mantener a toda costa aquellos bienes esenciales a toda sociedad civilizada sin los cuales ésta no puede existir ni vivir decorosamente".

DERECHO HISTÓRICO

La normativa referente a los estados excepcionales vamos a estudiarla a la luz de la correspondiente Constitución, pues de una y otra manera será producto de la misma. Con anterioridad a estas fechas (1812) existieron algunas normas que restringieron el ejercicio de los derechos individuales, pero hemos de tener presente que los mismos dependían de la voluntad del Rey. Tales disposiciones tienen un carácter administrativo más que constitucional (1), pues regulan materias tan dispares como los robos, hurtos, incendios, fabricación de monedas, daños, prisiones ilegales, embargos, blasfemias, etc. Algunos autores (2) han querido ver en la pragmática de Carlos III, de 17 de abril de 1774, sobre "orden de proceder contra los que causen bullicios o conmociones populares, y privativo conocimiento de las Justicias ordinarias" la primera normativa de contenido excepcional. Sin embargo, teniendo presente las características de dichas situaciones, no encontramos ninguna similitud, ni en el campo fáctico ni jurídico. Igualmente han querido considerarla como la primera ley de orden público y quizás ello les haya llevado a su identificación con dichas situaciones. En nuestra opinión, se trata de una simple ordenanza regia, que por otra parte carecía de los requisitos procedimentales para otorgarle tal naturaleza.

Concretándonos al derecho constitucional, hemos de comenzar por el Estatuto de Bayona, promulgado el 6 de julio de 1808, que si bien no tuvo vigencia, sí es interesante para nuestro estudio. En efecto, el artículo 38 del mismo establecía: "En caso de sublevación a mano armada, o de inquietudes que amenacen la seguridad del Estado, el Senado, a propuesta del Rey, podrá suspender el imperio de la Constitución por tiempo y en lugares determinados."

"Podrá, asimismo, en casos de urgencia y a propuesta del Rey, tomar las demás medidas extraordinarias que exija la conservación de la seguridad pública." Este artículo corresponde al Título VII que se refiere al Senado y tiene una gran influencia francesa (3). En él se recogen las características de una regulación excepcional. Con el primer párrafo se faculta al Senado, a propuesta del Rey, para suspender la Constitución. Esta suspensión no impediría el libre ejercicio de los derechos y libertades, así como las garantías en ella reconocidas. Al no existir el marco jurídico que limitase los poderes reales, volvíamos al absolutismo de épocas pasadas. Por otra parte, no se exige un control del Senado sobre las medidas que se hubiesen tomado ni sus consecuencias. Menos mal que esta suspensión estaba limitada —relativamente— en espacio y tiempo.

Para completar esta inseguridad jurídica, el Senado, por el párrafo segundo, podrá tomar "las demás medidas extraordinarias". No está claro el contenido de las mismas, ni su limitación a un plazo concreto y lugar determinado.

Si analizamos las causas que pueden provocar estas medidas extraordinarias, quizá pudiésemos aclarar su interpretación. Consideramos dos supuestos diferentes. En el primero, es un ataque a la seguridad del Estado, bien proceda del interior o del exterior. En el segundo caso se trataría de un problema de orden público y por lo tanto de carácter interno. La limitación en tiempo y espacio afecta a los dos supuestos. Ésta es una interpretación personal, pues como decíamos antes, el precepto no llegó a entrar en vigor y por lo tanto no pudo aplicarse.

Aunque nuestra primera Constitución (1812) no contiene una regulación de las medidas excepcionales, tal como hoy la concebimos, sí establece la posibilidad de suspender determinados derechos individuales, que a la sazón caracterizan tales medidas. En efecto, el artículo 308 determina que "si en *circunstancias extraordinarias* la seguridad del Estado exigiese, en toda la Monarquía o en parte de ella, la suspensión de algunas de las formalidades prescritas en este capítulo (de la Administración de Justicia en lo criminal) para el arresto de los delincuentes, podrán las Cortes decretarla por un tiempo determinado". De esta forma se potenciaba el poder Ejecutivo (Autoridades y Agentes) en su función de Policía judicial al servicio de la Justicia.

Realmente no se trataba de ciertas "formalidades", sino de derechos fundamentales reconocidos en el propio texto: detención sin diligencias, inviolabilidad del domicilio, publicidad del proceso, derechos del detenido, etc. Por otra parte, la apreciación de las "circunstancias extraordinarias" carecía de precisión, aunque era el Legislativo el que a la postre tenía que valorarlas.

Este artículo fue aplicado muy restringidamente, aunque lógicamente su solicitud estuvo en función de la política del momento. De las seis veces en que se planteó la suspensión, sólo en dos ocasiones prosperó (6-7-1823 y 22-12-1836). Estaba relacionado con la instrucción undécima impuesta al Rey por el 172: "No puede el Rey privar a ningún individuo de su libertad ni imponerle por sí pena alguna. El Secretario de Despacho que firme la orden y el juez que la ejecute serán responsables a la Nación, y castigados como reos de atentado contra la libertad individual.

"Sólo en el caso de que el bien y seguridad del Estado exijan el arresto de alguna persona podrá el Rey expedir órdenes al efecto; pero con la condición de que dentro de cuarenta y ocho horas deberá hacerla entregar a disposición del tribunal o juez competente."

Por ello, lo más congruente hubiese sido el publicar una ley ordinaria que, armonizando ambos preceptos, hubiese concretado los demás extremos y establecido el marco adecuado en el que se hubiese desenvuelto la regulación de las situaciones excepcionales.

Al no tomarse esta medida, y como consecuencia de las circunstancias de esta época, se publicaron numerosas normas, que en algunos casos, creemos que llegaron a invadir, si no la letra, sí el espíritu de la Constitución. Por esta causa nos vemos obligados a hacer una referencia a las mismas, aunque sin profundizar en su contenido (4). No hemos de olvidar tampoco que el reinado de Fernando VII fue una excepcionalidad permanente, por lo que podríamos afirmar que en este caso se invirtieron los términos: la excepción fue la normalidad. Las mismas Cortes de Cádiz por orden de 7 de octubre de 1812 establecieron que "hallándose los caminos infestados de vagos y rateros, que exponen a cada paso a las personas y bienes de los vecinos de los pueblos, y siendo del cargo de los Ayuntamientos auxiliar a los Alcaldes en todo lo que pertenezca a la seguridad de las personas y bienes de los

vecinos; y a la conservación del orden público. Las Cortes generales y extraordinarias han resuelto excitar el celo de la Regencia, a fin de que por la Secretaría de Despacho de la Gobernación de la Península se tomen las medidas convenientes para que los Ayuntamientos desempeñen el segundo cargo que se les ha impuesto por el artículo 321 de la Constitución (5), dando parte a las Cortes de lo que exceda las facultades de la Regencia para la aprobación de S.M. "

Esta medida no fue suficiente, por lo que Fernando VII tuvo que encomendar al Ejército esta misión a la vez que el enjuiciamiento de los infractores a los tribunales militares (6). Ambas medidas tienen las características de excepcionales.

Al mismo tiempo fueron creadas o puestas nuevamente en actividad unidades de carácter local o provincial (7). Sin embargo, ni el Ejército ni estas unidades pudieron mejorar la situación. El primero, por no estar preparado ni poseer unidades especializadas en este tipo de lucha, y las segundas, por carecer de preparación técnica, organización y disciplina para acometer con éxito esta empresa (8).

Como complemento de las anteriores medidas excepcionales, fueron suprimidos los derechos de reunión, asociación y libertad de expresión (9).

Sin duda alguna, la disposición más importante de la época es la Ley de 17 de abril de 1821. Algunos autores la consideran como la primera de las leyes de orden público, mientras que otros defienden su carácter eminentemente excepcional, sin olvidar, por otra parte, su contenido procesal. Para esclarecer estos extremos es necesario arrancar de su origen. En efecto, esta ley es presentada por la comisión correspondiente, en cumplimiento del mandato establecido por el artículo 286 de la Constitución (10), y hasta tanto se promulgue la ley de enjuiciamiento criminal. Este objetivo queda reflejado en la segunda parte de la ley, pero no en la primera. Ya que en este aspecto la comisión no fue nada original, pues redujo su trabajo a recoger las disposiciones existentes en la Novísima Recopilación (11) y que por lo tanto no se ajustaban en nada a los nuevos y progresistas principios constitucionales. Ello produjo grandes discusiones parlamentarias y que la ley resultase un tanto anacrónica, aunque su duración —intermitente— fuese muy dilatada.

Concretándonos a su articulado, tendría por objeto "las causas que se formen por conspiración o maquinaciones directas con-

tra la observancia de la Constitución, o contra la seguridad interior o exterior del Estado, o contra la sagrada e inviolable persona del Rey constitucional". Igualmente y cualquiera que fuese el delito, siempre que los sujetos activos del mismo fuesen "salteadores de caminos, ladrones en despoblado y aun en poblado, siendo en cuadrilla de cuatro o más" (artículo 8).

El problema más importante era el de la competencia de los Tribunales. Cuando los reos fuesen aprehendidos "por alguna partida de tropa, así del ejército permanente como la milicia provincial o local, destinada expresamente a su persecución por el Gobierno o por los jefes militares comisionados al efecto por la competente autoridad" serían juzgados por los consejos de guerra ordinarios. Pero si la orden del servicio proviene de la autoridad civil, sería competente la jurisdicción ordinaria. Excepto si hubiese mediado resistencia, en cuyo caso siempre sería competencia de la castrense.

El concepto de resistencia era un tanto ficticio, pues para precaverlo "las Autoridades políticas harán publicar sin la menor dilación, bajo su más severa responsabilidad, un bando con expresión de la hora, para que inmediatamente se dispersen los facciosos y se restituyan a sus hogares respectivos.

"Este bando se publicará y circulará con la mayor rapidez por el distrito; pasado el número de horas que la Autoridad haya señalado en el mismo bando, con arreglo a las circunstancias, se entenderá que hacen resistencia a la tropa para el efecto de ser juzgados militarmente las personas siguientes:

Primero. Las que se encuentren reunidas con los facciosos, aunque no tengan armas.

Segundo. Las que sean aprehendidas por la tropa huyendo después de haber estado con los facciosos.

Tercero. Las que habiendo estado con ellos se encuentren ocultas y fuera de sus casas con armas."

Como vemos, la discrecionalidad era total para considerar cuándo había existido resistencia y por lo tanto la competencia correspondía a la jurisdicción militar. Era una ficción jurídica, pues como hemos podido ver, en algunos casos, ni siquiera existía la mencionada resistencia.

Las peculiaridades de esta ley —norma excepcional, restrictiva de derechos y am-

pliadora del fuero militar— hicieron que fuese invocada como base jurídica de los estados de excepción. Como afirma Cruz Villalón (12) "la ley fue más invocada" que "aplicada" y así pudo afirmar Gálvez Cañero en las Cortes Constituyentes de 1854-1856 que la ley de 17 de abril de 1821... jamás o muy pocas veces se ha aplicado como era debido... semejante ley, que pone en manos del Gobierno medidas represivas tan fuertes y poderosas, no ha servido de nada o de muy poco en España, pues apenas se presentó el menor obstáculo, se ha echado mano de lo que se ha llamado estado de sitio, esa ficción absurda que descansa en el supuesto de que la sociedad se halla en guerra cuando no existe tal estado. Y en las Constituyentes de 1868-1871, Moreno Rodríguez decía de ella: Esta ley ha venido dominando constantemente en España; pero constantemente viciada, estableciéndose a su sombra los estados de sitio, que no están consignados en ninguna ley, que sólo deben su origen a la voluntad omnímoda de los Capitanes Generales y de los Gobiernos que entonces mandaban en la Nación.

Como vemos, no sólo tenía carácter excepcional, sino que fue el origen de numerosas normas, que a todos los efectos lo tuvieron. Respecto a su vigencia, ya decíamos antes que fue un tanto intermitente, pues dependió en gran parte de los Gobiernos de turno y de las conveniencias políticas de cada momento (13).

El Estatuto Real de 10 de abril de 1834 no contiene ningún precepto que regule los estados excepcionales ni la suspensión de garantías. Sin embargo, la declaración del estado de sitio por parte de las Autoridades militares era frecuente toda vez que había que hacer frente a la guerra civil y al desorden existente. Quizás ello provocó la necesidad de una regulación general, aunque sin los oportunos requisitos. Se realiza por orden de 12 de enero de 1835 "para dar mayor fuerza y vigor a las operaciones militares... quedando sujetas en clase de tales (estado de sitio) a la autoridad militar, con arreglo a lo que se observa en semejantes casos en todas las naciones, y a lo que previenen las leyes y ordenanzas".

Respecto a su extensión, se le da plena libertad a los Jefes que dirijan las operaciones, si bien en aquellas provincias en que no se desarrollen las mismas, los gobernadores civiles conservarán sus atribuciones en lo económico y gubernativo. Igualmente y por decreto de 16 de agosto del mismo año se

decretaba el estado de sitio en Madrid, pero por motivos de orden público y no militares; no obstante "la autoridad militar superior reasumirá todas las facultades obedecerán sus disposiciones".

En este mismo año y por otro decreto de 20 de noviembre, el Gobierno Mendizábal regulaba el estado de guerra que venía sustituyendo al de sitio.

Como podemos ver, la situación española era caótica en todos los aspectos y es evidente que en estas circunstancias no podemos esperar una normativa adecuada, ni un respeto al derecho.

Las Constituciones de 18 de junio de 1837 y 23 de mayo de 1845 en su artículo 8 establecían que "si la seguridad del Estado exigiere en circunstancias extraordinarias la suspensión temporal en toda la monarquía o en parte de ella, de lo dispuesto en el artículo anterior, se determinará por una ley. El artículo 7º que igualmente tenía el mismo contenido en ambas Constituciones señalaba: "no puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa, sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban".

Esta regulación se va acercando ya a la constitucionalización definitiva de estas medidas, pues al margen de la imprecisión de algunos conceptos (seguridad del Estado, circunstancias extraordinarias) existe una seguridad jurídica y los derechos ciudadanos van siendo protegidos.

Sin embargo, lo que ocurría es que no todas las medidas excepcionales estaban comprendidas en estos artículos, pues la proliferación de declaraciones de estados de sitio obligó a publicar el siguiente decreto de 14 de enero de 1841: "sólo en los casos en que real y verdaderamente se halle sitiado un pueblo por enemigos exteriores o interiores podrán las autoridades militares declararles en estado de sitio, quedando absolutamente prohibido hacerlo en cualesquiera otras circunstancias bajo las penas que se establecen en las leyes.

"En los casos de tumultos o asonadas se observará religiosamente lo dispuesto en la Ley 5ª, lit. XI, lib. XII de la Novísima Recopilación, y en las de 17 de abril de 1821, restablecidas en 30 de agosto de 1836".

Respecto a la suspensión de las garantías individuales, tampoco los Gobiernos actuaron con la debida rectitud, pues abusaron de ella o incluso transgredieron el espíritu constitucional. Su primera aplicación se hizo por

la "ley sobre autorización al Gobierno para suspender las garantías constitucionales" de 13 de marzo de 1848 (14). En ella vemos que se faculta al Gobierno para que determine y valore aquellos conceptos, un tanto indeterminados, a los que nos referimos antes. Consideramos que esa valoración le corresponde al Legislativo y no al Ejecutivo. Lo que ocurrió fue bien sencillo, que el Presidente del Gobierno, general Narváez, por decreto de 16 del mismo mes, suspendía las garantías y disolvía las Cortes.

La otra aplicación fue por la "Ley de suspensión de garantías", de 8 de julio de 1866 (15), que contenía los mismos defectos que la anterior, por lo que el general Narváez volvió a repetir la misma operación.

LEYES DE ORDEN PÚBLICO

Aunque la legislación de carácter excepcional continuaría promulgándose, vamos a centrar nuestro estudio en las leyes de orden público que constituyen el origen de la actual normativa.

Como antecedente inmediato hemos de citar el decreto de 20 de marzo de 1867 por el que entraba en vigor un proyecto de ley de orden público (L.O.P.), elaborado por González Bravo y que posteriormente fue convalidado por la ley de 17 de mayo del mismo año (16). Esta disposición distingue tres estados diferentes: normal, alarma y guerra. En cualquiera de ellos la responsabilidad es del Gobierno, sin que el Legislativo tenga intervención alguna. En la situación de normalidad, la Autoridad civil sería la encargada de su mantenimiento, restablecimiento y sanción.

Si existen fundados motivos para sospechar de que las alteraciones van a ir en aumento, la Autoridad civil se pondrá en contacto con la judicial y militar y publicarán el oportuno Bando, cuyas prescripciones tendrán fuerza legal a todos los efectos.

Si, no obstante, las anteriores medidas no han resultado eficaces, las Autoridades civil, judicial y militar declararán el estado de guerra, dictando esta última el oportuno Bando, por el que se someten los infractores a los Consejos de Guerra. Hemos de tener presente que no es necesaria la graduación entre los tres estados, sino que se puede pasar directamente al de guerra, cuando las circunstancias así lo exijan.

El levantamiento será decidido por el Gobierno, a propuesta de las mencionadas Autoridades.

Esta ley, considerada por algunos autores como la primera de orden público, estuvo en vigor hasta el 22 de julio de 1869, en que fue derogada por oponerse a los principios de la Revolución.

La constitucionalización de la L.O.P. tiene lugar por el texto de 1869, cuyo artículo 31 disponía: "Las garantías consideradas en los artículos 2º (libertad individual), 5º (inviolabilidad de domicilio) y 6º (libertad de residencia o domicilio) y párrafos 1º (libertad de expresión), 2º (libertad de reunión) y 3º (libertad de asociación) del 17, no podrán suspenderse en toda la Monarquía ni en parte de ella sino temporalmente y por medio de una ley, cuando así lo exija la seguridad del Estado en circunstancias extraordinarias.

"Promulgada aquélla, el territorio a que se aplicare se regirá, durante la suspensión, por la LEY DE ORDEN PÚBLICO establecida de antemano.

"Pero ni en una ni en otra ley se podrán suspender más garantías que las consignadas en el primer párrafo de este artículo, ni autorizar al Gobierno para extrañar del Reino, ni deportar a los españoles, ni para desterrarlos a distancia de más de 250 kilómetros de su domicilio.

En ningún caso los jefes militares o civiles podrán establecer otra penalidad que las prescritas previamente por la ley."

El origen de este artículo lo encontramos en el 9º de la Constitución de 1856 (no promulgada) y desde nuestro punto de vista, su redacción es muy positiva. Contiene, de una manera clara y terminante, el principio de legalidad. Ningún derecho, no especificado en el mismo puede suspenderse. No podrán establecerse otras penas que las previstas. La separación del domicilio, que algunos Gobiernos habían utilizado tan "eficazmente" queda taxativamente marcada. Al mismo tiempo se establecen los requisitos para que la L.O.P. entre en vigor: Ley de suspensión de garantías. Los conceptos "seguridad del Estado en circunstancias extraordinarias" quedan aquilatados por la intervención del Legislativo.

Dadas las circunstancias en que se encontraba el país, la primera "Ley de suspensión de garantías Constitucionales" se aprueba con fecha 5 de octubre de 1869 y al no tener L.O.P. en que apoyarse, lo haría en la de 17 de abril de 1821, que había entrado en vigor por decreto de 22 de julio del mismo año. Ello, sin embargo, puso de manifiesto la urgencia de la publicación de la L.O.P.

Aunque constituye el punto de partida de las normas posteriores, tiene defectos que son inexplicables desde todos los puntos de vista. Empezando por su misma estructura y terminando por su léxico (17).

Aunque el artículo primero afirma "que las disposiciones de esta ley serán aplicadas únicamente cuando se haya promulgado la ley de suspensión de garantías", ello fue modificado por la circular de 19 de julio de 1870 —a la que nos referimos— y que sorprendentemente modificó este artículo. Al analizar su ojetivo, podríamos diferenciar entre una responsabilidad directa —mantener y restablecer el orden— y una labor preventiva, que se refiere a la comisión de los delitos tipificados en el Código Penal, contra la Constitución del Estado, seguridad del mismo y orden público. Igualmente regularía la competencia y procedimiento de las causas que se instruyan.

Distingue dos situaciones excepcionales: prevención y alarma y guerra. La primera no exige formalidad alguna respecto a su declaración, pues basta con la publicación de la ley de suspensión de garantías. Su misma denominación nos parece inadecuada y reiterativa, pues no encontramos las razones de la doble denominación: prevención y alarma. Incluso en el articulado prescinde de ella, mencionando sólo el estado del prevención (artículo 3º).

Desde el punto de vista técnico-policia, no acertamos a diferenciar estos dos conceptos. Ambos supuestos exigen tomar una serie de medidas, que eviten las alteraciones y perturbaciones de la paz pública. Las mismas pueden ser muy variadas (disolución de grupos, suspensión de publicaciones, detenciones, destierro, etc.), pero persiguiendo los mismos fines. Creemos que quizás el legislador quiso distinguir entre el estado excepcional de carácter civil (prevención y alarma) y otro militar (guerra).

La declaración del estado de guerra se produciría cuando la "Autoridad civil, una vez empleados todos los medios de que en circunstancias ordinarias dispone, y los que para las extraordinarias le otorgan los precedentes artículos no pudiese por sí sola, ni auxiliada por la judicial, dominar la agitación y restablecer el orden, lo prevendrá en un bando, que se publicará con la solemnidad posible, e inmediatamente después dispondrá que la militar proceda a la adopción de las medidas que reclame la paz pública (artículo 12). También procede la declaración, cuando los rebeldes o sediciosos rompan el

fuego desde el primer momento. Para ello es necesario el acuerdo de la Autoridad civil, judicial y militar. Por parte de ésta se publicarán los oportunos bandos y edictos, con las prevenciones y medidas oportunas. Las Autoridades civiles continuarán funcionando en todos los asuntos propios de sus atribuciones que no se refieran al orden público, limitándose en cuanto a éste a las facultades que la militar les delegare o deje expeditas. Igualmente comenzarán a funcionar los consejos de guerra, con unas amplias competencias y en algunos casos con una constitución muy peculiar (cuatro capitanes, juez de primera instancia, el de paz y el promotor fiscal) (18).

Para declarar levantado el estado de guerra, una vez que haya terminado la rebelión o sedición, se celebrará previamente un consejo por las Autoridades civil, judicial y militar; si no hubiese unanimidad de votos, será el Gobierno el que decida.

Anteriormente hemos hecho referencia a la "orden dando instrucciones para el cumplimiento de la ley de orden público, de 23 de abril último, por parte de las autoridades militares", de 19 de julio de 1870, por la que en cierta forma se modificaba el artículo 1º de la L.O.P. No dudamos de la legalidad de esta orden, que, por otra parte, había sido dictaminada por el pleno del Consejo de Estado, pero su interpretación es bastante peculiar. Ello lo podemos comprobar con la simple transcripción de la misma instrucción: "La prescripción contenida en el artículo 1º de la ley de orden público, relativa a que sus disposiciones serán únicamente aplicadas cuando se haya promulgado la ley de suspensión de garantías, se entenderá que sólo se refiere a los artículos de dicha ley cuya aplicación sea contraria a lo establecido en la constitución de la Monarquía." Aunque creemos que lo aquí expuesto es lógico y congruente, consideramos que entre ambos preceptos existe una total antinomia.

Para terminar, quisiéramos traer aquí la opinión de Cruz Villalón sobre esta ley (19): "La L.O.P. no es un modelo de orden ni de precisión, la vaguedad del supuesto del estado de prevención es absoluta, el paso de éste al de guerra resulta confuso, ha hecho sitio como ha podido a los consejos de guerra, etc.

"La L.O.P. no es una ley perfecta; es, por el contrario, una ley bastante deficiente. Pero es, por fin, la ley, el régimen de legalidad y, si no es *Tout ce qu'elle doit être, par cela*

même qu'elle est, si satisface la exigencia inicial, la regulación del quién, qué, cómo y cuándo del régimen de excepción. Se ha suprimido una buena parte de la arbitrariedad de los bandos militares, todo lo relativo a las penas señaladas discrecionalmente, y se han limitado los consejos de guerra a los delitos de rebelión y sedición."

Aunque para algunos autores nuestra II República pueda parecer como un régimen liberal y progresista, la realidad es que ello sólo es cierto en algunos aspectos. Como afirma Sánchez Agesta, "la libertad, el gran mito del constitucionalismo en el siglo XIX, está ya (en la Constitución de 1931) claramente relegada a un indiscreto segundo término. Indiscreto porque con esta tímida presencia todavía subraya más su olvido...". Prueba de nuestra afirmación es la famosa ley de defensa de la República, más propia de la anterior dictadura que de un régimen que se titula democrático. Es inverosímil pensar que en esta disposición se establecían penas para defender a la institución republicana, se le encomendaba su aplicación al Ministro de la Gobernación, facultándole para suspender los derechos fundamentales de los españoles, los cuales carecían de las correspondientes garantías legales. El poder Judicial no tendría intervención ninguna, ni siquiera en segunda instancia. Su promulgación tiene lugar el 21 de octubre, consiguiendo posteriormente rango constitucional (disposición transitoria 2ª de la Constitución), dándose la circunstancia paradójica de que al ser incompatible con dicho texto fundamental, lo derogaba, al menos virtualmente.

Siguiendo la normativa del artículo 17 de la Constitución de 1876 y el 31 de la de 1869 se disponía en el 42 del texto fundamental: "Los derechos y garantías consignados en los artículos 29 (seguridad personal), 31 (libertad de movimiento e inviolabilidad del domicilio), 34 (libertad de expresión), 38 (derecho de reunión) y 39 (derecho de asociación) podrán ser suspendidos total o parcialmente, en todo el territorio nacional o en parte de él, por decreto del Gobierno, cuando así lo exija la seguridad del Estado, en casos de notoria e inminente gravedad.

"Si las Cortes estuviesen reunidas, resolverán sobre la suspensión acordada por el gobierno.

"Si estuviesen cerradas, el Gobierno deberá convocarlas para el mismo fin en el plazo máximo de ocho días. A falta de convocatoria se reunirán automáticamente al

noveno día. Las Cortes no podrán ser disueltas antes de resolver mientras subsista la suspensión de garantías.

"El plazo de suspensión de garantías constitucionales no podrá exceder de treinta días. Cualquier prórroga necesitará acuerdo previo de las Cortes o de la Diputación Permanente en su caso.

"Durante la suspensión regirá, para el territorio a que se aplique, la LEY DE ORDEN PÚBLICO.

"En ningún caso podrá el Gobierno extrañar o deportar a los españoles, ni desterrarlos a distancia superior a 250 kilómetros de su domicilio."

Como vemos, el Gobierno, mediante decreto, es el que tiene la iniciativa para acordar la suspensión de garantías, que habrá de basarse en casos de notoria e inminente gravedad para la seguridad (interior o exterior, entendemos nosotros) del Estado.

El poder Legislativo interviene para resolver la adopción de dicha medida, así como para la concesión de la prórroga.

Relacionado con el mismo, se encuentra el 76 d) que faculta al Presidente de la República para "ordenar las medidas urgentes que exija la defensa de la integridad o de la SEGURIDAD de la Nación, dando inmediatamente cuenta a las Cortes". Este precepto es novedoso para nosotros y consideramos que no le otorga la posibilidad de suspender otros derechos que los enumerados anteriormente y que su actuación ha de regirse por la más estricta legalidad. De todas formas, resulta más peligroso que necesario.

Dentro de este marco constitucional, se promulgaría la nueva L.O.P. de 28 de julio de 1933. El Gobierno justificaría su dureza por la ventaja que supondría el no tener que acudir a la suspensión de garantías. Aportaba algunas novedades importantes, fundamentando el orden público en el "normal funcionamiento de las instituciones del Estado y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales". Igualmente iniciaba una corriente bastante peligrosa, tipificando las infracciones contra el o.p. y creando "conceptos en blanco" que concederían a las Autoridades la posibilidad de una interpretación extensiva que incluso podría llegar a ser arbitraria. Se consideraban actos contra el o.p.:

- 1º. Los que perturben o intenten perturbar el ejercicio de los derechos garantizados en los artículos 27, 31, 33, 34, 35, 38, 39 y 41 de la Constitución.

- 2º. Los que se cometan o intenten cometer con armas o explosivos.
- 3º. Aquellos en que se emplee pública coacción, amenaza o fuerza.
- 4º. Los que no realizados por virtud de un derecho taxativamente reconocido por las leyes, o no ejecutado con sujeción a las mismas, se dirijan a perturbar el funcionamiento de las Instituciones del Estado, la regularidad de los servicios públicos o el abastecimiento y servicios necesarios de las poblaciones.
- 5º. La huelga y la suspensión de industrias.
- 6º. Los que de cualquier otro medio no previsto en los párrafos anteriores, alteren materialmente la paz pública.
- 7º. Aquellos en que se recomiende, propaguen o enaltezcan los medios violentos para alterar el orden legalmente establecido.

Para sancionar estos actos, se le concedía a las Autoridades gubernativas, unas facultades que en nuestra opinión eran excesivas e invadían las correspondientes al poder Judicial. Surge así el arresto subsidiario por impago de multa que sería acordado por el Juez de Instrucción, previo requerimiento del Gobernador Civil. Es decir, que el Juez ordenaría el ingreso en prisión por un hecho que no había juzgado. De esta forma no encontramos diferencia entre el Código Penal y L.O.P., mejor dicho, la única es la ausencia del juez en las diligencias. Pero ¿qué Autoridades pueden tomar estas medidas? Ello quedó perfectamente clarificado. De una manera directa, el Ministro de la Gobernación, Gobernadores Civiles y Alcaldes (20). Si bien estos últimos sólo en lo relativo al orden público.

En cuanto a las regiones autónomas, se estará a lo que dispongan sus respectivos estatutos. A los Gobernadores Civiles le corresponderá "la disposición", distribución y dirección de los Agentes y fuerzas pertenecientes a los Institutos destinados a guardar el orden y seguridad pública dentro de lo preceptuado en los reglamentos de dichos Institutos y sin perjuicio de su disciplina".

La actuación de esta fuerza estaba reglamentada con gran meticulosidad, recordándonos la famosa ley marcial francesa. Así, en su artículo 10 se establecía: "Las agrupaciones de personas que públicamente se produzcan con armas y otros medios de acción violenta, serán disueltas por la fuerza públi-

ca en cuanto no obedezcan al primer toque de atención que se dé para ello. No se requerirá tal intimidación cuando los manifestantes hicieren actos de agresión contra la fuerza pública. No cabrá, sin embargo, hacer fuego sin que preceda otro toque de atención, salvo el caso en que los perturbadores disparasen contra la fuerza." Completándose con el siguiente, pues, "cualquier manifestación no comprendida en el artículo anterior y que carezca de la competente autorización será disuelta por la fuerza pública, si se niega a hacerlo después de los tres toques de atención, dados con la pausa prudencial para permitir que la manifestación se disuelva.

"Cuando la manifestación revista carácter tumultuario, háyase o no autorizada aquélla legalmente, bastará un solo toque de atención para que proceda la fuerza pública a disolverla. No será necesaria tal intimidación cuando hubiese sido atacada la fuerza por los manifestantes; pero no cabrá hacer fuego contra los perturbadores, aun cuando persistan en su actitud de resistencia sin haber dado antes un toque de atención, salvo el caso en que los perturbadores disparasen contra la fuerza pública".

No obstante, si con la adopción de todas estas medidas "normales" la alteración no ha sido dominada, el Gobierno, mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, podrá declarar el estado de prevención. De este decreto tendrá que dar cuenta a las Cortes o a su Diputación permanente dentro de los diez días siguientes a su publicación. Esta situación no llevará consigo la suspensión de garantías, siendo su duración máxima de dos meses, prorrogables por períodos mensuales. Al finalizar el mismo, dará cuenta a las Cortes. Durante su vigencia se faculta a las Autoridades a tomar determinadas medidas sobre los extranjeros y españoles, que en algunos casos —censura previa— son de dudosa constitucionalidad.

Si las medidas anteriores no hubiesen bastado, se declarará el estado de alarma, que llevará consigo la suspensión de garantías, de acuerdo con el artículo 42 de la Constitución.

La regulación del estado de guerra es en todo semejante al de la ley precedente (1870), a cuyo comentario nos remitimos. Incluso en un tema tan delicado como el de la jurisdicción castrense, es mantenido por el artículo 57 al establecer que "la Autoridad militar, a la vez que adopte las medidas enumeradas en los artículos precedentes y que resta-

blezca el orden, dispondrá que inmediatamente se instruyan las causas que procedan y se formen los Consejos de Guerra llamados a fallar las que a la jurisdicción militar le correspondan".

A la hora de valorar el contenido de esta ley, nos parece oportuno hacernos eco del emitido por Fernández Segado (21) al decir: "podemos afirmar que la nueva normativa era en efecto necesaria, pues los conflictos del último tercio del siglo XIX eran muy distintos a los del primer tercio del siglo XX. Ahora bien, lo que merece ser objeto de crítica es el contenido mismo de la ley. A este respecto, cabe decir que aun cuando en principio podía ser conveniente establecer antes de la suspensión de garantías un estado previo, la ley desorbitó dicha situación (estado de prevención), así como el estado innominado previsto en primer lugar, al otorgar a la autoridad gubernativa unas facultades excesivas a todas luces. En refrendo de lo que estamos afirmando bástenos recordar que la autoridad civil puede —en lo que anteriormente denominamos "estado de normalidad anormal"— aplicar aquellas medidas propias del estado de guerra compatibles con el mando de la autoridad civil. ¡Y todo ello en una situación de teórica normalidad!

Lo mismo podemos sostener del estado de prevención, en el que, pese a no estar suspendidas las garantías, se puede llegar a una práctica suspensión de las mismas. Las facultades de la autoridad gubernativa con respecto a la prensa son una clara muestra de lo que acabamos de decir, pues aquéllas, tal y como afirma Ruiz del Castillo, podían establecer "un régimen sustitutivo de la censura previa, pero que produce los efectos de ésta, con posible agravación en lo que respecta a los intereses económicos de la empresa".

La L.O.P. de 30-07-59 tuvo fundamento constitucional en el artículo 35 del Fuero de los Españoles, según el cual: "La vigencia de los artículos 12 (libertad de expresión), 13 (libertad y secreto de correspondencia), 14 (libertad de residencia), 15 (inviolabilidad de domicilio), 16 (libertad de asociación) y 18 (detención) podrá ser temporalmente suspendida por el Gobierno, total o parcialmente, mediante decreto-ley que taxativamente determine el alcance y duración de la medida." Como vemos, paulatinamente se va produciendo una potenciación de las competencias del Ejecutivo, que lleva aparejada la disminución del Legislativo.

El proyecto de ley sería presentado al Gobierno por el Ministro de la Gobernación, general Alonso Vega, y remitido a las Cortes. En éstas se nombró una Comisión especial, discutiéndose en la sesión del 29 de julio, convirtiéndose al día siguiente en la nueva L.O.P. En la defensa del dictamen y al referirse al estado de excepción, el diputado Vizcaíno Márquez afirmaba: "la vida anormal requiere módulos distintos de la vida normal y no puede pensarse que la necesidad carezca de ley, sino que requiere una ley especial. No se trata de una negación de los derechos individuales, sino de un tratamiento excepcional de los mismos. Con ello, se prevé lo anormal y, al prever la ley lo anormal, se le da tratamiento jurídico".

En la exposición de motivos se decía que "el nuevo texto no supone una ruptura total con el anterior, sino que ha procurado fundir armónicamente el viejo material heredado y, de este modo, confeccionar un instrumento jurídico capaz de afrontar con las máximas garantías de acierto las necesidades de la paz pública nacional".

Concretándonos a su articulado y como apreciación de tipo general, vemos un texto más técnico, favorecedor de la discrecionalidad y que ha recogido las corrientes doctrinales de su época (22). Así, al tipificar los actos contrarios al orden público, hace referencia a la trilogía: tranquilidad, seguridad y salubridad, que ya había sido recogida por la doctrina francesa. Incluso se extiende al campo económico y al de la moral y buenas costumbres (23). Respecto a las Autoridades encargadas de su mantenimiento, no se producen innovaciones importantes, si bien hemos de hacer constar la referencia a la colaboración de las Fuerzas Armadas (24), que posteriormente fue regulada por el decreto de 8 de abril de 1976.

Uno de los defectos de la ley fue la posibilidad de poder sancionar una misma conducta en vía judicial y gubernativa, que era recogida en el artículo 18: "Las Autoridades gubernativas podrán sancionar los actos contra el orden público a que esta ley se refiere, cualquiera que sea la forma de comisión, en la cuantía señalada en el artículo siguiente, sin perjuicio de la competencia de los Tribunales o Autoridades de otra jurisdicción."

Ahora bien, no sólo contenía preceptos de carácter represivo, sino que preveía la posibilidad de ejercer auxilio y ayuda, pues en los casos en que se produjera alguna calamidad, catástrofe o desgracia pública, las

Autoridades gubernativas deberán adoptar por sí mismas o de acuerdo con las demás, medidas conducentes a la protección, asistencia y seguridad de las personas, bienes y lugares afectados y darán inmediata cuenta al Gobierno para que éste resuelva lo procedente.

Incluso se podrá requerir la ayuda y colaboración de otras personas y disponer de lo necesario en auxilio de las víctimas.

Respecto a los estados excepcionales, se produce en esta ley una novedad, que consiste en la reducción de los mismos a sólo dos (excepción y guerra). Ello lo consideramos más lógico, pues entre otras ventajas, su delimitación será más sencilla.

La declaración del estado de excepción se hará por el Gobierno, mediante decreto-ley, dando cuenta a las Cortes. En el mismo se especificarán los derechos que quedan suspendidos, que nunca podrán sobrepasar lo enumerado en el artículo 35 del Fuero de los españoles. Dos son las causas que pueden provocarlo:

- Alteración de orden público, no restablecido con las facultades ordinarias.
- Calamidad, catástrofe o desgracia pública.

Este segundo motivo constituye una novedad, que consideramos muy positiva, pues no sólo se debe atender a la utilización de los medios represivos contra las personas, sino que también la Administración debe utilizar todos sus recursos para prestarle ayuda en los casos de necesidad. De esta forma se le ha dado un contenido humanitario a esta situación, aunque no tenemos constancia de que se haya utilizado esta posibilidad.

La duración será de tres meses, como máximo, si bien podrán acordarse prórrogas, poniéndolo en conocimiento de las Cortes. De todas formas la intervención del Legislativo es bastante reducida, pues su postura es expectante, sin poder decisorio alguno. Ni incluso un análisis posterior a su levantamiento.

Las medidas que durante su vigencia se pueden adoptar, son semejantes a las de la ley anterior, excepto las extraordinarias previstas en el artículo 32 que como dice Fernández Segado (25) carecen de todo antecedente en la legislación anterior; prevé una variadísima gama de medidas que oscilan "desde la simple vigilancia de edificios, obras y servicios públicos, hasta la movilización de todos los recursos de un territorio. La aplicación de una u otra medida dependerá

de las circunstancias de cada momento y, en definitiva, del criterio de la autoridad gubernativa, lo que deja abierta la puerta de la arbitrariedad".

El estado de guerra será declarado:

- Cuando la alteración que motivó el estado de excepción haya adquirido tales proporciones o gravedad que no pueda ser dominada por las medidas adoptadas por la Autoridad civil.
- Cuando se produzca una súbita y violenta insurrección contra la seguridad del Estado, sus Instituciones políticas o la estructura social.

Las formalidades serán las mismas que en el caso anterior, si bien existe también la posibilidad de que al no poderse poner en contacto con el Gobierno, lo acuerde la Autoridad civil, junto con la judicial y militar. Este supuesto lo consideramos un tanto anacrónico, pues con los medios actuales, parece imposible que se presente. Su duración será de dos meses prorrogables por el tiempo que exijan las circunstancias. Si bien una vez levantado, se puede pasar directamente a la normalidad, sin pasar por el estado de excepción.

Respecto a la intervención de las Fuerzas Armadas nos parece interesante hacer hincapié en algunos aspectos. El mando será ejercido por la Autoridad militar de mayor empleo y en igualdad del mismo, tendrá preferencia la de tierra, sobre mar y aire.

Una vez hecho cargo de dicho mando y con el asesoramiento del Auditor (26), publicará un bando, al que se le dará la mayor publicidad y que por lo menos habrá de contener:

- 1º. Una intimidación a los perturbadores para que depongan su actitud y presen obediencia a la Autoridad constituida, para lo que se les dará un plazo prudencial, que, de no haberse fijado, será de dos horas.
- 2º. Las medidas aplicables a los que persistiesen en su conducta.
- 3º. Determinación del territorio en que haya de aplicarse.
- 4º. Los hechos punibles que quedan sometidos a la jurisdicción militar, y si se considera necesario, la penalidad que les corresponda, sin que en ningún caso puedan establecerse penas distintas de las contenidas anteriormente en las leyes.

5º. Momento en que el bando comenzará a regir.

Al mismo tiempo, y en materia de orden público, la Autoridad civil pasará a depender de la militar, que podrá tomar "cuantas medidas entienda sean necesarias para restablecer el orden o requiera la seguridad interior del Estado". Como vemos, los poderes que se le conceden son totales, sin limitación de ninguna clase.

Respecto al procedimiento, y tanto en el estado de excepción como en el de guerra, los órganos jurisdiccionales que tengan atribuidos el conocimiento de los actos contra el orden público, se constituirán en Tribunales de urgencia (27). Los Tribunales militares intervendrán en aquellos hechos en que le otorgara competencia el bando de declaración de estado de guerra.

DERECHO VIGENTE

La regulación de las actuales medidas o estados excepcionales se encuentran en los artículos 55 y 116 de nuestra Constitución, así como en las leyes orgánicas que los desarrollan.

El primero de ellos constituye el Capítulo V del Título con la denominación "De la suspensión de los derechos y libertades". Podemos distinguir en el mismo dos partes perfectamente diferenciadas. En la primera, la suspensión hace referencia a todas las personas de manera general y afecta a los siguientes derechos:

- Garantías de la detención.
- Inviolabilidad del domicilio.
- Secreto de las comunicaciones.
- Derecho al honor e intimidad.
- Libertad de residencia y circulación.
- Libertad de expresión.
- Libertad de información y comunicación.
- Reunión y manifestación.
- Huelga de los trabajadores.
- Conflicto colectivo de los empresarios y trabajadores.

Mientras que en la segunda se hace referencia a personas determinadas, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y control parlamentario, afectando a los derechos reconocidos en los artículos 17.2 (plazo de la detención) y 18 apartado 2 (inviolabilidad del domicilio) y 3 (secreto de las comunicaciones) y todo ello en relación

con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

Como vemos, y al compararla con constituciones precedentes, resulta que los derechos suspendidos son más numerosos. Ello es lógico, porque su relación es muy amplia. Nuestra única observación hace referencia al derecho de asociación, que en otros textos ha quedado suspendido en casos similares, y en el actual no se le considera (28). Quizá los constituyentes pensarán en la poca incidencia que puede tener en las situaciones excepcionales (29). De manera general, y sin perjuicio del estudio que posteriormente realizaremos, quisiéramos resaltar las siguientes características de esta normativa:

- Excesiva meticulosidad en su regulación Constitucional.
- Denominación de los estados excepcionales, que generalmente se ha venido realizando por la ley ordinaria.
- Regulación independiente de los mismos, cuando en nuestro derecho histórico ha venido incluyéndose en la L.O.P.
- Intervención —quizás excesiva— del Legislativo, que no ha seguido la corriente doctrinal del derecho comparado.
- Falta de claridad en las competencias de las Fuerzas Armadas y jurisdicción castrense.

Antes de analizar cada uno de los estados excepcionales, regulados por la Ley Orgánica 4/81 de 1 de junio, quisiéramos hacer referencia sobre seguridad ciudadana" y en el que incluía la nueva ley de orden público, la mal llamada antiterrorista, la correspondiente a los estados excepcionales y la referente a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Su esquema era el siguiente:

- Capítulo I. Competencias y Autoridades Gubernativas (artículo 1 al 9).
- Capítulo II. Prevención y mantenimiento de la seguridad ciudadana (artículos 10 al 17).
- Capítulo III. Los estados de alarma, excepción y sitio (artículos 18 al 51, divididos en tres secciones).
- Capítulo IV. Postestades gubernativas especiales en relación con los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución (artículos 52 al 61).

Capítulo V. Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (artículos 62 al 72).

Como vemos, los temas tratados eran un tanto heterogéneos y, por otra parte, la Constitución preveía para ellos leyes orgánicas independientes. Quizás el deseo de homogeneizar provocó una reacción inversa por parte de la ponencia de las Cortes (30) al informar que "se trata de un proyecto de ley que regula de modo formalmente unitario materias de naturaleza claramente distinta. Así, el orden público, las potestades gubernativas especiales, en relación con los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución, los estados de necesidad y los Cuerpos de Seguridad del Estado. Para estas cuestiones, la Constitución prevé leyes específicas e independientes, como parece deducirse de los artículos 55.2 (suspensión de derechos y libertades para personas determinadas, en relación con investigaciones sobre bandas armadas o elementos (terroristas), 104.2 (funciones, principios básicos de actuación y Estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad), y artículo 116 (estados de alarma, excepción y sitio).

Por todo ello, se acordó (31) que el primitivo proyecto del Gobierno no se tramitase como cuatro independientes y con las siguientes denominaciones:

- Ley de seguridad ciudadana y competencias gubernativas.
- Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio.
- Ley Orgánica sobre los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución.
- Ley Orgánica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

El segundo de ellos es el que nos interesa para nuestro estudio, y que fue promulgado como Ley Orgánica, el 1 de junio de 1981. Ello en cumplimiento del mandato constitucional impuesto por el artículo 116.1: "Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes." Sin embargo, lo primero que nos sorprende es la situación de este artículo (116), en el título V "De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales". Bien es verdad, que uno de los puntos más importantes de esta materia ha sido siempre el control de Legislativo sobre el Ejecutivo, pero el tema funda-

mental lo constituía la suspensión de los derechos. Por ello, los constituyentes de toda nuestra historia lo colocaban al final, como una excepción a la regla general (32). No puede servir la justificación la remisión que nos hace el artículo 55. Creemos que desde todos los puntos de vista hubiese sido más congruente su regulación en el capítulo que trata de la suspensión de los derechos y libertades.

Mayor es nuestra sorpresa cuando intentamos analizar las causas que pueden producir la declaración de estos estados. Para facilidad del lector, transcribimos el artículo 116: "Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes.

- 2º. El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración.
- 3º. El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Consejo de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos.
- 4º. El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones.
- 5º. No podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados. Disuelto el Congreso o expirado el mandato, si se produjere alguna de las

situaciones que dan lugar a cualquiera de dichos estados, las competencias del Congreso serán asumidas por la Diputación Permanente.

- 6°. La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes."

Como podemos ver, no se hace referencia a la causa que debe originar su declaración. Ya dijimos anteriormente, lo indeterminado que resultaban conceptos como seguridad, grave peligro, emergencia, etc., pero al menos nos servían de orientación. El concepto jurídico indeterminado se nos ha convertido en un concepto en blanco. Esta situación nos resulta bastante embarazosa, pues los tres pilares que sustentan la normativa excepcional: causa, suspensión de derechos, control parlamentario; nos falta la fundamental y originaria de las otras dos. Se nos puede decir que ello se regula por la correspondiente ley orgánica —como ha ocurrido—, pero no deja de ser una incongruencia el regular lo accesorio en el texto fundamental y lo fundamental en la norma que lo desarrolle.

Otra novedad también importante es la regulación autónoma de esta materia. Como vimos anteriormente, tanto en la ley de orden público de 1870 como en las de 1931 y 1959 estaba incluida en su artículo. Así remitió el proyecto el Gobierno, pero las Cortes lo dividieron en cuatro. ¿Hubiese constituido algún problema jurídico el haberse regulado esta materia con la nueva L.O.P.? En nuestra opinión creemos que no; toda vez que al tener rango de ley orgánica se cumple el requisito constitucional, pero no creemos que existiese inconveniente en que esta misma categoría la tuviese la futura L.O.P., máxime si en la misma se restringe —no suspenden— el ejercicio de algunos derechos. Ello nos hubiese permitido una regulación progresiva y tratamiento proporcionado de los problemas de orden público. De esta forma se ha producido una desconexión total entre la L.O.P. y estas situaciones excepcionales, en las cuales —no podemos olvidarlo— tanta repercusión tiene dicha problemática.

Una vez hechas las anteriores consideraciones, nos parece oportuno comentar la ley orgánica a la que antes nos referíamos. Obviamente se atiende a la regulación de los tres estados (alarma, excepción y sitio) que adoptan una denominación nueva en su con-

junto, aunque exceptuando el de "sitio", ya se había empleado con anterioridad.

El primer problema que se planteaba era establecer tres situaciones progresivas o totalmente independientes. La primera solución fue la adoptada en el proyecto del Gobierno, pero la que triunfó fue la segunda. De esta forma tenemos tres situaciones diferentes, y por lo tanto, producidas por causas distintas y con medidas adecuadas a cada una de ellas. De aquí la gran dificultad de establecer unas normas comunes (Capítulo I) a todas ellas. No obstante y de forma muy general, el artículo primero establece que "procederá la declaración de los estados de alarma, excepción o sitio cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes". Su duración será la "estrictamente indispensable" y su aplicación, proporcionada a las circunstancias. Los poderes constitucionales del Estado continuarán funcionando normalmente y sus actos impugnables en vía jurisdiccional.

La primera cuestión que se le planteó al legislador al regular el estado de alarma, fue las causas que lo motivaron. El Gobierno, en su proyecto, consideró dos motivos distintos: alteraciones de orden público y catástrofes naturales. Sin embargo, en el informe de la ponencia se admitieron dos enmiendas que propugnaban la suspensión de todas las connotaciones con el orden público, reduciendo el estado de alarma a catástrofes naturales o tecnológicas (33). Este razonamiento es vulnerable, pues depende del concepto que tengamos del orden público. Si atendemos al aspecto doctrinal (34), todos los supuestos del actual artículo cuarto están comprendidos en esta acepción. Desde el punto de vista positivo, tanto en las anteriores leyes de orden público como en el proyecto del Gobierno, se hace referencia "al normal funcionamiento de las instituciones democráticas y de los SERVICIOS PÚBLICOS esenciales a la comunidad". ¿Y no es ello, precisamente, lo que se quiere garantizar? Luego es un tema de orden público. De lo contrario, tendrán que establecer un nuevo concepto del mismo, lo cual iría en contra de la corriente doctrinal-positiva, sobre todo en Francia e Italia. Desde un punto de vista práctico, nos parece muy difícil el deslindar ambos supuestos, quizá por ello el ministro del Interior, al presentar el proyecto al Congreso de los Diputados, no expuso esta diferencia con nitidez, sino todo lo con-

trario: "la contemplación de esta nueva situación excepcional (alarma) se basa en la necesidad de proteger a la sociedad frente a la suma de riesgos donde, bien por producir los hechos naturales, bien por circunstancias sociales, se encuentra en grave riesgo la seguridad o la vida de las personas, y se encuentra en dificultad el mantenimiento de las condiciones necesarias para que la comunidad pueda desenvolver su vida colectiva normal" (35). En resumen, al haber desaparecido la referencia a las alteraciones del orden público y con el nuevo contenido que nuestros legisladores le dan a este concepto, podemos decir que el estado de alarma ha desaparecido, pues los supuestos en él plantados los puede resolver el Gobierno con normativa ordinaria. Así, el artículo 21 de la ley orgánica de defensa nacional y organización militar establece que "la defensa civil es la disposición permanente de todos los recursos humanos y materiales no propiamente militares al servicio de la defensa nacional, y también en la lucha contra todo tipo de CATÁSTROFES extraordinarias. Una ley de defensa civil regulará sus condiciones, organización y funcionamiento". En este mismo sentido, toda la legislación vigente que afecta a dichos supuestos (36). Coincidimos con Cruz Villalón (37) al afirmar que "en realidad el Gobierno, en la mayoría de los casos, no necesitará, si no quiere, declarar el estado de alarma, puesto que dispone de instrumentos más simples y que, en definitiva, le otorgan prácticamente las mismas facultades" (38).

Su declaración será acordada mediante decreto, en el que se determinará el ámbito territorial, la duración —que no podrá exceder de quince días prorrogándose con autorización expresa del Congreso de los Diputados— y los efectos del mismo. Cuando el ámbito territorial corresponda a todo o parte de una Comunidad Autónoma, el Presidente de la misma podrá solicitar su declaración del Gobierno, el cual podrá delegar las facultades que la ley le otorga. Pudiendo requerir, en este caso, la colaboración de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, que actuarán bajo la dirección de sus mandos naturales. No entendemos qué se quiere decir con este último párrafo, por lo que merece un breve comentario. Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, bien sea militares (Guardia Civil) o civiles (Cuerpo Nacional de Policía), siempre actúan bajo la dirección de sus mandos, desde cabo a general. La directiva del servicio provendrá de la Autoridad que

sea, nacional, autónoma, local, etc., pero su realización corresponde a sus mandos. Esto se justifica por un principio de eficacia y congruencia. Distinto es el caso que se plantearía entre los distintos mandos, unos militares y otros civiles de las fuerzas estatales, autónomas de la correspondiente norma jurídica, cada uno iría a su "aire" y la descoordinación sería total (39).

Del decreto de declaración de estado de alarma, así como de los que sucesivamente dicte, tendrá el Gobierno permanentemente informado al Congreso de los Diputados.

La potenciación del Ejecutivo se materializa en que pasan a depender del mismo todas las Autoridades civiles de la Administración pública del territorio afectado, los integrantes de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las corporaciones locales, y los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas.

Al mismo tiempo y bien sea en el decreto de declaración o en los sucesivos, se podrán tomar las siguientes medidas:

- Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos.
- Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias.
- Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los ministerios interesados.
- Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad.
- Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios y de los centros de producción afectados por el apartado d) del artículo cuarto.

La denominación del estado de excepción fue utilizada por primera vez en la ley de 1959, si bien con un contenido más amplio, pues abarca no sólo los casos de catástrofes y calamidades (actual estado de alarma), sino también los problemas de orden público, cuando las facultades ordinarias no hubiesen bastado. Ésta era la idea del proyecto del Gobierno, pues lo conectaba con el estado de alarma (40), si bien la ponencia encar-

gada de informarlo, aceptando sendas enmiendas de los grupos socialista y comunista, modificó su redacción "dado que se ha variado la filosofía del proyecto en el sentido de entender que el estado de excepción no implica el agravamiento de los supuestos previstos para el estado de alarma, sino que su naturaleza es de orden diferente" (41); por ello, esta situación será declarada "cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente afectados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo". Por lo tanto, hemos de establecer un puente sobre el estado de alarma, para pasar directamente a Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana.

Hay, no obstante, en este artículo, un aspecto sumamente interesante y que queremos resaltar. Se establece en el mismo un nuevo concepto positivo del orden público. Diferente, por otra parte, a la corriente doctrinal, tanto nacional como extranjera, y que está siendo duramente criticada por algunos tratadistas de estos temas (42). Quizá su origen hayamos de encontrarlo en los programas electorales de algunos partidos políticos, en que se hablaba de orden público autoritario y democrático. Aunque en parte puedan tener algún fundamento, no hemos de olvidar que en algunos aspectos el orden público llega a identificarse con el orden jurídico y, por lo tanto, lo importante es que el orden jurídico obedezca a los principios democráticos, pues, de esta forma también lo hará el o.p.

Podemos observar cierta relación entre este estado y el de alarma. En efecto, una de las causas que podría producir la declaración de aquél era la "paralización de los servicios públicos esenciales para la comunidad", aunque con la concurrencia de determinados requisitos y respecto a éste, grave alteración de los servicios públicos esenciales para la comunidad sin posibilidad de restablecerlos por las potestades ordinarias. Por ello nos resulta francamente difícil, cuando basándonos en ambas causas podrá decretarse uno y otro estado. La intención de los legisladores queda en cierto punto invalidada, pues la distinción es más teórica que práctica. Bien es verdad que proporciona cierto arbitrio al Ejecutivo para tomar la medida que considere más adecuada a cada circunstancia.

Para la declaración del estado de excepción, el Gobierno remitirá al Congreso de los Diputados una solicitud que deberá contener:

- a) Determinación de los efectos del estado de excepción, con mención expresa de los derechos cuya suspensión se solicita, que no podrán ser otros que los enumerados en el apartado uno del artículo cincuenta y cinco de la Constitución.
- b) Relación de las medidas a adoptar referidas a los derechos cuya suspensión específicamente se solicita.
- c) Ámbito territorial del estado de excepción, así como duración del mismo, que no podrá exceder de treinta días.
- d) La cuantía máxima de las sanciones pecuniarias que la Autoridad gubernativa esté autorizada para imponer, en su caso, a quienes contravengan las disposiciones que dicte durante el estado de excepción.

En virtud de una enmienda del partido comunista y defendida por el diputado Solé Tura, se añadió un nuevo apartado al artículo trece, por el que el "Congreso debatirá la solicitud de autorización remitida por el Gobierno, pudiendo aprobarla en sus propios términos o introducir modificaciones en la misma". De esta forma se reforzaba la intervención del Legislativo, volviendo casi a la redacción —al menos en espíritu— de la Ponencia constitucional: "El estado de excepción será declarado por el Congreso de los Diputados a propuesta exclusiva del Gobierno. Tendrá una duración de treinta días prorrogables por otro plazo igual. El Congreso determinará igualmente el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración."

Una vez obtenida la autorización del Congreso, el Gobierno declarará el estado de excepción mediante un decreto acordado en Consejo de Ministros y en los mismos términos de la autorización concedida. Igualmente podrá solicitar la prórroga del mismo, que no podrá exceder de treinta días.

Si las circunstancias que lo hubiesen provocado desapareciesen, el Gobierno podrá decretar el levantamiento del mismo dando cuenta al Congreso.

Las consecuencias más importantes de esta declaración son la suspensión de los derechos especificados en el artículo 55 de

la Constitución. Ahora bien, ello no quiere decir que hayan de suspenderse, lo que realmente ocurre es que su ejercicio se sustituye por el regulado en esta situación.

Comentario especial merece el artículo veintisiete: La Autoridad gubernativa podrá ordenar las medidas necesarias de vigilancia y protección de edificaciones, instalaciones, obras, servicios públicos e industrias o explotaciones de cualquier género. A estos efectos podrá emplazar puestos armados en los lugares más apropiados para asegurar la vigilancia, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 18.1 de la Constitución (43). Esta última limitación fue introducida en la discusión en comisión, sustituyendo a la servidumbre que el proyecto del gobierno imponía a los moradores (44). Para nosotros este artículo resulta innecesario y confuso. En efecto, las medidas previstas en su primera parte pueden adoptarse de acuerdo con la vigente ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y así fue reconocida en la discusión del mismo al afirmar: "lo cual tiene lugar ya hoy en circunstancias ordinarias en muchas ocasiones, pero que no obstante se ha considerado oportuno establecerlo categóricamente en el precepto que nos ocupa (45).

Respecto a la segunda parte, nuestra primera duda radica en saber qué son los puestos armados. Una primera aproximación nos llevaría a considerar como tales a los que estuviesen formados de varios miembros y dotados de las armas adecuadas para cumplir su misión. Ahora bien, ¿por qué no pueden incluirse los formados por personal del ejército? En este caso tendríamos un estado de excepción con intervención de las Fuerzas Armadas. Por otra parte y en varias ocasiones, esta medida ha sido tomada por el Gobierno, tanto en la zona fronteriza como en el interior. Entonces, ¿qué ocurre? Si en situación de normalidad el Gobierno puede tomar esta medida (no ha sido solicitada explicación alguna por las Cortes), con mayor razón lo podrá hacer en situación excepcional y, por lo tanto, llegamos a la conclusión de una intervención de las Fuerzas Armadas. Sin embargo, nada de ello fue planteado por los parlamentarios, sino el ataque que su establecimiento puede plantear a la intimidad familiar, al honor y a la propia imagen. Ya dijimos en otro lugar que las medidas excepcionales tratan de suspender o restringir algún derecho en beneficio de la mayoría de ellos, luego creemos que esta protección en nada perjudicaría los derechos reconocidos por la Constitución, sino

que primaría en este caso el previsto en el artículo 17: Toda persona tiene derecho a la libertad y a la SEGURIDAD.

Dada la distinta naturaleza de ambos estados, alarma y excepción, cuando la alteración de orden público haya dado lugar a alguna de las circunstancias que provocan el primero, el Gobierno podrá adoptar además de las medidas propias del estado de excepción, las previstas para el estado de alarma.

El tema más importante para nuestro estudio es el estado de sitio, aunque en ello no coincidamos con los parlamentarios (46). Lo primero que debemos hacer constar es el cambio de denominación respecto a las anteriores leyes de orden público. En todas ellas se había empleado la denominación de "guerra", quizás incorrectamente. Es la primera vez que se constitucionaliza este término. Francia lo hizo en la Constitución de 1848 (artículo 106).

Respecto a la causa que lo produce, el proyecto en un sentido amplio establecía: "Cuando el Gobierno estime que pelagra la seguridad interna o exterior del Estado..." El texto aprobado: "Cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios..." Comprende dos acepciones diferentes, un ataque del interior (insurrección o acto de fuerza) o del exterior (acto de fuerza). Pero, ¿contra quién va dirigido el mismo? Pues justamente contra las misiones que el artículo 8.1 de la Constitución le encomienda en las Fuerzas Armadas. De esta forma surge el primer problema. En las anteriores leyes de orden público el estado de guerra se declaraba cuando la anterior situación no había sido suficiente (concepción gradualista), pero siempre para peligros interiores. Ahora, por el contrario, le cambiamos de denominación pero abarcando no sólo los ataques internos, sino también los externos. Para mayor abundamiento lo identificamos con el artículo octavo de nuestro texto constitucional. ¿Cuáles serán las misiones de las F.A.S. en caso de guerra? Quizás extraconstitucionales. A esta conclusión llega Cruz Villalón (47) al afirmar: "En una palabra, que el estado de sitio constituye el *techo* máximo de nuestro ordenamiento constitucional por lo que hace a su adaptación transitoria en la lucha contra una situación de emergencia. Más allá de eso sólo se extiende el terreno

de la teoría del *estado de necesidad* o de la teoría de las *circunstancias excepcionales* que, al igual que el derecho de resistencia, son situaciones en que la ciencia del Derecho Constitucional deja de ser operativa."

Tampoco nos aclara mucho el Ministro del Interior al afirmar en la presentación del proyecto: "Destaca en la nueva regulación el abandono de terminología, como ustedes conocen, señoras y señores diputados, del estado de guerra, que era habitual en las leyes de 1933 y de 1959 (añadimos nosotros que también en la de 1870). La razón de este cambio fundamentalmente se deriva de la voluntad de proceder a una mayor identificación de lo que es el estado de sitio, de lo que va a salvar el estado de sitio, que es una situación de emergencia y, en ese sentido, elimina la posibilidad de confusión con otras situaciones que pudieran plantearse, que han de ser consideradas o podrían ser consideradas más estrictamente como situaciones de guerra" (48).

Concluyendo, el actual estado de sitio tiene una amplitud mucho mayor, que sus equivalentes estados de guerra de las anteriores legislaciones excepcionales.

El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, que determinará su ámbito territorial, duración y condiciones. La propuesta será competencia exclusiva del Gobierno. Realmente vemos un gran protagonismo del Legislativo, aunque si tenemos presente que esta declaración puede llevar consigo —al menos de hecho— la situación de una guerra interior o exterior, no debe de sorprendernos ese protagonismo. Respecto a la suspensión de derechos, además de las correspondientes al estado de excepción podrá suspenderse el previsto en el artículo 17.3 de la Constitución (garantías del detenido).

Tema de gran importancia y trascendencia es el de la intervención de las Fuerzas Armadas en esta situación. Ya dijimos anteriormente que desde un punto de vista constitucionalista su protagonismo debería ser muy importante. Por ello, el Gobierno designará la Autoridad militar que, bajo su dirección, haya de ejecutar las medidas que procedan en el territorio a que el estado de sitio se refiera. Las Autoridades civiles continuarán en el ejercicio de las facultades que no le hayan sido conferidas a la Autoridad militar, a la cual dará todas las informaciones que le solicite y cuantas noticias referentes al orden público lleguen a su conocimiento. Este artículo —36— se basa en el 41

y 56 de las anteriores L.O.P., si bien los legisladores no cayeron en la cuenta de que los supuestos considerados eran distintos, por lo que no vemos la referencia al orden público, cuando de lo que realmente se trata es de una guerra, y la crisis de tal concepto ha quedado circunscrita al estado de excepción.

La Autoridad militar procederá a publicar y difundir los oportunos bandos, que contendrán las medidas y previsiones necesarias. Tema este, el de los bandos, que queremos analizar. El bando es una manifestación tradicional del poder de ordenanza atribuido a la Autoridad militar y que va destinado fundamentalmente a los ciudadanos de una manera directa. Generalmente y en el campo castrense, este poder de ordenanza se ha ejercido en circunstancias de urgencia y con el poder de alterar temporalmente el orden de la jerarquía de las fuentes jurídicas, derogando normas de rango superior.

Actualmente el Código Penal Militar establece que "son delitos militares las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas en este Código".

La Ley Orgánica de 6 de noviembre de 1980 que reformó determinados artículos de dicho texto, considera a los bandos como fuente extraordinaria de la legislación castrense en los estados de sitio. Por todo ello continuamos defendiendo esta competencia legislativa de los bandos siempre que estén "de acuerdo con la Constitución, la presente Ley y las condiciones de la declaración del estado de sitio" (artículo 34) (49).

Relacionado con este tema, tenemos el de la jurisdicción militar, que tiene su base en el artículo 117.5 de nuestro texto fundamental al señalar que "el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La Ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de SITIO, de acuerdo con los principios de la Constitución". Por otra parte, "en la declaración del estado de sitio el Congreso de los Diputados podrá determinar los delitos que durante su vigencia quedan sometidos a la Jurisdicción Militar". No podemos olvidar que el Código castrense tipifica esta circunstancia en la comisión de gran número de tipos delictuales, agravando la pena en otros casos. Luego, en nuestra opinión, la competencia sería la siguiente:

- Aquellos delitos que de antemano están tipificados en estas circunstancias.

— Aquellos otros — comunes o militares— que determine el Congreso de los Diputados.

Sobre este segundo caso creemos interesante defender una postura congruente con la misión que se le asigna a la Autoridad militar. Debe de huirse de la politización excesiva de algunos delitos y atender al bien jurídico del estado de sitio, que es la defensa del Estado.

Quisiéramos terminar añadiendo que para cumplir con más eficacia su misión, la Autoridad militar asumiría automáticamente las facultades que correspondan a la civil en los estados de alarma y excepción, pasando a depender de ella todas las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, así como las Policías de las Comunidades Autónomas (50). ■

NOTAS

- (1) La Novísima Recopilación trata de estos temas en título 35 de libro XXI que se compone de 27 leyes, de las cuales las 18 primeras fueron dictadas por los Reyes Católicos, la 19 por D^a Juana, la 20-23 por Carlos I, la 24-25 por Felipe III y la 26-27 por Felipe V.
Durante el reinado de Felipe II se publicó la pragmática "Sobre el modo de proceder los Alcaldes de Cortes en las rondas y visitas que deben hacer en ellas", de 12 de diciembre de 1583, y el "Pregón para la buena gobernación desta Corte", de 14 de diciembre de 1585.
- (2) CRUZ VILLALÓN, p. 163: "Pues de una lectura rápida de la pragmática puede obtenerse la impresión de que se trata de una verdadera ley marcial." Posteriormente en la p. 165 afirma "que no cabe dársele carácter de ley marcial". En sentido semejante, Fernández Segado, p. 74, basándose en la restricción del derecho de reunión.
- (3) El artículo 92 de la Constitución francesa de 13 de diciembre de 1799 comenzaba: *Dans le cas de révolte à main armée, au de troubles qui menacent la sûreté de l'État...*
- (4) Así el Código Penal de 9 de julio de 1822 (artículo 297); ley de reuniones patrióticas de 1 de noviembre de 1822; decreto de 18 de julio de 1834, etc.
- (5) "Auxiliar al Alcalde en todo lo que pertenezca a la seguridad de las personas y bienes de los vecinos, y a la conservación del orden público.
- (6) Pragmática de 22 de agosto de 1814 con una instrucción aclaratoria de doce artículos y remitiendo en lo no previsto en ella a la instrucción de Carlos III, de 29 de junio de 1784, sobre "Pena de los bandidos, contrabandistas o salteadores que hiciesen resistencia a la tropa destinada a perseguirlos".
- (7) Se establecieron las escuadras del Valle de Valls y las Rondas Volantes en Cataluña; la Compañía Suelta en Aragón y los Escopeteros Voluntarios en Andalucía y Valencia.
- (8) MORALES VILLANUEVA, A.: ob. cit., p. 69.
- (9) Decretos de 24 de mayo de 1814 y 25 de marzo de 1815.
- (10) "Las leyes arreglarán la administración de justicia en lo criminal, de manera que el proceso sea formado con brevedad, y sin vicios, a fin de que los delitos sean prontamente castigados".
- (11) Instrucción de 19 de junio de 1874 sobre "Pena de los bandidos, contrabandistas o salteadores que hiciesen resistencia a la tropa destinada a perseguirlos". Circular de 18 de abril de 1802 por la que los "Salteadores de caminos y sus cómplices, aprehendidos por la Tropa en las poblaciones, queden sujetos al juicio militar".
- (12) Ob. cit., p. 327.
- (13) Se suspendió con Fernando VII en su segunda etapa absolutista; restableciéndose por decreto de 30 de agosto de 1836; se recordaba su vigencia por decreto de 14 de enero de

- 1841; se mandaba cumplir por orden de 31 de enero de 1844; igualmente por orden de 22 de febrero de 1854; por decreto de 22 de julio de 1869 se ordenaba a los gobernadores civiles su publicación en los boletines oficiales de su provincia. "previniendo que será inmediata y severamente aplicada"; por orden de 12 de marzo de 1875, se declaró que estaba vigente en cuanto a los delitos expresados en su artículo 8; los cuales debían ser juzgados por el fuero y el procedimiento que la misma ley establece; doctrina que fue virtualmente confirmada por los artículos 13 de la Ley de Enjuetamiento Criminal de 29 de septiembre de 1886, y 6^a de la orgánica de 10 de marzo de 1884, al atribuir a los Tribunales de Guerra el conocimiento de los delitos que les confieren las leyes vigentes o que en lo sucesivo se dictaran.
- (14) Artículo 1^o. Se autoriza al Gobierno: 1^o Para que, en consideración a las circunstancias y con arreglo a lo que se prescribe en el artículo 8^o de la Constitución pueda declarar en suspenso, en toda la monarquía o en parte de ella, las garantías que establece el artículo 7^o de la misma Constitución. 2^o Para que recaude las contribuciones e invierta su producto con arreglo a los presupuestos vigentes en virtud de la autorización legislativa de 11 del presente mes. 3^o Para que en caso de necesidad, pueda levantar por el medio que estime más conveniente hasta la cantidad de 200 millones de reales, con aplicación a los gastos extraordinarios exigidos por las circunstancias. Artículo 2^o. Esta autorización durará por el tiempo que medie entre la presente y la próxima legislatura, en la cual dará el Gobierno cuenta a las Cortes del uso que hiciere de la misma autorización.
- (15) Artículo 1^o. Con arreglo a lo que se previene en el artículo 8^o de la Constitución, se autoriza al Gobierno de su Majestad para que pueda declarar en suspenso en toda la Monarquía, o en parte de ella, las garantías que establece el artículo 7^o de la Constitución. Artículo 2^o. El Gobierno dará cuenta a las Cortes en la próxima legislatura del uso que hiciere de la presente autorización.
- (16) El fundamento constitucional lo tenemos en el artículo dos del "Acta adicional a la Constitución de la Monarquía española" de 15 de septiembre de 1856, por la que se ponía en vigor la de 1845 y que establecía: "Promulgada la ley de que trata el artículo 8^o de la Constitución, el territorio a que ella se aplique se regirá, durante la suspensión de lo prescrito en el artículo 7^o de la misma Constitución, por la ley de orden público establecida de antemano. Pero ni en una ni en otra ley se podrá autorizar al Gobierno para extrañar del Reino a los españoles, ni para deportarlos ni desterrarlos fuera de la Península.
- (17) La sección 1^a del Capítulo I del Título I (Del estado de prevención y alarma) contiene dos artículos que se refieren a la aplicación y objeto de la ley, y por lo tanto no tienen nada que ver con la denominación del Título.
- (18) Sobre este tema Cruz Villalón, ob. cit., p. 402-407 y 420-424.
- (19) Ob. cit., p. 424.
- (20) Esta organización tuvo sus antecedentes en el decreto de 26 de enero de 1844 que sirvió de base para crear la Guardia Civil: MORALES VILLANUEVA, ob. cit., p. 66.
- (21) Ob. cit., p. 136.
- (22) Los textos que han comentado más extensamente esta ley son: JIMÉNEZ ASENJO, Enrique: *Antecedentes, texto y doctrina de la Ley de Orden Público*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Comentarios a la LOP*. Publicaciones Abella, Madrid, 1971. FERNÁNDEZ SEGADO, Fco.: ob. cit., pp. 225-265.
- (23) MORALES VILLANUEVA, A.: ob. cit., p. 40.
- (24) Artículo 4.2. En caso de necesidad puede solicitar por conducto reglamentario la cooperación de Unidades Militares para desempeñar los servicios públicos que se les encomiende, siempre bajo el mando de sus jefes naturales. Ob. cit., p. 352.
- (25) La Ley, siguiendo una tradición histórica, ha previsto sólo el caso del Capitán General, que es el que tiene Auditor. Nosotros consideramos que este asesoramiento podrá ser presentado por cualquier miembro del Cuerpo Jurídico o en última instancia por algún jefe u oficial licenciado en derecho o incluso por un civil que posea dicha titulación.
- (27) A partir de la Ley 154/63 serían competentes los Tribunales de Orden Público, que fueron suprimidos por decreto-ley de 4 de enero de 1977.

- (28) *Viz.*: FERNÁNDEZ SEGADO, Fco.: "La suspensión individual del ejercicio de derechos constitucionales". *Revista de Estudios Políticos*, número 35. Septiembre-octubre, 1983, pp.: 123-182.
- (29) Ello quedó ratificado por el Ministro del Interior al presentar el proyecto al Gobierno. *Diario de sesiones*, número 160, de 21 de abril de 1981.
- (30) *Boletín Oficial de las Cortes*, número 73, de 20 de octubre de 1980.
- (31) Dictamen de la Comisión Constitucional, de 2 de octubre de 1980. B.O.C.G. del 27.
- (32) Artículo 308 de la Constitución de 1812; Artículo 31 de la de 1869 y el 42 de la de 1931. Todas ellas de marcada corriente progresista.
- (33) Las enmiendas fueron del partido comunista, con la siguiente motivación: "El estado de alarma debe reservarse a los supuestos de necesidad de facultades gubernativas extraordinarias para resolver crisis ajenas a toda connotación política o social. Es decir, debe reducirse su aplicación a las circunstancias de tipo catastrófico, sanitario, etc." El grupo socialista la fundamentaba en que "los supuestos de hecho que legitiman la declaración del estado de alarma deben ser sustancialmente distintos de aquellos que habilitan para la declaración del estado de excepción. No es, por tanto, conveniente el sistema de cláusula general en la que se prevén diferentes grados de gravedad. La alteración del orden público o se combate con los poderes normales de policía o exige la suspensión de ciertos derechos fundamentales que, de acuerdo con el artículo 116 de la Constitución, únicamente puede ser acordada por el Congreso de los Diputados".
- (34) MORALES VILLANUEVA, A.: *ob. cit.*, pp. 27 y ss.
- (35) *Diario de sesiones*, número 160, de 21 de abril de 1981.
- (36) La Ley y reglamento de incendios forestales; ley de bases de sanidad nacional; ley de expropiación forzosa; ley básica de movilización nacional; protección civil, etc.
- (37) CRUZ VILLALÓN, Pedro: "El nuevo derecho de excepción". *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 2, mayo-agosto 1981, pp. 93-128.
- (38) Así ha ocurrido con las graves inundaciones, sequía, accidentes aéreos, etc.
- (39) La Segunda República afrontó este tema y promulgó las correspondientes disposiciones por las que se hacía depender de la Guardia Civil los Migueletes de Guipúzcoa, Miñones de Vizcaya y Álava, Mozos de Escuadra de Barcelona, Vigilantes de Caminos, Guardas Jurados, Peones Camineros, etc. Las Policías Municipales dependerían del Cuerpo de Vigilancia y Seguridad.
- (40) Artículo 28 del proyecto: Cuando el orden público resulte tan gravemente alterado que el ejercicio de las potestades previstas en los artículos anteriores (estado de alarma) fuera insuficiente para restablecerlo, el Gobierno, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 116 de la Constitución, podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción. *Boletín Oficial de las Cortes*, número 73, de 14 de abril de 1981, p. 382/25.
- (41) GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: "Crítica de la política penal del orden público". *Cuadernos de política criminal*, número 16, 1982.
- (42) Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen.
- (43) Las medidas que se indican en los dos apartados anteriores llevarán consigo la obligación de los dueños, moradores o encargados de consentir las limitaciones que exige la utilización de las fincas o instalaciones afectadas.
- (44) *Diario de sesiones*, número 161, de 22 de abril de 1981, pp. 9943.
- (45) Se presentaron al mismo ocho enmiendas, mientras que a los de alarma y excepción, 21 y 52, respectivamente. Se modificó todo el capítulo en virtud de una enmienda in voce del grupo socialista. Su reflejo en el diario de sesiones es de una hoja, sólo para explicar la anterior enmienda.
- (46) "El nuevo derecho de excepción". *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 2, mayo-agosto 1981, p. 102.
- (47) *Diario de sesiones* número 160 de 21 de abril de 1981, p. 9877.
- (48) No comparte esta opinión ARROYO ZAPATERO, Luis: "Principio de legalidad y reserva de Ley en materia penal". *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 8, mayo-agosto, p. 42.
- (49) Artículos 20.3 y 22.2 de la Ley Orgánica de Defensa Nacional y Organización Militar.

BIBLIOGRAFÍA

- CRUZ VILLALÓN, Pedro: *El estado de sitio y la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1980.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro: "El nuevo derecho de excepción". *Revista española de derecho constitucional*, número 2, 1981.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *El estado de excepción en el derecho constitucional español*. Edersa. Madrid, 1977.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel: "Crítica de la política penal del orden público". *Cuadernos de política criminal*, número 16, 1982.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego: *La Guardia Civil y los orígenes del Estado centralista*. Editorial Crítica. Barcelona, 1982.
- MORALES VILLANUEVA, Antonio: *Las Fuerzas de Orden público*. Editorial S. Martín. Madrid, 1980.
- PORRES AZKONA, Juan, A.: "La defensa extraordinaria del Estado". *Revista de Estudios Políticos*, número 216, 1977.
- SANZ GANCEDO, Diego: *Cuadernos de documentación*, número 36. Presidencia del Gobierno. Secretaría General Técnica. Madrid, 1981.

DELITOS CONTRA LOS PODERES Y ORDEN PÚBLICOS

JUAN TERRADILLOS BASOCO

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Cádiz

A disolución de las Cortes Generales como consecuencia de la convocatoria de elecciones, parece habernos colocado ante un callejón sin salida: la reflexión sobre un Proyecto de Código Penal, el de 1992 (PCP), que, nos consta, no va a pasar a ser ley.

Sin embargo, la actualidad del estudio ahora propuesto sigue vigente. Primero, porque la temática a abordar conserva su importancia, con independencia de la respuesta jurídico-positiva que se le dispense. Y además porque el PCP recoge, en efecto, el modelo político-criminal del grupo parlamentario hoy mayoritario, y las alternativas que ofrecen las distintas corrientes políticas e ideológicas.

El estudio del material parlamentario, proyecto y enmiendas, puede dar, pues, cumplida información del *status quo* de las cuestiones que nos ocupan. En consecuencia, nuestro guión de trabajo tiene que ser el debate parlamentario, aunque seamos conscientes de que aparecerán, cuando se aborde la redacción de un nuevo Código Penal, otros matices y otras perspectivas.

El Proyecto que el Consejo de Ministros acordó remitir al Congreso de los Diputados el pasado 4 de septiembre, nace con la vocación, en palabras del Ministro de Justicia, de convertirse en una "norma de singular relevancia para ... el proceso de plasmación y desarrollo de los valores y principios constitucionales". Ciertamente sería vano confiar tan ambicioso objetivo en los débiles hombros de un Código Penal. No es, por otra parte, el Derecho represivo el campo más

idóneo para el fácil crecimiento de los valores más próximos a la idea de libertad (1). La tentación autoritaria está siempre presente en la redacción de un Código Penal (2).

Ello es inevitable cuando se acepta que su función es la de resolver conflictos mediante la negación de uno de los polos de tensión. Y más inevitable aún, cuando uno de esos polos está representado por esa maquinaria de poder que identificamos con el nombre de Estado. No puede extrañarnos, en consecuencia, que determinados preceptos de los que vamos a examinar no respondan exactamente a aquel proyecto democratizador, tal como ocurre cuando, a la hora de delimitar el ámbito de actuación del *ius puniendi* se abusa de referencias ambiguas o vagas, como lo es la referencia al "orden público". Este tipo de recursos, como señala Morrillas Cueva, sirven de coartada a los regímenes autoritarios, y, a veces, "... de manera más solapada, incluso a los democráticos" (3).

Se olvida con ello que el Estado democrático se caracteriza no por la adhesión moral y política que se le dispensa, sino por la no adhesión moral y política que es capaz de tolerar. Se rige no por la obligación de unanimidad moral, sino por la libre formación de mayorías y minorías y por dispensar atención a unas y otras (4).

El objeto de nuestra reflexión va a ser el estudio de ciertos preceptos de autoprotección del Estado o, dicho de otro modo, de alguno de los delitos que, con la terminología del CP vigente, podríamos considerar delitos contra la seguridad del Estado y que en el PCP responden a la intitulación de "Delitos contra los poderes y orden públicos" y se agrupan en el título XIX de su libro II.

DELITOS CONTRA LOS PODERES Y ORDEN PÚBLICOS

La Exposición de Motivos explica que se recogen en este Título delitos "que tienden a impedir o, al menos, desprestigiar o ignorar el funcionamiento y reglas del Estado de Derecho".

El orden público se configura así como espacio privilegiado de contraste entre las cuestionables pretensiones tuitivo-punitivas del Estado y los derechos del ciudadano —incluido el delincuente—. Esas pretensiones, que son también obligaciones del Estado, no pueden llevarse, sin embargo, al extremo de negar radicalmente el objetivo que

pretenden. Dicho de otro modo, la política penal de orden público, que es una política de defensa del funcionamiento y reglas del Estado de Derecho, no puede llevarse a cabo negando derechos fundamentales y principios garantizadores que constituyen, como se ha dicho, la esencia de ese Estado de Derecho.

Al respecto, ha denunciado Ignacio SOTELLO, corroborando hipótesis manejados ya en 1983 por Manuel BALLBE en su monografía *Orden Público y militarismo en la España constitucional*, que el hecho de la política de orden público responde a principios militares "... no es un mal propio del absolutismo fernandino o del franquismo, sino que ha sido y continúa siendo una característica..." constante en nuestro país, incluso en períodos en los que, como es el caso de la II República, pudiera esperarse lo contrario (5). Examinaremos en qué medida esos lastres del pasado han sido superados o, por el contrario, informan, más o menos subrepticamente, el texto propuesto por el PCP.

A) Sedición

Encabeza el Título el delito de sedición, regulado en términos distintos a los hoy vigentes, y reducido al alzamiento no constitutivo de rebelión, para impedir la aplicación de las leyes o el ejercicio de sus funciones por parte de autoridades y funcionarios.

Quizá la gravedad del delito ha hecho olvidar al legislador que en la persecución del mismo, aunque sea grave, no se puede dejar de lado el principio de legalidad o, como mínimo, la corrección técnica. Ni uno ni otro alcanzan gran altura en el art. 477.1 cuando, siguiendo los pasos del vigente 221 determina que "Si llegare a tener efecto la sedición, los seductores se reputarán promovedores". El empleo de estos términos, a la espalda de los conceptos de proposición, provocación e inducción, ya acuñados legal, doctrinal y jurisprudencialmente, en lugar de servir a los propósitos del legislador, que pretende abarcarlo todo, será prenda segura de perplejidad para el intérprete, y, con ello, de ineficacia para el precepto.

El castigo de la apología de sedición también se hace acreedor de la tacha de desmesura punitiva, ya que se considera como tal la exposición de ideas o doctrinas "... tendentes a considerar como encomiables hechos que sean constitutivos de los delitos referidos en este Capítulo o a sus autores". Tal como denuncia la enmienda

1224 presentada a este artículo por el Grupo Parlamentario Popular, es menester que el comportamiento punible sea de auténtica apología, y por ello debería castigarse enzalzar dichos hechos, pero hay que rehuir la amplísima y confusa fórmula del PCP.

Con todo, hay que recordar que el castigo indiscriminado de la apología puede suponer una vulneración de la libertad de expresión, y al respecto, afirma VIVES, partiendo de la identificación, manejada por el Tribunal Federal USA, entre apología e incitación, que "... la apología sólo podrá castigarse cuando represente una provocación... Y si ello es así, cabe decir que los diversos preceptos en los que se conmina la apología resultarán inconstitucionales, si con ello se pretende castigar cualquier género de disidencia política, o innecesarios, si con ellos se intenta castigar una forma específica de provocación" (6).

Pero la modificación más importante de los delitos de sedición es la desaparición del actual art. 222, "*todavía incomprensiblemente vigente*", según observa la Exposición de Motivos.

Es, cuando menos, sorprendente, que la misma autoridad que reputa incomprensiblemente vigente la criminalización de ciertas formas de ejercicio del derecho de huelga por parte de funcionarios, consideradas nada menos que delito de sedición, no haya impulsado con anterioridad la derogación de este precepto.

Razones no han faltado en un pasado ya lejano. Y pretextos, tampoco. Recuérdese que tal precepto fue objeto de examen por la sentencia 11/1981 del Tribunal Constitucional, que estimó no se oponía a la Constitución siempre que se entendiese que se actúa con la finalidad de "subvertir la seguridad del Estado". Con ésta exigencia se llega, en la práctica, como con razón afirmó Arroyo Zapatero, a los mismos resultados que si se hubiera derogado el número 1 del art. 222 CP (7).

Sin embargo, lo cierto es que esa derogación no se ha producido en las reformas del CP subsiguientes a la sentencia citada del TC, lo que revela que la plena difusión de los valores constitucionales choca, en el ámbito penal, con obstáculos de orden diverso que impiden su aceptación real y el despliegue de todos sus efectos, como se ha puesto de relieve en nuestra experiencia jurídica (8).

Si unánimemente la doctrina pide hoy la derogación del art. 222, por las mismas razones hay que oponerse a su heredero en el

PCP, el art. 390, que supone un intento de recorte de un derecho fundamentalmente poco coherente en el Código Penal de la democracia. Castiga, en efecto, con multa e inhabilitación, a la autoridad o funcionario público que promoviere, dirigiere u organizare el abandono colectivo e ilegal de un servicio. Se eleva así la huelga irregular a la categoría de delito; se viola, en lo objetivo, el principio de lesividad, ya que, a diferencia de lo que ocurre en el franquista por su origen art. 222.1º, no se exige que se ocasione trastorno a los servicios públicos ni que se altere su normalidad; y se amplía, en lo subjetivo, el ámbito de lo punible, ya que con la interpretación impuesta por el TC del actual art. 222.1º, hoy es necesario incorporar al dolo del autor la finalidad de atentar contra la seguridad del Estado, requisito no exigible en el PCP, ya que el delito en cuestión se enmarca entre los que afectan a la Administración Pública.

B) Delitos contra las instituciones del Estado y la división de poderes

En general, estos preceptos se dirigen a asegurar que las instituciones del Estado desempeñen su importante labor sin condicionantes externos que provengan de los ciudadanos o de otras instituciones.

Pero quizá la protección proyectada peca tanto por exceso como por defecto.

Se puede apreciar exceso en el art. 493 que castiga con prisión de uno a tres años a quienes "*injuriaren o amenazaren gravemente a los Ejércitos, Clases o Cuerpos determinados*". Procede suprimir este precepto. En efecto, las amenazas, difícilmente concebibles dada la índole del sujeto pasivo según constata la sentencia TS (2ª) de 27-junio-1986, pueden tener acogida en otros preceptos. En cuanto a las injurias, hay que recordar que en todo caso suponen, a tenor del art. 208, ataque a la "*...dignidad de otra persona*" y que, por ello, son de difícil apreciación cuando afectan a un colectivo tan despersonalizado y numeroso. Argumenta Vives Antón, en torno al vigente art. 242, que correctamente se incriminan amenazas e injurias al Ejército, ya que ello no impide la admisión de un sujeto pasivo colectivo, sino una designación genérica de sujetos pasivos individuales (9). Se trata de una observación atinada. Pero de ella, en una consideración de *iure condendo*, hay que sacar la conclusión de que tratándose de amenazas o injurias a sujetos pasivos individuales,

nada justifica que no se sometan estos hechos a la disciplina de los tipos genéricos, sin que nada justifique una exacerbada punición autónoma que puede traducirse en la criminalización de expresiones críticas, lo que es tanto como resucitar los delitos de opinión, tal como denuncia la enmienda 1234 del Grupo Parlamentario Popular.

Es detectable también el exceso en el art. 481 que castiga las meras manifestaciones, aunque no hubiere fuerza ni intimidación, ante las sedes parlamentarias cuando estén reunidas. Aunque, como hace este artículo, sólo se castigue a promotores o directores, se trata de manifestaciones del derecho de reunión, que, tal como postula la enmienda 1227 del Grupo Parlamentario Popular, no deben estimarse delictivas.

Debe recordarse al respecto que la doctrina, con pocas excepciones (10), ha entendido que no puede subsumirse aquí el mero ejercicio de los derechos de reunión y manifestación, exigiendo la idoneidad y la finalidad, impuesta por una interpretación sistemática, de coaccionar la libre voluntad de las Cortes (11).

Se plantea Vives dudas sobre la constitucionalidad del antecedente de este precepto, el vigente art. 150, para concluir que no cabe reputarlo inconstitucional, ya que *"manifestaciones que no representen peligro ninguno para personas o bienes pueden constituir una perturbación en el proceso de libre formación y expresión de la voluntad de los representantes del pueblo soberano"* (12). Pero se trata de un razonamiento que no condiciona la interpretación del precepto que, con la doctrina mayoritaria, se propone, ya que aunque pueda entenderse conforme a Constitución, la manifestación o reunión ha de afectar negativa y constatablemente a la paz del lugar, tal como mantiene Vives Antón siguiendo a Córdoba Roda. Y no se altera la paz del lugar por el mero ejercicio de un derecho teleológicamente dirigido a otros fines.

La idoneidad objetiva para interferir en las tareas legiferantes, incorporada al tipo subjetivo, debería haberse incorporado al texto legal, pero se ha preferido repetir la defectuosa redacción actual, cargando sobre los hombros del intérprete una responsabilidad que debería haber asumido el legislador.

En cualquier caso, y así lo denuncia la enmienda número 14, del diputado Pérez Bueno, la pena prevista —prisión de tres a cinco años— debe reputarse excesiva. La mera comparación entre la pena hoy vigente

—confinamiento (art. 150)— con la propuesta, avala la justeza de esta enmienda.

El art. 482, por su parte, castiga en su número 1 con prisión de dos a cuatro años a quien sin alzarse ni portando armas o instrumentos peligrosos intentare penetrar, incluso actuando solo, en el Congreso de los Diputados o en el Senado para presentar peticiones a los mismos; lo cual ha de considerarse, como denuncia la enmienda 1228 del Grupo Parlamentario Popular, digno de supresión. Recuérdese que el art. 77 de la Constitución prohíbe sólo la petición directa por manifestaciones ciudadanas. El Código Penal no puede ir más allá y entrar en contradicción con la Constitución (13), penalizando lo que ésta no prohíbe.

Y mucho menos imponiendo una pena de hasta cuatro años de prisión para quien presente la petición en persona y sin portar armas, conducta para la que el preconstitucional art. 153, hoy vigente, prevé simplemente el destierro.

Pudiera pensarse que la ultra-protección penal del poder Legislativo responde a una concepción política que acertadamente pone en la cúspide del organigrama estatal las labores legiferantes. Pero mucho es de temer que no es esa ideología del pre-legislador.

Tal como observa la enmienda 1232 del Grupo Parlamentario Popular, el art. 480 impone a quienes invadieren violentamente o con intimidación las sedes de las Cámaras legislativas, la pena de prisión de tres a cinco años, mientras que la misma conducta en los locales donde estuviere constituido el Consejo de Ministros es, a tenor del art. 490, de dos a seis años de prisión. O lo que es lo mismo, se brinda mayor protección a un órgano del Ejecutivo que a la máxima expresión del poder Legislativo, lo cual no casa con la jerarquía valorativa impuesta por la Constitución.

Más llamativo es aún, y así lo resalta la enmienda 657 del CDS, que la pena que prevé el art. 500 para el que atente contra un funcionario público o agente de la autoridad sea la de prisión de tres a seis años y multa, mientras que el art. 486 castiga con pena menor —prisión de tres a cinco años— a quien empleare la fuerza, intimidación o amenaza para impedir a un miembro del Congreso de los Diputados o del Senado asistir a sus reuniones, manifestar libremente sus opiniones o emitir su voto.

En términos relativos puede, pues, decirse que la tutela que se brinda al Parlamento

—hipervalorada cuando entra en colisión con derechos fundamentales del ciudadano— peca por defecto cuando se la compara con la que se ofrece al Consejo de Ministros e incluso a funcionarios y agentes de la autoridad.

Y se peca también por defecto cuando se olvida que merecen idéntico tratamiento jurídico-penal las Cortes Generales y las Asambleas de las Comunidades Autónomas. Así lo consagra en términos generales el art. 491. Pero el 489 castiga a los que, apercibidos legalmente, dejaren de comparecer ante una Comisión de las Cámaras, no ante las Asambleas legislativas autonómicas. Por ello, parece oportuna la enmienda 439 del Grupo Parlamentario Catalán, en el sentido de dar idéntico tratamiento al que hurta su comparecencia tanto ante las Cortes Generales como ante los órganos legislativos autonómicos.

Por lo mismo es igualmente oportuna la enmienda 440, el mismo grupo parlamentario, o la enmienda 21, del Diputado Pérez Bueno, que pretenden que la protección que se brinda al Defensor del Pueblo se dispense a quienes, en el seno de las instituciones autonómicas, desempeñen idéntica función.

También puede entenderse que peca por defecto, o por omisión, la protección que no se presta al "... *supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público*", esto es, al Tribunal de Cuentas, que a tenor del art. 136 de la Constitución dependerá "directamente de las Cortes". En el art. 489.2 se castiga al funcionario que obstaculizare las investigaciones del Defensor del Pueblo. E idéntica protección se debe dispensar, de prosperar la enmienda 1231 del GPP, al Tribunal de Cuentas.

C) De los ultrajes a España

Pocas dudas puede merecer la valoración positiva de la opción seguida por el PCP en este punto. En efecto, como recuerda la sentencia TS (2ª-Vivas Marzal), el delito de ultraje a la nación es hoy una infracción contra la seguridad exterior del Estado y "*dentro de ellas, un hecho punible de traición impropia*".

Una más correcta valoración de estas conductas debe llevar, sin embargo, a relativizar su importancia y a suavizar, en consecuencia, las penas (14). Así la Exposición de Motivos aclara que "...*elementales razones de ponderación de bienes jurídicos lleva a*

señalar una pena notablemente inferior a la que establece el Código vigente, que formalmente permite que el ultraje a la Nación o a la bandera pueda ser castigado hasta con doce años de prisión".

La pena ahora prevista (art. 498) es la de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses.

D) De los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia

Hay que señalar como positiva la supresión de la definición de atentado que hoy contiene el art. 231-1º, calificada en la Exposición de Motivos, y con razón, como "*absurda*".

También es positiva la mejor delimitación que se hace de los respectivos ámbitos de la resistencia y de la desobediencia, caracterizada aquélla como "...*modalidad de atentado caracterizada por una violencia que arranca de la negativa a hacer lo que la Autoridad o su agente exigen; en cambio, la desobediencia queda nitidamente caracterizada como actitud manifiesta de incumplimiento de orden, pero sin comprender la violencia*" (Exposición de Motivos).

Todo ello merece una valoración positiva, quizá no extensible a la pena que se reserva para el atentado en comparación con la que se impone a quienes utilizan violencia o intimidación frente a miembros de los cuerpos legislativos. Se trata de una desproporción no suficientemente fundamentada.

Pero quizá sea más criticable la identificación, y por tanto, la incompatibilidad con el principio de legalidad, que aqueja a una de las circunstancias agravatorias que recoge el art. 501.2 al castigar con penas que pueden llegar a los veinticinco años de prisión a quien atentare "... *contra cualquier otra autoridad o funcionario en el desempeño de misión o cargo de especial trascendencia para la Justicia, la seguridad pública o con motivo u ocasión de su ejercicio*" (15).

Si el respeto al principio de legalidad no parece absoluto, tampoco se ha guiado el PCP por criterios de proporcionalidad y ponderación de la pena. Así lo evidencia el art. 503 que permite castigar la conspiración, provocación y proposición para realizar delitos de atentado con pena inferior en un grado (o dos) a la del delito correspondiente. Con lo que puede llegarse al absurdo de que estos actos preparatorios puedan tener la misma pena que la tentativa (art. 58), lo que no parece de recibo.

E) De los desacatos a la autoridad y a los demás funcionarios públicos

El desacato de los arts. 507 y 508 se construye sobre los mismos tipos de los delitos contra el honor y las amenazas, lo que supone un avance sobre el Derecho vigente en aras de la necesaria claridad.

En cuanto a la pena, se determinará, según la Exposición de Motivos *"tomando como base la correspondiente infracción contra el honor o la de las amenazas, a cuya penalidad se añade una multa"*. Pero el art. 507.2 dispone que: *"A los reos de desacato se les impondrá la pena de la correspondiente infracción común, en su mitad superior, y si la misma no tuviere señalada pena privativa de libertad, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año."*

Por otra parte, se establece que se admitirá en estos delitos la *exceptio veritatis*.

Se produce una importante reducción respecto al Derecho vigente al exigirse que estos delitos hayan de ser cometidos en presencia de la autoridad o funcionario en el ejercicio de sus funciones. Pero la reducción no llega a la total supresión.

La razón para ello es, según la Exposición de Motivos, que el desacato *"...entraña una perturbación del necesario sometimiento al Estado de Derecho, que en el atentado es física y aquí verbal, pero cuya impunidad, en el plano político-criminal, daría lugar a hacer más difícil la tarea de los que tienen que tomar y hacer cumplir decisiones más o menos importantes"*.

La argumentación no logra imponerse frente a las poderosas razones que hacen que la generalidad de la doctrina se incline hoy por preconizar la desaparición de los delitos de desacato. Múltiples son los argumentos que avalan esta opción doctrinal. Mientras para Octavio de Toledo (16), Queralt Jiménez (17) y Morrilas Cuevas (18) descansan en la confusión entre el respeto debido a las instituciones públicas y el honor o dignidad de las personas físicas que coyunturalmente las representan, para Quintero Olivares (19) la protección privilegiada del honor de unas personas frente a la menos contundente del honor de otras es incompatible con el principio de igualdad. Si Morales Prats (20) reivindica una mayor protección de la libertad de expresión e información, puestas en entredicho por la amplia criminalización actual de los desacatos, Muñoz Machado (21), desde la perspectiva administrativa, observa

que los agravios a las personas con actividad pública deberían ser menos castigados que las injurias genéricas, ya que encierran una crítica política que debe protegerse especialmente, y Muñoz Conde (22) denuncia la ideología autoritaria subyacente al refuerzo penal de la *maiestas* y la *dignitas* de los representantes del poder.

Con todo, el punto de referencia común a estas reflexiones doctrinales es la práctica imposibilidad de encontrar un bien jurídico distinto al honor de las personas físicas que justifique un tratamiento autónomo de la conducta.

Desde la ya lejana sentencia del TS (2ª) de 18-sep.-1984 en la que se pretende identificar ese bien jurídico con la difícilmente aprehensible *dignidad de la función*, la jurisprudencia ha tratado en vano de encontrar otros bienes jurídicos más tangibles. Así la misma Sala, en sentencia de 20-feb.-1984 (Moyna Ménguez) califica al desacato de *"ofensa al principio de la autoridad"*, principio importante pero quizá no necesitado de hipertexto penal. Contornos más difusos tiene la *"dignidad moral y la respetabilidad de esas personas que representan al ente público y que participan de su auctoritas..."*, a que se refiere la sentencia de 5-dic.-1990 (Vivas Marzal).

La importante sentencia de 10-mar.-1992 (Ruiz Vadillo) se ve obligada a insistir en la *"dignidad de la propia función pública... o la función pública misma"*, y condena por desacato a quienes son pretexto de ejercicio de la libertad de expresión incurren en *"el inequívoco insulto"* a ciertos Jueces. No puede ponerse en duda, *de lege lata*, la corrección de la sentencia. Pero *de lege ferenda*, y ésa es la perspectiva que ahora nos ocupa, sería bueno no echar en saco roto la advertencia que se hace en la misma sentencia de que *"...en un régimen democrático los tipos penales que de alguna manera coartan la libertad de expresión, como ocurre en el caso con el delito de desacato, han de mirarse con muchas reservas e interpretarse restrictivamente a la luz de los principios constitucionales de libertad de expresión y de crítica"*.

De acuerdo con esa línea interpretativa, no tiene sentido mantener estos preceptos que deben castigarse como injurias o calumnias, y, si median amenazas son subsumibles en el atentado (23). Así lo denuncia la enmienda 825 de IU. En el mismo sentido, la enmienda 1250 (PP) propone la supresión con la siguiente motivación: *"Un Estado de Derecho,*

defensor de la igualdad no puede contemplar figuras penales que otorgan una protección superior a los derechos personales de autoridades y funcionarios públicos. La protección del honor de estas personas debe ser igual a la de cualquier ciudadano, por ello sería deseable la desaparición de estas figuras."

F) De los desórdenes públicos

Del catálogo de delitos constitutivos de desórdenes públicos se han suprimido, por haberse superado las circunstancias políticas que aconsejaron su criminalización, las perturbaciones de la normal actividad de un centro docente sin pertenecer al mismo. Se han suprimido también la provocación a la rebelión y a la sedición, expresamente penada en su correspondiente lugar. Y se ha corregido la desmedida punición del apoderamiento y receptación de material destinado a servicios públicos relevantes.

Se han añadido, en cambio, dos nuevas figuras: los intentos de perturbar el orden en los espectáculos culturales o deportivos y la exhibición pública de armas u otros instrumentos de agresión que puedan atemorizar a otras personas.

Sin embargo, parece que el celo punitivo del pre-legislador es excesivo en el art. 509, heredero literal del vigente 246, cuya supresión solicita por los motivos que ahora se glosan la enmienda 1252 del GPP. Ese celo lleva al PCP a olvidar que el principio de legalidad impone el recurso a términos descriptivos de ámbito definido o, al menos, definible. Por eso, parece criticable el empleo del término "vejaciones", que no tiene significado preciso en ese contexto, o el de los términos "*desperfectos en las propiedades*". Si se quiere aludir a daños, ésta es la palabra que debió emplearse.

Por otra parte, como subraya la misma enmienda, "*la obstaculización de las vías públicas o el acceso a las mismas, sólo pueden castigarse cuando supongan un riesgo para sus usuarios; caso contrario se corre el peligro de sancionar cualquier tipo de manifestación*".

Debería también suprimirse, de acuerdo con la enmienda 1254 del Grupo Parlamentario Popular, el art. 512. En efecto, cuando se provocare mediante gritos a la rebelión o sedición, la conducta ya está castigada por otros preceptos. Y cuando los gritos no tie-

nen esa entidad provocadora, no queda justificada su criminalización.

CONCLUSIÓN

El PCP revela cierta desconfianza, reflejada incluso en la reiteración literal de preceptos vigentes de inequívoco origen franquista, respecto a las consecuencias garantizadoras propias del modelo constitucional, quizá porque olvida que desde la razón de Estado de Derecho, lo importante son precisamente los medios que posibilitan que cada uno escoja y persiga la realización de sus fines.

La política penal de orden público del Estado liberal-democrático parte del supuesto de que las libertades fundamentales, precisamente por ello, son intocables y se colocan por encima de cualquier objetivo político, estatal o nacional que se quiera invocar. Se trata de una política sometida, como no puede ser de otro modo, a Derecho.

A pesar de la permanente tentación involucionista que se ofrece al poder de fortalecerse a sí mismo sin límites, tentación acrecentada en situaciones, como la actual nuestra, de paro estructural, en las que se tiende a disciplinar a los de abajo con las leyes del mercado o, cuando éstas no basten, con el recurso al Derecho represivo, hay que postular una recuperación de los principios penales más decididamente democráticos. Ni son de recibo fórmulas antidemocráticas heredadas del pasado, ni la inercia histórica puede escamotearnos la necesidad de devolver al Derecho penal los fines que les son propios ni hacernos olvidar que la conciencia y estima de los derechos fundamentales de uno mismo comporta, por su carácter universal, igualitario e indivisible, la estima de los derechos fundamentales ajenos. Por eso en la reconocida obra que Ihering publicara en 1872 con el significativo título *La lucha por el Derecho*, se identifica esa lucha tanto con un deber de la persona para consigo misma como para con la comunidad. Sólo a través de la lucha por los derechos —lo que supone su constante ejercicio y su tenaz defensa frente a obstáculos, amenazas o violaciones— puede garantizarse la valoración positiva de la persona mientras que, por el contrario, un derecho que no se defiende o no se ejercita está destinado a menguar para, finalmente, sucumbir (24). Y éste es el resultado que debemos evitar. ■

NOTAS

- (1) Vid. TERRADILLOS BASOCO, J.: "Constitución y ley penal. La imposible convergencia", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, monográfico 11 (1988), p. 651 a 665.
- (2) De ello da numerosos ejemplos nuestro Derecho positivo postconstitucional. Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J.: "Reforma Penal y Terrorismo", en TERRADILLOS BASOCO, J. [coord.], *El nuevo Código Penal. La reforma necesaria*, Cádiz 1992, p. 3.
- (3) MORILLAS CUEVA, L.: "De nuevo sobre los delitos de desacato", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1988-1992 (17-20), pp. 217-218.
- (4) FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, Roma-Bari, 1990, pp. 971-972.
- (5) SOTELO, I.: "Militarismo y orden constitucional", en *El País*, 30-marzo-1993.
- (6) VIVES ANTÓN, en VIVES ANTÓN (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Valencia, 1988, p. 55.
- (7) ARROYO ZAPATERO, L.A.: "Responsabilidad penal en la huelga y el cierre patronal", en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios a la legislación penal II*, Madrid, 1983, p. 215-216.
- (8) BAYLOS-TERRADILLOS: *Derecho Penal del Trabajo*, Madrid, 1990, pp. 158 a 160.
- (9) VIVES ANTÓN, *Derecho Penal...*, cit., p. 169.
- (10) RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ: *Derecho Penal. Español, parte especial*, 14ª ed., Madrid, 1991, p. 697.
- (11) MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, parte especial, 2ª ed., Barcelona, 1992, p. 752.
- (12) VIVES ANTÓN: *Derecho Penal...*, cit., p. 61.
- (13) En el mismo sentido, mantiene la inconstitucionalidad del vigente art. 153, párrafo segundo QUERALT JIMÉNEZ: *Derecho Penal...*, cit., p. 753.
- (14) Más radicalmente QUERALT JIMÉNEZ (*Derecho Penal...*, cit., pp. 783-784) estima recomendable la supresión de este "poco recomendable" y "desdichado" artículo.
- (15) En opinión de la enmienda 1243 del Grupo Parlamentario Popular, "... no cabe mayor indeterminación".
- (16) OCTAVIO DE TOLEDO, E.: "El bien jurídico protegido en los capítulos VI y VII del Título II del Código Penal", en *Cuadernos de Política Criminal*, 1 (1977), p. 122.
- (17) QUERALT JIMÉNEZ: *Derecho Penal...*, cit., p. 836.
- (18) MORILLAS CUEVAS: "De nuevo...", cit., p. 232.
- (19) QUINTERO OLIVARES, G.: "Sobre la pervivencia del delito de desacato", en *Homenaje al profesor Sainz Cantero*, II, Granada, 1987, p. 181 y ss.
- (20) MORALES PRATS, F.: "Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora", en *Revista de la Facultad de Derecho de Granada*, 12-1, p. 711-712.
- (21) MUÑOZ MACHADO, S.: *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Barcelona, 1988, pp. 42 a 45.
- (22) MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal...*, cit., p. 704.
- (23) En este sentido, MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal...*, cit., p. 688.
- (24) FERRAJOLI: *Diritto...*, cit., p. 989.

**EL ART. 340 BIS B)
DEL CÓDIGO PENAL.
ESPECIAL CONSIDERACIÓN
DE LA RESPONSABILIDAD
PENAL DE LAS PERSONAS
OBLIGADAS A MANTENER
LA SEGURIDAD
DE LAS VÍAS**

JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RUS

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Córdoba

CONSIDERACIONES PREVIAS

Ya en 1967, Conde-Pumpido (1) advertía que el nº 2 del art. 340 bis b) del Código Penal "plantea sugestivas posibilidades en orden a la tantas veces reclamada responsabilidad por la conducta negligente de los agentes de la Administración, en relación con la buena conservación de la red viaria y a la adopción de medidas para la supresión de los puntos negros". Veintiséis años después el tema sigue siendo tan actual (y en la práctica tan inédito) como entonces (2). Las continuas denuncias sobre los numerosos puntos negros existentes en nuestras vías públicas, que cada año, invariablemente, se cobran numerosas vidas humanas, las deficientes condiciones de trazado, construcción y conservación de muchas carreteras, las carencias de señalización y las más que precarias condiciones de seguridad en que se realizan las múltiples obras que se están llevando a cabo en nuestra red viaria justifican sobradamente el propósito de abordar detenidamente la cuestión ya entonces planteada, tratando de precisar hasta qué punto es posible exigir responsabilidades penales por tales hechos a los encargados del mantenimiento de la seguridad del tráfico.

Si como consecuencia de cualquiera de esas deficiencias se produjeran muertes,

lesiones o daños, no veo dificultad teórica alguna que impida apreciar las correspondientes modalidades culposas; en su caso, en los términos del párrafo tercero del art. 340 bis a). Como recuerda Silva, la incriminación de estos hechos como peligrosos muestra la pretensión del legislador de adelantar el momento de la intervención penal a comportamientos que en realidad podrían considerarse hechos imprudentes no seguidos de resultado lesivo alguno; en definitiva, una especie de "imprudencia sin resultado" (3). La cuestión que aquí trataremos es, sin embargo, distinta: de una parte, si tales hipótesis, sin producir un resultado lesivo concreto, pueden considerarse incluidas dentro de alguno de los supuestos contemplados en el art. 340 bis b), figura de peligro que, como es sabido, contempla las alteraciones de la seguridad del tráfico que originen un grave riesgo para la circulación; de otra, si la eventual responsabilidad criminal es exigible a los funcionarios públicos encargados de vigilar la seguridad de las vías. Para dar contestación a ambas cuestiones lo primero que debe determinarse es si el peligro que puede derivarse de esas circunstancias es de los contemplados en el artículo de referencia y cuáles son los elementos que precisa esta figura delictiva.

EL ART. 340 BIS B) DEL CÓDIGO PENAL

Los elementos fundamentales del artículo 340 bis b) son dos: de una parte, necesariamente, que se origine un grave riesgo para la circulación; de otra, que ese riesgo se haya producido alterando la seguridad del tráfico mediante alguna de las formas previstas en el nº 1, o no restableciendo la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo, en el nº 2 (4).

LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO EN EL ART. 340 BIS B)

La seguridad del tráfico es el bien jurídico protegido por las figuras delictivas de la sección (5). La razón de que constituya un bien jurídico autónomo es obvia. En la sociedad actual, el tráfico rodado es el ámbito en el que se origina el mayor número de lesiones a bienes jurídicos fundamentales de la persona (vida, salud, patrimonio); circunstancia que convierte a la seguridad de la circulación en presupuesto necesario de la protección material de tales bienes jurídi-

cos. En este sentido, la seguridad del tráfico es, por una parte, en cuanto se garantiza de forma global y generalizada, un aspecto fundamental de la seguridad colectiva; por otra, en cuanto relacionada con intereses personales, una forma media de proteger bienes jurídicos individuales cuya importancia justifica que la intervención penal se anticipe y actúe en el ámbito del tráfico (6). En cuanto bien jurídico autónomo, la seguridad del tráfico es distinta de los bienes jurídicos propios de los sujetos implicados en el mismo (7), por lo que su lesión es diferente y conceptualmente independiente de la que se produce en los bienes jurídicos particulares de los participantes en el tráfico (8).

La pretensión de garantizar un tal bien es ciertamente ambiciosa. Seguridad, en rigor, significa ausencia de peligro y lo normal es, precisamente, que la simple participación en el tráfico suponga de suyo un importante riesgo. En estos casos, la prohibición de poner en peligro bienes jurídicos se ve sustituida por el mandato de limitar el peligro a la medida mínima que es imprescindible para permitir una actividad que resulta útil socialmente. En realidad, lo único que puede hacer la Ley penal es considerar delictivas conductas que incrementan de manera grave el riesgo que es admisible (permitido) dentro del tráfico. En definitiva, sancionar conductas infractoras de la norma objetiva de cuidado y creadoras de un riesgo que suponga aumentar de manera sustancial la posibilidad de que se produzcan lesiones de bienes jurídicos de importancia fundamental para la persona (9). En este sentido, ciertamente menos ambicioso de lo que sugiere la referencia legal, es como hay que entender la seguridad del tráfico que se tutela.

A pesar de que el precepto se refiere en un caso a la *seguridad del tráfico* (nº 1) y en otro a la *seguridad de la vía* (nº 2) ambas expresiones aluden a lo mismo. En el art. 340 bis b), la seguridad va referida directamente a las condiciones de la vía, de manera que lo que se protege es la seguridad del tráfico o de la circulación en cuanto derivada de las condiciones objetivas de la vía necesarias para asegurar un tránsito de vehículos cuyos riesgos no se vean aumentados más allá de los que le son naturalmente inherentes. Ambas expresiones, pues, pueden utilizarse de manera indistinta.

Lo que el precepto sanciona son comportamientos que originan un grave riesgo para la circulación (párrafo inicial), ya mediante una alteración de la *seguridad del tráfico*

(nº 1), ya por incumplir la obligación de restablecer la *seguridad de la vía* (nº 2). Literalmente interpretado, parece, pues, que *grave riesgo para la circulación y alteración de la seguridad del tráfico* (o de la vía, por lo que queda dicho) son conceptos distintos; el primero, en realidad, el efecto creado con la segunda, lo que obligaría a considerar distintas la *seguridad de la circulación*, que sería el bien jurídico realmente protegido, y la *seguridad del tráfico*, que cumpliría una función instrumental respecto de la primera (10).

Sustancialmente consideradas, sin embargo, no se ven cuáles son las diferencias reales que pueden mediar entre *seguridad del tráfico* y *seguridad de la circulación*, puesto que *tráfico* y *circulación* son términos semejantes que hacen referencia a lo mismo: el tránsito de personas y vehículos por las vías públicas o privadas de uso general; sobre todo si se considera, como veremos a continuación, que en el art. 340 bis b) sólo se comprende el relativo a vehículos de motor. En la terminología del Código, por consiguiente, seguridad del tráfico es sinónimo de seguridad de la circulación, por lo que en relación al art. 340 bis b) que ahora nos ocupa, *seguridad del tráfico puede considerarse la expectativa de todo participante en el tráfico de que los riesgos inherentes al mismo no van a verse aumentados como consecuencia de comportamientos que perjudiquen gravemente la seguridad de la vía* (11). Sobre esta base, la particularidad del art. 340 bis b) en relación a las demás figuras delictivas de la sección es que la alteración de la seguridad del tráfico no tiene por qué producirse necesariamente por el conductor de un vehículo, sino que puede ser causada por cualquiera.

Es necesario resaltar, sin embargo, que la circulación a que se refiere el Código penal en el art. 340 bis b) no tiene el mismo contenido que el que se deriva del TALT y el RGCir. En éstos, las previsiones que se contienen afectan a todos los aspectos relacionados con el tráfico y la seguridad vial, resultando aplicables a vehículos de todo tipo, incluidos conductores y ocupantes, peatones y animales, y a los usuarios y titulares de las vías públicas y privadas utilizadas por una colectividad indeterminada de usuarios, y tanto si circula individualmente como en grupo (art. 1 y 2 TALT y 1 RGCir.). La seguridad de la circulación que se tutela penalmente, por el contrario, ha de ponerse en relación con las condiciones de la vía,

quedando limitada al tráfico rodado. Una interpretación distinta desconocería el sentido real del precepto, cuya ubicación sistemática y significado último impide considerar incluidas también alteraciones que supongan un riesgo para el tráfico exclusivo de peatones (12), semovientes o vehículos que no sean de motor (13). En definitiva, la circulación a que se refiere el Código y la seguridad tutelada es la que se guarda relación con el tráfico de vehículos de motor.

De acuerdo con el TALT y el RGCir., el concepto de *vía* comprende "autopistas, autovías, vías rápidas, carreteras convencionales, áreas y zonas de descanso y de servicio, sitas y afectas a dichas vías, calzadas de servicio y a las zonas de parada o estacionamiento de cualquier clase de vehículos; a las travesías, a las plazas, calles o vías urbanas; a los caminos de dominio público; a las pistas y terrenos públicos aptos para la circulación; a los caminos de servicio construidos como elementos auxiliares o complementarios de las actividades de sus titulares y a los construidos con finalidades análogas, siempre que estén abiertos al uso público, y, en general, a todas las vías de uso común, públicas o privadas" (art. 1.2 c) RGCir.) (14). En orden a la interpretación del art. 340 bis b), sin embargo, considero que deben quedar fuera del concepto aquellos espacios que cumplen una función complementaria y que tienen más relación con la comodidad que con la seguridad, determinación que deberá hacerse en cada caso (15). El criterio mantenido por un sector doctrinal (16) conforme a la anterior normativa y partidario de comprender las vías de exclusivo uso privado, que no compartí en su momento (17), se ha visto, pues, desmentido expresamente por la nueva normativa administrativa. En todo caso, la opinión contraria desconoce el sentido del precepto y la dimensión colectiva de la seguridad del tráfico, que por definición ha de comprender peligros de carácter general y no de sujetos específicos, cuya lesión, encontrará acomodo en otros preceptos legales.

EL "GRAVE RIESGO" PARA LA CIRCULACIÓN

Riesgo es, en la terminología legal, sinónimo de peligro. Tal es, la probabilidad de que se produzca la lesión de un bien jurídico; en este caso, la seguridad del tráfico, que es —ya se ha dicho— el tutelado en el art. 340

bis b). Conforme a la interpretación literal del precepto, la *alteración de la seguridad del tráfico* (art. 340 bis b), 1ª) produce el *grave riesgo para la circulación*, que es lo que aparece sancionado directamente por el párrafo primero del art. 340 bis b) (... *origine un grave riesgo para la circulación... 1ª Alterando la seguridad del tráfico...*). Con ello, mientras que para la circulación lo que se sanciona es la creación de un riesgo, para la seguridad del tráfico lo que se reclama es su efectiva alteración mediante comportamientos (colocación de obstáculos, derramamiento de sustancias, etc.) que comportan una efectiva lesión de la misma. En rigor, por tanto, habría que entender que es la *lesión de la seguridad del tráfico la que provoca el grave peligro para la circulación*. Sin embargo, como uno y otro concepto son similares, como ya se vio (18), y las consecuencias interpretativas que se derivarían de un entendimiento que los considerara distintos son absurdas, es obligado mantener que el núcleo del injusto viene dado, como veremos, por la *lesión de la seguridad de la circulación o de la seguridad del tráfico*.

La posición mayoritaria considera que el art. 340 bis b) es un delito de peligro concreto (19), referido a la seguridad del tráfico en sí misma y no a los bienes jurídicos personales conectados de manera mediata con ella, que son conceptualmente diferentes (20). Sin embargo, como la seguridad del tráfico que se contempla en el art. 340 bis b) no es sino el conjunto de condiciones que tratan de que no se incremente el riesgo para los bienes personales que se ven implicados en la circulación más allá de lo que es propio de la misma, en realidad, castigar el peligro para la seguridad de la circulación o del tráfico es tanto como sancionar la creación de un riesgo de que se incremente el *riesgo para los bienes jurídicos personales relacionados con la circulación de vehículos de motor*; o lo que es lo mismo: considerar punibles conductas que incrementan la probabilidad de que aumente la probabilidad de que puedan verse lesionados los bienes jurídicos personales involucrados en el tráfico de personas y cosas.

No parece, sin embargo, que en este sentido sea ni legal ni político-criminalmente aceptable, en la medida en que lleva la intervención penal a límites intolerables, sancionando el *peligro de creación de un peligro*. Por eso, en realidad, el art. 340 bis b) debe interpretarse como un delito de *lesión de la seguridad del tráfico*, puesto que sólo el

efectivo menoscabo de ésta, como por lo demás exige expresamente el precepto (*alterando la seguridad del tráfico*), determina un peligro mediato para los bienes jurídicos personales relacionados con el tráfico (21). Así se deduce del propio art. 340 bis c), que al disponer la aplicación tan sólo de la infracción más gravemente penada, contempla únicamente la posibilidad de *riesgo prevenido* —que daría lugar a la modalidad de delito contra la seguridad del tráfico que corresponda— y un *resultado lesivo* —concreción directa del riesgo creado y susceptible directamente en la figura de delito que tutela los bienes jurídicos personales afectados: homicidio, lesiones—, situándose al margen de la lógica *peligro de creación de un peligro* a que conduciría la interpretación literal del precepto y el entendimiento del art. 340 bis b) como un delito de peligro para la seguridad del tráfico (22).

Desde la perspectiva del bien jurídico seguridad del tráfico, el art. 340 bis b) es, pues, un delito de lesión; es de peligro, en cambio, respecto de los bienes personales relacionados con el tráfico. Más exactamente, cabría decir que en lo que hace a éstos es un delito de peligro abstracto (23), puesto que no se requiere como resultado de la conducta de alteración de la seguridad del tráfico la proximidad o la inminencia de una lesión de los bienes jurídicos personales de los usuarios de la vía. Por el contrario, basta con la realización de un comportamiento que al afectar a la seguridad de la circulación o del tráfico determina un peligro abstracto, pero real, en la medida en que *ex ante* la conducta es peligrosa para los mismos al aumentar la probabilidad de que puedan verse lesionados, aunque no se ponga en peligro a ninguna persona concreta (24). De esta forma, el delito existe aunque no lleguen a pasar usuarios por la vía afectada o, si haciéndolo, no sufren lesión alguna.

Como quiera que el tráfico, en sí mismo, comporta un riesgo para quienes participan en él, la probabilidad a que se hace referencia es —como ya se dijo— la de producción de un riesgo no permitido. Ha de tratarse, por tanto, de conductas infractoras de la norma de cuidado, puesto que aquellas que se produzcan de acuerdo con la misma, aunque supongan una creación de riesgo grave, escapan a la consideración penal. El conocimiento de las previsiones que en cada caso establecen las normas específicas (TALT, RGCir., LC y CCir. y RGCarts. en lo que han quedado en vigor) será, por tanto,

de fundamental importancia para la aplicación del precepto.

El riesgo para la circulación ha de ser grave, es decir, de considerable importancia y entidad. Conforme a la interpretación propuesta, la gravedad viene dada por el grado de probabilidad de que se produzca la lesión o el menoscabo de los bienes jurídicos personales conectados mediatamente con la seguridad del tráfico. Sólo serán graves las alteraciones que supongan una modificación sustancial de las condiciones de la vía que pretendan evitar los riesgos para los bienes jurídicos de los participantes en el tráfico, capaces de incrementar de manera importante la probabilidad de que se produzcan lesiones de los mismos (25). En definitiva, crear una situación en la que, por alterar los presupuestos objetivos de la vía que tratan de garantizar una circulación sin riesgos, resulte altamente probable la lesión de los intereses personales o patrimoniales de quienes puedan ser partícipes en el tráfico. A mi juicio, no es necesaria la inminencia del peligro, como se ha exigido en alguna ocasión (26). En cualquier caso, no es suficiente la simple incomodidad para los usuarios, sino que es preciso el incremento del riesgo (27).

CONDUCTAS CAPACES DE PRODUCIR LA ALTERACIÓN DE LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO (ART. 340 BIS B) 1º)

La alteración de la seguridad del tráfico que requiere el nº 1 del precepto hace referencia a la modificación de las condiciones anteriores a la realización de la conducta, que ha de consistir precisamente en alguna de las modalidades que se explicitan. Por lo general, la conducta de alteración se producirá directamente sobre la propia vía (colocación de obstáculos, derramamiento de sustancias y daño de la señalización); sin embargo, la admisión de *cualquier medio* abre la posibilidad a alteraciones que tienen su origen fuera de ella. Lo decisivo es que la alterada sea la seguridad de la vía, aunque la fuente del peligro se encuentre fuera de ella, resultando indiferente —ya se ha dicho— que lleguen o no a pasar usuarios por la vía pública.

La *colocación de obstáculos* en la vía pública es la primera forma de alterar la seguridad de la vía. Obstáculo es todo objeto abandonado o colocado de propósito para dificultar el tráfico (28) (art. 4 RGCir.). Su

existencia ha de ser imprevisible, es decir no esperada, y capaz de sorprender a un individuo medio (29). La cuestión de si son posibles los objetos móviles (carruaje que se traslada lentamente) me parece resuelta por el propio precepto. Lo importante es que efectivamente resulte un impedimento que cause un grave riesgo para la seguridad del tráfico; si es así, resulta indiferente su carácter fijo o móvil (30). En todo caso, no hay grave riesgo si la alteración está convenientemente señalizada (31) (art. 5 RGCir.); cuestión sobre la que volveremos más adelante (32).

El *derramamiento de sustancias deslizantes o inflamables* comprende las sustancias que son capaces de producir el efecto de deslizamiento o inflamación en los vehículos (33). Derramamiento significa dejar caer, verter o arrojar, precisión que tiene importancia a la hora de analizar si integra el delito el empleo de, *v. gr.*, pinturas deslizantes en la señalización horizontal, o asfaltos deslizantes en mojado (34).

En la referencia a la *mutación o daño de la señalización*, la doctrina venía considerando incluida la modificación, alteración o destrucción de las señales avisadoras de peligro (35). Más exacto, me parece, sin embargo, limitar las señales afectadas a las que hagan referencia concreta a la seguridad del tráfico, que no son exactamente las mismas que las de peligro (36). Excluidas por razones obvias las señales y órdenes de los agentes de circulación, dentro de ellas deben acogerse (art. 133 RGCir.): las circunstancias que modifiquen el régimen normal de utilización de la vía (balizamientos, barreras, paneles direccionales, luces, banderas; art. 144 RGCir.), los semáforos (artículos 145 y ss. RGCir.), las señales verticales de circulación (art. 149 y ss. RGCir.) y las marcas viales (marcas blancas longitudinales o transversales, señales horizontales de circulación y otras señales, art. 166 y ss. RGCir.). No todas, sin embargo, porque la alteración de la seguridad del tráfico que debe producirse como consecuencia del daño a la señalización ha de ser capaz de generar un *grave riesgo* y no cabe duda de que la manipulación de alguna de las señales incluidas en esas categorías, aun siendo la advertencia de peligro, de obligación, establecimiento de prioridades o prohibiciones no son capaces siempre de provocar ese efecto. No provoca el riesgo prevenido la alteración de señales que advierten sobre circunstancias de la vía apreciables de manera directa por

el usuario (firme irregular, subida con fuerte inclinación, gravilla suelta, viento lateral), o aquellas cuya falta no incide necesariamente en la seguridad de la circulación (fin de limitaciones o prohibiciones, indicaciones de estacionamientos en vías urbanas, zona azul, prohibiciones acústicas, indicaciones de localización y orientación, señales de servicio, etc.).

Por la misma razón, no creo que sea correcto excluir de antemano la alteración de las señales de indicaciones generales y de carriles (art. 158 y ss. RGCir.), puesto que algunas de ellas advierten sobre determinadas circunstancias o características de las vías públicas que pueden resultar de importancia fundamental para la seguridad del tráfico (fin de autopista, calzada sin salida, fin de circulación paralela, velocidad máxima recomendada, frenado de emergencia, etc.). La determinación de qué señales están incluidas en la referencia típica, por tanto, no puede establecerse de manera general, sino que habrá de hacerse en el caso concreto, en atención a la incidencia que tiene sobre la seguridad del tráfico y la importancia del riesgo que puede derivarse de su ausencia o manipulación.

La sustracción de las señales, no mencionada expresamente (37), comporta siempre una mutación de la señalización, por lo que no parece necesario tener que acudir para acogerlas a las alteraciones que se produzcan por cualquier medio. Valen para ellas las indicaciones que quedan hechas respecto de su incidencia para la seguridad del tráfico (38).

La mención de *otros medios* confirma que la enumeración anterior era *ad exemplum* y que cualquier procedimiento que sea capaz de provocar el grave riesgo para el tráfico que se requiere es capaz de integrar la hipótesis delictiva. Entre ellos puede incluirse las perturbaciones electromagnéticas, ruidos, gases, contaminantes de cualquier género y humos derivados de la incineración de vertederos próximos a la vía (art. 7 RGCir.) o de la quema de rastrojos o vegetación próxima a la calzada.

LA COMISIÓN CULPOSA DEL DELITO

La posibilidad de comisión culposa es discutida por la doctrina (39). El argumento de que las infracciones administrativas paralelas sólo se castigan si son voluntarias (dolosas) y sería un contrasentido que esas mismas conductas pudieran ser castigadas a título culposo en el Código Penal (40) no

creo que pueda ser mantenido actualmente, puesto que en la legislación de tráfico se sancionan por lo general tanto las infracciones dolosas como las culposas. En realidad, la única diferencia que puede encontrarse entre las infracciones administrativas y el delito del 340 bis b) se encuentra en la gravedad del peligro creado con la conducta.

El art. 65 TALT declara infracciones simplemente a "las acciones u omisiones contrarias a esta Ley o a los reglamentos que la desarrollan", considerando incluso como graves supuestos culposos como la "conducción negligente o temeraria" (art. 65.4 TALT), sin que de la descripción de supuestos calificados como infracción se derive la voluntad de sancionar sólo los casos intencionales; antes al contrario, parece darse por supuesto que ése es un elemento que en cuanto tal no define la tipificación de la infracción, aunque la intencionalidad o la entidad de la imprudencia puede operar como uno de los factores de la "gravedad y trascendencia del hecho" que se han de tomar en cuenta para graduar la sanción (art. 69 TALT) (41).

En efecto, en el TALT se prevén como infracción grave supuestos semejantes a los que contempla el art. 340 bis b) ("paradas y estacionamientos en lugares peligrosos o que obstaculicen gravemente el tráfico... realización y señalización de obras en la vía sin permiso y retirada o deterioro a la señalización permanente u ocasional" (art. 65.4), considerándose muy graves "cuando concurren circunstancias de peligro por razón de la intensidad de la circulación, las características y condiciones de la vía... o cualquier otra circunstancia análoga que pueda constituir un riesgo añadido y concreto al previsto para las graves en el momento de cometerse la infracción" (art. 65.5). Frente al art. 340 bis b) que requiere un *grave riesgo*, la normativa administrativa se contenta con "circunstancias de peligro" o un "riesgo añadido y concreto", debiéndose establecer en ese aspecto la diferencia entre unas y otras (42). Siendo así, no se ve qué inconveniente impide el castigo de la comisión culposa, aunque político-criminalmente resulte más conveniente mantener que debería sancionarse únicamente la forma dolosa.

NO RESTABLECER LA SEGURIDAD DE LA VÍA (ART. 340 BIS B) 2º)

La utilización del término *restablecer* en el nº 2 hace que se considere presupuesta una

previa alteración de la seguridad de la vía que causa un grave riesgo para la circulación, tal como exige el párrafo inicial del precepto. La alteración de la seguridad de la vía ha de ser, por tanto, de las que reúnen los requisitos necesarios para subsumirse en el nº 1, en el que, como hemos visto, se comprende cualquier supuesto capaz de originar el grave riesgo requerido, cualquiera que sea el procedimiento utilizado. Ello no significa, sin embargo, que la alteración haya de ser necesariamente típica por el número primero. Una interpretación de este tipo restringiría excesivamente el ámbito de aplicación del precepto, que no podría abarcar las alteraciones fortuitas o debidas al uso y que aún no siendo incluibles en el apartado primero sí pueden generar la obligación de actuar para restablecer la seguridad de la vía. Lo importante es que, cualquiera que sea la causa, la seguridad esté alterada y que de esta alteración se derive un grave riesgo para la circulación.

Sólo realizan el delito, sin embargo, quienes están obligados a actuar, debiendo entenderse por ello la existencia de una obligación jurídica, nacida de la ley o del contrato, que impone el deber de restaurar las condiciones de la vía y eliminar el grave riesgo para la circulación (43). En este sentido, debe recordarse que el art. 10.3 del TALT y el 5.1. del RGCir. establecen que "quienes hubieran creado sobre la vía algún obstáculo o peligro deberán hacerlo desaparecer lo antes posible, adoptando entre tanto las medidas necesarias para que pueda ser advertido por los demás usuarios y para que no se dificulte la circulación". La obligación de actuar pesa sobre todos los usuarios de las vías "que se vean implicados en un accidente de tráfico, lo presencien o tengan conocimiento de él", quedando todos obligados a "auxiliar o solicitar auxilio para atender a las víctimas, si las hubiere, prestar su colaboración para evitar mayores peligros o daños, restablecer en la medida de lo posible, la seguridad de la circulación y esclarecer los hechos" (art. 51.1 TALT y 129 RGCir.). En cualquier caso, no cabe duda de que no son bastantes los deberes morales y de quedar comprendidos también quienes tienen ese deber como consecuencia de la función o el cargo (44), cuestión que tratamos detenidamente después (45). La relación con el nº 1, en el que la alteración puede considerarse el resultado de la conducta que constituye el presupuesto de la aplicación del nº 2, lo convierte en un delito de comisión por omisión (46).

La obligación opera sobre quienes no hayan sido los autores de la alteración previa, puesto que los que hayan creado el grave riesgo para la circulación alterando la vía responderán por el nº 1 (47). El hacer precedente doloso o culposo que altera la seguridad de la vía origina la responsabilidad criminal por el nº 1 del artículo, pero no genera, además, responsabilidad en base al nº 2 por el incumplimiento de la obligación de restaurar la seguridad de la vía. En estos casos, el tipo legal del nº 1, al ser de acción, desplaza al segundo, de omisión, que aparece como un simple agotamiento del comportamiento activo (48). Aquí lo importante es que se crea la alteración y no que no se restablezca la seguridad. Únicamente cuando la alteración incluible en el nº 1 sea culposa y el no restablecer doloso deberá apreciarse el nº 2, pues de otra forma se produciría un privilegio incomprensible (49). Cuando la causa de la alteración sea fortuita, el mantenerla dolosa o culposamente no integra el nº 1, sino que la responsabilidad surge en base al nº 2, por el incumplimiento de la obligación de restaurar la seguridad, puesto que lo fortuito no debe dar lugar a responsabilidad alguna (50).

Respecto del tercero no causante de la alteración, pero obligado a restaurar la seguridad de la vía, sí opera el mandato del número 2. De esta forma, el apartado 2º resulta aplicable a los casos de terceros no autores de la alteración, pero obligados a actuar, a los funcionarios públicos obligados también a hacerlo en virtud de su cargo o función, en los casos de alteraciones fortuitas que no se restablecen por quienes tienen el deber de hacerlo y en los supuestos de comisión culposa del nº 1 y dolosa del 2 (51). En todos los casos se presupone, como es natural, que el sujeto está en condiciones físicas de actuar, pues de otra forma entrarían en juego las causas de exclusión de la responsabilidad criminal que contemplan estas hipótesis.

Cuando no sea posible la eliminación del obstáculo o del peligro creado, "el causante del mismo deberá señalizarlo de forma eficaz, tanto de día como de noche" (art. 5.2. RGCir.) (52), debiendo considerarse bastante para restablecer la seguridad de la vía la señalización adecuada de la alteración. Si el obligado a actuar lleva a cabo la acción de restablecimiento, eliminando la alteración de la seguridad que debe suprimir y a pesar de ello continúa el grave riesgo para la circulación por otras causas, mantiene Córdoba

Roda (53) que faltan los presupuestos para la aplicación de la figura delictiva, por entender que no es imaginable que pueda llevar a cabo el sujeto la acción positiva de restablecer y que, a pesar de ello, continúe existiendo el riesgo aludido en el párrafo primero del art. 340 bis b). No creo que sea así siempre, sin embargo, porque los responsables de los peligros pueden ser distintos; por ejemplo, en el caso de que alguien coloque un obstáculo imprevisible en una carretera cuyo estado de conservación la hace peligrosa por sí misma, el eliminar la inseguridad provocada por el obstáculo no impide la eventual responsabilidad por el n° 2 del funcionario obligado a mantener la seguridad de la vía. Incluso si no se retirara el obstáculo podrá producirse una doble exigencia de responsabilidad; por un lado, a quien lo colocó, por otro, al obligado a garantizar el mantenimiento del buen estado de la vía.

Cabe la comisión culposa, manteniéndose posiciones semejantes a las sustentadas en el n° 1.

ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS SUJETOS ENCARGADOS DE MANTENER LA SEGURIDAD DE LAS VÍAS

La seguridad de las vías públicas depende de sus condiciones de diseño, construcción, conservación y señalización, resultando evidente que una curva con el peralte cambiado, un brusco cambio de rasante, el mal estado de los límites de la calzada, irregularidades del firme, accesos peligrosos, insuficiencias de señalización, utilización de materiales deslizantes, precarias condiciones de señalización en obras y, en general, las deficiencias de trazado, construcción o mantenimiento de la vía afectan de manera inmediata a la seguridad del tráfico. Sin perjuicio de la apreciación particular que proceda hacer en cada caso, tales deficiencias, que inciden sobre los presupuestos objetivos de la vía que tratan de garantizar una circulación sin riesgos, lesionan la seguridad del tráfico y pueden hacer en ocasiones altamente probable la lesión de los intereses personales o patrimoniales de los usuarios de las mismas. Prueba evidente de ello son los numerosos *puntos negros* existentes en nuestras carreteras, que invariablemente se cobran cada año numerosas vidas humanas.

En tales condiciones, no puede descartarse que muchas de las circunstancias apuntadas comporten un grave riesgo para la circulación, concurriendo, por tanto, el requisito general exigido por el párrafo inicial del art. 340 bis b).

Pero: ¿hasta qué punto permite el art. 340 bis b) exigir responsabilidad criminal por las deficiencias que generen un grave riesgo para la circulación a las personas encargadas de mantener la seguridad de las vías? En su caso, ¿cuándo procedería aplicar el número primero, por haber *alteración* de la seguridad de la vía, y cuándo el segundo, por *no restablecerla* estando obligado a ello?

PERSONAS OBLIGADAS A GARANTIZAR LA SEGURIDAD DE LAS VÍAS EN LO RELATIVO A LA CONSTRUCCIÓN, SEÑALIZACIÓN, OBRAS Y, EN GENERAL, EXPLOTACIÓN Y USO DE LAS MISMAS

En lo que hace al diseño y construcción de carreteras, corresponde al Departamento encargado de las Obras Públicas (54) dictar las normas técnicas en materia de planificación, proyección, construcción y conservación de toda clase de carreteras, la aprobación de los estudios, anteproyectos y proyectos de las carreteras estatales y el ejercicio de las facultades necesarias para su construcción, conservación y explotación (art. 11 RGCarrts.) (55). Los planes, estudios y proyectos de carreteras, la dirección e inspección de las correspondientes obras, así como su conservación y explotación (56) se efectuará por Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, auxiliados por Ingenieros Técnicos de Obras Públicas. Si los trabajos fueren realizados por terceros, la inspección corresponderá a aquéllos, si bien su responsabilidad "se limitará al cumplimiento de las disposiciones vigentes y cláusulas del contrato, pero no serán responsables de los errores, omisiones y negligencias no evidentes cometidos por los ejecutores del trabajo" (art. 13 RGCarrts.) (57).

En lo relativo a la señalización, corresponde a la Administración del Estado determinar la normativa técnica básica de interés general y, en particular, la relativa a la señalización y balizamiento de las carreteras, así

como cualquier otra que se derive del cumplimiento de tratados, convenios, acuerdos y recomendaciones de carácter internacional suscritos por España, debiéndose aplicar en todas las carreteras del territorio nacional el sistema internacional de señales de carretera (58). Al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo corresponde también dictar la regulación básica conforme a la que se elabora el Catálogo Oficial de Señales de Circulación y Marcas Viales (art. 11.7 RGCarrts. y art. 134 RGCir.), así como vigilar su cumplimiento, competencia que corresponde a los Servicios de la Dirección General de Carreteras (art. 11.7, párr. 3º RGCarrts.) (59).

La responsabilidad por la señalización varía según se trate de la permanente, la ocasional derivada de las circunstancias concretas del tráfico, o la de obras y reparaciones. El mantenimiento de la señalización permanente en "las mejores condiciones posibles de seguridad para la circulación y la instalación y conservación en ella de las adecuadas señales y marcas viales" corresponde al titular de la vía (art. 57 TALT y 139 RGCir.). Igualmente, la autorización previa para la instalación en ella de otras señales de circulación. En caso de emergencia, sin embargo, los Agentes de la autoridad podrán colocarlas sin autorización previa (art. 57.1 TALT y 139.1 RGCir.) (60). La señalización de carácter circunstancial y la variable necesaria para el control del tráfico corresponde a la autoridad encargada de la regulación del mismo, de acuerdo con la legislación de carreteras (art. 57.2 TALT y 139.2 RGCir.). La responsabilidad por la señalización de las obras corresponde a los organismos que las realicen o a las empresas adjudicatarias de las mismas (art. 57.3 TALT y 139.3 RGCir.) (61).

El Ministerio de Obras Públicas está obligado igualmente a establecer los servicios de vigilancia para velar por el exacto cumplimiento de las facultades que le corresponden en materia de construcción, conservación y explotación de las carreteras (art. 11.9 RGCarrts.). La vigilancia del tráfico, tránsito y transporte en vías públicas interurbanas y la custodia de vías de comunicación corresponde a la Guardia Civil (62). Los Cuerpos de Policía Local están, a su vez, obligados a "ordenar, señalar y dirigir el tráfico en el casco urbano y a instruir atestados dentro del mismo (art. 53.1 b) y c) LFCS).

Las personas que acaban de mencionarse (Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, Ingenieros Técnicos de Obras Públicas, In-

genieros y profesionales colaboradores, funcionarios encargados de la señalización y del mantenimiento de las vías, responsables de las empresas contratistas de obras, Guardia Civil y Policía Local) están, pues, dentro de sus respectivas competencias, obligadas a actuar para mantener la seguridad de las vías públicas. Tales personas, según su categoría orgánica, competencia y responsabilidad, están *obligadas* a garantizar o restablecer la seguridad de la vía, en los términos que exige el art. 340 bis b), pudiendo aparecer, por tanto, como eventuales sujetos activos del delito.

DETERMINACIÓN DEL GRAVE RIESGO PARA LA CIRCULACIÓN

En la medida en que las anomalías de diseño, construcción, mantenimiento o señalización comporten un grave riesgo, en los términos que quedaron expuestos (63), concurrirá el requisito básico que precisa el art. 340 bis b). Respecto de éste deben hacerse, sin embargo, dos precisiones iniciales. La primera en el sentido de rechazar la existencia del grave riesgo que precisa el artículo cuando la circunstancia creadora del mismo no suponga una infracción de las normas técnicas en materia de planificación, proyección, construcción, conservación y explotación de carreteras, que, publicadas en el *B.O.E.*, son de obligado cumplimiento para los organismos titulares de las vías y para los profesionales que desarrollen o ejerzan las funciones o trabajos a que afecten (art. 11.6 RGCarrts.). Como ya se expuso, el riesgo que se sanciona es el que se produce como consecuencia de conductas infractoras de la norma de cuidado, que en este caso viene dada por las referidas normas técnicas. Los riesgos que se generen como consecuencia de características de la vía que son conformes con las normas sobre el proyecto, construcción y conservación de las mismas no son, pues, típicas (64). Por el contrario, las deficiencias que supongan una infracción de tales preceptos o cuya ejecución concreta dé lugar a un grave riesgo sí podrán considerarse generadoras del riesgo prohibido.

En segundo lugar, debe valorarse la incidencia que tiene la señalización del elemento que afecta a la seguridad de la circulación en orden a la generación del grave riesgo requerido (65). No lo habrá si la circunstancia creadora del peligro ha sido convenientemente señalizada, en el sentido de que la

observancia de las indicaciones hace desaparecer o disminuye sustancialmente la posibilidad de que se produzca la lesión de los bienes jurídicos de los usuarios, como consecuencia de la circunstancia cuya presencia advierte. En general, no tendrá incidencia la falta de señales cuyo mensaje sea evidente, porque el conductor puede formarse sin necesidad de ellas y de manera inmediata un juicio claro de la existencia del peligro y de cómo ha de actuar. Si la señalización es errónea (v. gr., porque no indica claramente el acceso, suscitando confusión; porque no establece una limitación de velocidad suficiente; porque no advierte la existencia de un cruce peligroso, etc.) es claro que su presencia no sólo no elimina el grave riesgo, sino que, por el contrario, será un elemento más de los que contribuyen a su generación. Si no hay señalización o la que existe es insuficiente, la determinación de la aparición o no del grave riesgo debe hacerse en cada caso concreto, valorando la incidencia que la falta de indicaciones puede tener sobre el grado de probabilidad de que se produzca el resultado lesivo para los bienes jurídicos de los usuarios.

Así, los riesgos creados por inadecuados radios de curvas, peraltes cambiados o insuficientes, peligrosos cambios de rasantes, accesos peligrosos, cruces mal diseñados, firmes irregulares, asfaltos sin adherencia, utilización de pinturas plásticas deslizantes y demás circunstancias —usuales en nuestra red viaria— lesivas de la seguridad de la circulación, sólo podrán considerarse creadoras del grave riesgo requerido en la medida en que supongan una infracción de la norma de cuidado que establece las cautelas precisas en la construcción y mantenimiento de las vías públicas y no hayan sido convenientemente señalizados.

SUPUESTOS INCLUIBLES EN EL 340 BIS B), 1º

Concurriendo el *grave riesgo para la circulación*, con las precisiones que acaban de hacerse en cuanto a la infracción de la norma de cuidado y señalización —y las que después se harán para el caso de obras—, es evidente que un cruce mal diseñado, un acceso peligroso, una mediana improvisada, una obra insuficientemente señalizada, pueden ser calificados en ocasiones de *obstáculos imprevisibles*. El deterioro de la señalización horizontal es, sin duda, un *daño*

de la señalización. La utilización de materiales de pavimentación sin adherencia en mojado, la existencia de gravilla suelta en curvas o cruces, el empleo de pinturas plásticas deslizantes y casos similares, aunque no puede integrar el supuesto de *derramamiento de sustancias deslizantes o inflamables*, pues no parece que estos casos se correspondan bien con la exigencia de "derramamiento", si pueden incluirse —asi como las demás hipótesis cuya subsunción en las referencias expresas sea dudosa— en la cláusula genérica de por cualquier otro medio. Además de la alteración para la seguridad del tráfico, concurren, por tanto, los medios típicos previstos y con ellos los requisitos básicos del n.º 1 del art. 340 bis b).

En relación a este apartado primero, sin embargo, la exigencia de que en el grave riesgo se produzca *alterando la seguridad del tráfico* obliga a distinguir dos grandes grupos de supuestos. Por una parte, los defectos originarios, presentes desde el primer momento, por estar generados por las condiciones de trazado, construcción o señalización inicial de la vía. Por otra, los derivados de modificaciones producidas con posterioridad, bien por el mal estado de conservación, bien como consecuencia de obras o reparaciones.

El entendimiento de la *alteración* como modificación de las condiciones anteriores a la realización de la conducta, impide, a mi juicio, incluir las deficiencias iniciales dentro del ámbito de aplicación de este apartado primero. Respecto de quienes proyectan o construyen la vía, porque no realizan alteración alguna de unas condiciones de seguridad anteriores que, simplemente, no existían. Sólo entendiendo la alteración como modificación de la regla de cuidado que obliga a observar determinadas normas técnicas en el diseño y construcción de vías públicas podría entenderse que las omisiones o deficiencias iniciales constituyen una alteración. Pero evidentemente no es este el sentido del precepto, entre otras razones porque una interpretación semejante vendría a confundir la *alteración* con el incumplimiento de la norma objetiva de cuidado. La previsión tampoco es aplicable a los terceros ajenos al proyecto y a la construcción, pero obligados a mantener la seguridad, porque no realizan ninguna *alteración*, de manera que su responsabilidad sólo sería imaginable en el caso de que se admitiera la omisión como forma de realizar la alteración

(no corregir el defecto), lo que es incompatible con este número primero; además de porque se precisan comportamientos activos, porque para esos supuestos es para los que está previsto el apartado segundo.

Los casos en que la alteración, aun manteniendo una situación de grave riesgo, suponga un mejoramiento de las condiciones anteriores de la vía no creo que resulten incluíbles en este apartado primero, dado que la alteración ha de suponer siempre un perjuicio de las condiciones de seguridad en relación con las que existían antes de la conducta. No veo dificultad, en cambio, para aplicar el apartado segundo a los funcionarios o terceros que, obligados a actuar, no intervengan para eliminar el grave riesgo.

SUPUESTOS INCLUIBLES EN EL ART. 340 BIS B) 2º

Determinados ya quiénes están obligados a mantener la seguridad de la vía, lo que constituye el presupuesto general del apartado 2º del art. 340 bis b), el problema va a venir dado ahora por el entendimiento del término *restablecer*, que parece presuponer la existencia de una previa alteración. Interpretar este requisito de la misma forma que en el número primero, como conducta de un tercero que modifica negativamente las condiciones de seguridad de la vía anteriores a la omisión del obligado a actuar, supondría hacer prácticamente inútil este apartado, que resultaría incapaz de acoger las obligaciones de restablecer la seguridad de vías alterada por causas fortuitas, por el uso o como consecuencia de sus condiciones originarias. *Restablecer*, por tanto, debe entenderse como restauración de las condiciones objetivas de la vía que aseguran una circulación sin riesgo para los usuarios, cualquiera que sea la causa que las haya perjudicado. De esta forma, no hay dificultad alguna para considerar que cuando el riesgo viene generado por las condiciones iniciales del trazado o construcción hay obligación de "restaurar" la seguridad, incurriendo en responsabilidad criminal, generalmente culposa, el que, estando obligado a ello, no lo haga (66). Ninguna dificultad hay para aplicar el precepto respecto de alteraciones posteriores debidas al mal estado de conservación o a comportamientos de terceros que provocan el grave riesgo (no señalar el obstáculo o no retirarlo por los Agentes encargados de la vigilancia del tráfico; no advertir la exis-

tencia de sustancias deslizantes, inadecuada señalización de reparaciones y obras, etc.).

ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LAS VÍAS EN OBRAS

Si puede apreciarse *alteración* y por tanto considerarse aplicable el apartado primero del art. 340 bis b) a los responsables de reparaciones o vías en obras, por cuanto las mismas suponen una modificación de las condiciones de seguridad anteriores a su realización y debidas precisamente al comportamiento de quien con ellas genera el grave riesgo para la circulación (67). Por ejemplo, cuando se modifica la señalización, se levanta el pavimento, se construye una curva peligrosa, se deja grava suelta en la calzada, se utilizan pinturas plásticas deslizantes en el repintado de la señalización horizontal, etc., siempre que la "alteración" suponga generar un riesgo que antes no existía o incrementarlo. Con independencia de la responsabilidad de los autores de la obra, no veo inconvenientes en exigir además responsabilidad por el número segundo a los funcionarios encargados de mantener la seguridad si no actuaran para restablecerla (68).

En estos casos, se ve evidentemente alterada la seguridad del tráfico, puesto que el firme, el trazado y la señalización, a menudo los tres aspectos, resultan radicalmente afectados como consecuencia de las obras, generándose un grave riesgo para los bienes jurídicos de los usuarios. No abordaré ahora si esas alteraciones están amparadas por la eximente de ejercicio de un derecho o por la de cumplimiento de un deber, puesto que evidentemente, sea en una o en otra, lo están. Lo importante es resaltar que, en cualquier caso, la exención de responsabilidad está condicionada al cumplimiento de las normas técnicas correspondientes y las relativas a la señalización de obras en carreteras, que adquiere aquí una importancia fundamental, pues tales circunstancias dejarán de ser un *obstáculo imprevisible*, un *daño a la señalización* o una alteración por *cualquier medio* en la medida en que estén convenientemente señalizadas (69).

Las obligaciones que en este sentido se establecen son dos: para las Jefaturas de Obras Públicas, la redacción en cada caso de las instrucciones escritas necesarias; para los contratistas y las entidades o particula-

res que realicen obras, la obligación de instalar las señales de acuerdo con las instrucciones que les sean dadas (70). A tenor de ello, y admitido —porque es una evidencia fácilmente constatable— que la mayoría de las obras que actualmente se están realizando en nuestras carreteras no responden a las condiciones mínimas de seguridad, sobre todo en lo relativo a la señalización nocturna, no hay dificultad teórica alguna que impida exigir responsabilidad a las personas responsables en base a este número primero del art. 340 bis b). A los responsables de las Jefaturas de Obras Públicas, si las instrucciones fueran defectuosas o insuficientes o no cumplieran con su obligación de inspección. A los contratistas, si no observaran las indicaciones recibidas. A los Agentes encargados de la vigilancia del tráfico, si no adoptan, aun circunstancialmente, las medidas necesarias para evitar el grave riesgo para la circulación.

CONCLUSIÓN

El art. 340 bis b) permite exigir responsabilidad criminal a los funcionarios públicos y a los terceros obligados por su cargo o contrato a mantener la seguridad de las vías públicas. Las dificultades para ello, no son, pues, teóricas, sino de orden práctico, sin que se me oculten las poderosas razones que explican su práctica inaplicación en supuestos de esta naturaleza, que tal vez, sin embargo, podría contribuir a un mayor celo en el cumplimiento del deber de garantizar la seguridad del tráfico en nuestras carreteras y vías urbanas. Hasta es posible, incluso, que con ello ayudara a reducir las preocupantes cifras de accidentes graves. De momento, sin embargo, sólo los particulares son objeto de la atención sancionadora de la Administración, que no sólo que no cumple en mandato de traspasar el tanto de culpa a los Tribunales cuando los hechos de esta naturaleza pueden ser constitutivos de delito o falta, sino que acredita sistemáticamente un escaso interés por sancionar las infracciones contempladas en una normativa dictada por ella misma. ■

NOTAS

- (1) CONDE-PUMPIDO FERREIRO: "El Proyecto de modificación del Código penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y su repercusión en el Derecho penal de tráfico", en *Revista de Derecho de la Circulación*, 1987, p. 12.
- (2) En la interpretación del art. 340 bis b) es fundamental la normativa administrativa de desarrollo, que en lo suce-

sivo se cita abreviadamente, como se indica: Ley 18/1989, de 25 de julio, de Bases sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial; Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley —TALT—; Real Decreto 13/1992, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación —CClr.—, tal como queda después de las modificaciones que supone el TALT; Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras —LC— y el Real Decreto 1073/1977, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento General de Carreteras —RGCarrts.—, mantenido en vigor en todo lo que no se oponga a la misma—. Sobre el art. 340 bis b) en relación con la normativa anterior, vid. GONZÁLEZ RUS, "Puntos negros, vías en obras y seguridad del tráfico", en *Estudios Penales en Memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago, 1989, p. 381 y ss.

- (3) SILVA: "Consideraciones sobre el delito del art. 340 bis a) 1ª del Código penal (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas)", en *Derecho de la Circulación*, Madrid, 1993, p. 150.
- (4) El texto del art. 340 bis b) es el siguiente: "Será castigado por las penas de arresto mayor o multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas el que origine un grave riesgo para la circulación de algunas de las siguientes formas": "1ª Alterando la seguridad del tráfico mediante la colocación en la vía de obstáculos imprevisibles, derramamiento de sustancias deslizantes o inflamables, mutación o daño de la señalización o por cualquier otro medio." "2ª No restableciendo la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo."
- (5) Cfr. BUSTOS RAMÍREZ *Manual de Derecho Penal*, parte especial, Barcelona, 1990, p. 248; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, parte especial, Valencia, 1990, p. 450; ORTS, en COBO DEL ROSAL, VIVES ANTÓN, BOIX REIG, ORTS BERENGUER, CARBONEL MATEU, por todos. El concepto y contenido de la seguridad del tráfico se ha analizado sobre todo en relación a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, en donde existe una numerosa bibliografía que falta, sin embargo, sobre el art. 340 bis b). Un análisis exhaustivo de gran utilidad de los distintos entendimientos de la misma puede encontrarse en GÓMEZ PAVÓN, *El delito de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, Madrid, 1985, p. 78 y ss.
- (6) Vid., por todos, CEREZO MIR, "Problemas fundamentales de los delitos contra la seguridad del tráfico", en *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, 1982, p. 277; BELTRÁN BALLESTER, "Las obstaculizaciones al tráfico. Examen del art. 340 bis b) del Código penal español", en *Delitos contra la seguridad del tráfico y su prevención*, Valencia, 1975, p. 21 y BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal*, PE, cit., p. 248; GÓMEZ PAVÓN, *El delito de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas*, cit., p. 79 y ss.
- (7) Cfr. ESCRIVÁ GREGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, Barcelona, 1976, p. 115, y CONDE-PUMPIDO FERREIRO, "Las modificaciones introducidas en el tratamiento penal de los delitos de tráfico por la Ley 3/1967, de 8 de abril", en *Revista de Derecho de la Circulación*, 1967, p. 239.
- (8) Sobre la polémica en torno a si la seguridad del tráfico es un bien jurídico en sí mismo de naturaleza colectiva o si, por el contrario, adquiere sentido en relación a los bienes personales de los participantes en el tráfico, vid., ampliamente, participando de la primera opinión, GÓMEZ PAVÓN, *El delito de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas*, cit., p. 83: "se protege —en el art. 340 bis a) 1ª— en primer lugar, la seguridad del tráfico, de una manera directa, como concepto colectivo desvinculado de los bienes particulares que puedan verse afectados". Como ejemplo de la posición contraria, en cambio, ORTS, *Derecho Penal*, cit., p. 313, advierte que la referencia a la seguridad del tráfico es asumible "sólo si se la toma en sentido material, no por ella misma, sino porque su descuido incrementa las probabilidades de que resulten dañados bienes del máximo valor que se hallan comprometidos en el tráfico rodado". "De ahí —continúa— que quizá sea preferible afirmar directamente que es la vida humana el bien más valioso de los

- tutelados, *seguido de la integridad personal, en lugar de acudir a la seguridad.*" A esos bienes añade "el tránsito de personas y vehículos en tanto que es pieza importante en las relaciones socioeconómicas y culturales del país".
- (9) Siempre, naturalmente, que se trate de comportamientos que tengan la suficiente gravedad para merecerlo; lo que no parece cuestionable respecto a los supuestos contemplados en el art. 340 bis b). No obstante, la cuestión es polémica. Vid., detenido examen de las diferentes posturas en CEREZO MIR, "Problemas fundamentales...", cit., p. 283 y ss., y KAISER, *Delincuencia de tráfico y su prevención general* [traducción y notas de J. M. RODRÍGUEZ DEVESA] en la colección *Estudios de Psicología Criminal*, XIX, Madrid, 1979, p. 100 y ss.
- (10) La propia normativa administrativa parece considerar distintas una y otra al diferenciar entre *Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial* (denominaciones utilizadas tanto por el TALT como por el RGCir.; *vid.*, art. 1, B, etc., RGCir.). Aunque se utilizan como aspectos distintos y complementarios, en su articulado, empero, no hay definición alguna de tales conceptos ni de la regulación concreta pueden extraerse con claridad cuáles son sus diferencias. Parece, no obstante, que la Seguridad Vial tiene el contenido más amplio, comprendiendo desde aspectos relacionados con la educación vial hasta las condiciones técnicas de los vehículos, pasando por el régimen de autorizaciones y permisos, escuelas de conductores, etc.; por su parte, la circulación de vehículos de motor, mientras que el tráfico, de sentido más genérico, comprende también las relativas a peatones, semovientes y vehículos de cualquier clase (art. 1 RGCir.).
- (11) Con carácter general, en términos parecidos, GÓMEZ PAVÓN, *op. cit.*, p. 88: "el conjunto de condiciones garantizadas por el ordenamiento jurídico en su totalidad, para hacer que la circulación de vehículos de motor por vías públicas no presente riesgos superiores a los permitidos".
- (12) Aunque sí está incluido el riesgo para peatones que, como consecuencia de las condiciones de la vía, pueda derivarse del tráfico rodado de vehículos.
- (13) Vehículos de motor son los que como tales define el Anexo al TALT: "Vehículo provisto de motor para su propulsión." Aunque del concepto quedan excluidos los ciclomotores y los tranvías no creo que ello deba operar también en el art. 340 bis b), por cuanto las alteraciones de la seguridad de la vía pueden incidir también en ellos de la misma forma que en los vehículos de motor *stricto sensu*.
- (14) Sobre las distintas clases de carreteras y su régimen, *vid.*, Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras —LC, en lo sucesivo—.
- (15) Así, áreas y zonas de descanso y de servicio, zonas de parada y estacionamiento, elementos auxiliares o complementarios de las actividades de los titulares de los caminos de servicio, etc. Expresamente excluidos quedan "los caminos, terrenos, garajes, cocheras u otros locales de similar naturaleza, construidos dentro de fincas privadas, sustraídos al uso público y destinados al uso exclusivo de los propietarios y sus dependientes" (art. 1.2 c), párr. 2º RGCir.). En estos casos, "y en defecto de otras normas, los titulares de vías o terrenos privados no abiertos al uso público, situaciones en urbanizaciones, hoteles, clubes y otros lugares de recreo podrán regular dentro de sus respectivas vías o recintos, la circulación exclusiva de los propios titulares o sus clientes cuando constituyan una colectividad indeterminada de personas, siempre que lo hagan de manera que no desvirtúen las normas de este Reglamento, ni introduzcan confusión con ellas" (art. 1.4 RGCir.). Sobre zonas de dominio, servidumbre y afección de las carreteras, *vid.* artículos 21, 22 y 23 LC.
- (16) *Vid.* BELTRÁN BALLESTER, "Las obstaculizaciones al tráfico", cit., pp. 22-23. ORTS, *Derecho penal*, cit., p. 313, revisando el criterio mantenido antes con BOIX, acogiendo también las vías no abiertas al uso público, advierte ahora que debe tratarse de vías destinadas al tráfico rodado, aunque son posibles casos en los que el delito puede cometerse fuera de las mismas [cambiar la señal que prohíbe el paso de vehículos por una calle peatonal, por ejemplo].
- (17) *Cfr.* GONZÁLEZ RUS, "Puntos negros, vías en obras y seguridad del tráfico", cit., p. 384.
- (18) *Vid. supra* 2.1.
- (19) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, PE, Madrid, 1988, p. 1052; ORTS, *Derecho penal*, cit., p. 319; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, cit., p. 468; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal*, cit., p. 252; QUE-RALT, *Derecho Penal Español*, Parte Especial, Barcelona, 1992, p. 490, por todos. Considerando indiferente que se produzca o no un riesgo concreto para los usuarios de la vía, en cambio, CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, III, Barcelona, 1978, p. 1279.
- (20) En este sentido, la opinión mayoritaria; *vid.*, por todos, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, "Las modificaciones introducidas en el tratamiento penal de los delitos de tráfico por la Ley 3/1967, de 8 de abril", cit., p. 239; CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, III, cit., pp. 1273-74, y ESCRIVÁ GREGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos*, cit., p. 115; GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas*, cit., p. 83 y ss. De opinión contraria, ORTS, *Derecho penal*, cit., p. 319, considera que es un delito de peligro concreto "para la vida, la integridad y los bienes de las personas".
- (21) Así también, CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, III, cit., p. 1247; ESCRIVÁ GREGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos*, cit., p. 115 y, en relación al 340 bis a), BERSTAIN IPIÑA, "El delito de peligro por conducción temeraria [notas al art. 340 bis a) nº 2]", en *Revista de Derecho de la Circulación*, 1970 (separata), p. 20, y BARBERO SANTOS, "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto", en *Anuario de Derecho Penal*, 1973, p. 488.
- (22) En sentido contrario, advierte MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, cit., p. 450, que al ser la seguridad del tráfico un "valor comunitario material" que no se concreta en objetos determinados, no es susceptible de lesión en el sentido de destrucción, sino sólo de puesta en peligro. Debe observarse, sin embargo, que en el art. 340 bis b) la referencia a la vía hace que sean perfecta y materialmente identificables tanto el elemento al que va referido la conducta como las condiciones que conforman, y correlativamente lesionan, la seguridad de la circulación o del tráfico que se tutela.
- (23) Y no concreto, como cree la posición dominante, *vid. supra* nota 19.
- (24) Aunque en relación a otros preceptos de la sección, MIR PUIG, "Conducción temeraria y el nuevo artículo 340 bis d) del Código penal", en *Derecho de la Circulación*, Madrid, 1993, pp. 184 y 185 (cuyo criterio general se recoge en texto); SILVA, *op. cit.*, p. 150; BARBERO SANTOS, *Contribución*, cit., p. 491 (los dos últimos en relación al 340 bis a) 1º). Expresamente para el 340 bis b), ORTS, *Derecho penal*, cit., p. 319. El hecho de que en la normativa administrativa se extija para las infracciones muy graves un "riesgo añadido y concreto al previsto para las graves en el momento de realizarse la infracción" (art. 65.5 TALT) no obliga a considerar al art. 340 bis b) un delito de peligro concreto, con el argumento de que no sería lógico que ello fuera preciso para la infracción administrativa y no para considerar el hecho constitutivo de delito. Senillamente porque la diferencia entre unas y otras se encuentra en la gravedad del riesgo creado, que en el art. 340 bis b) ha de ser grave y alterar efectivamente la seguridad de la circulación (*vid. infra* 2.3.1.)
- (25) En el mismo sentido, CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, III, cit., p. 1273.
- (26) BELTRÁN BALLESTER, "Las obstaculizaciones al tráfico", cit., p. 23. Como recuerda CONDE-PUMPIDO BALLESTER, "Las modificaciones introducidas en el tratamiento penal de los delitos de tráfico por la Ley 3/1967, de 8 de abril", cit., p. 235, esa referencia desaparece al incorporar las tipicidades de la Ley de 1962 al art. 340 bis b), 2º, porque, aparte de que no añadía nada, podía privar de carácter típico a conductas en las que el peligro concreto se presentara después de la acción del sujeto (aparcamiento diurno, sin luz, que se mantiene llegada la noche).
- (27) En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, cit., p. 468.
- (28) *Vid.* BELTRÁN BALLESTER, "Las obstaculizaciones al tráfico", cit., p. 23.
- (29) *Cfr.* CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, III, cit., p. 1271.
- (30) En este sentido, CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, III, cit., p. 1271. Así se ha manifestado la jurisprudencia.

- dencia, que en Sentencia de 26 de mayo de 1966, aprecia el delito en relación a un automóvil que cierra el paso a una motocicleta. De opinión contraria, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, "Las modificaciones introducidas en el tratamiento penal de los delitos de tráfico por la Ley 3/1967, de 8 de abril", cit., p. 239, limita el tipo a los elementos "no circulares". Comportamientos capaces de crear un grave riesgo de este tipo han sido considerados: arrojar clavos en la calzada, cruzar un tronco, colocar un pedrusco, colocar una barricada en un tramo de escasa visibilidad, cerrar el paso con el propio vehículo, etc.; vid. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, cit., p. 1052; ORTS, *Derecho penal*, cit., p. 320.
- [31] RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, cit., p. 1051; QUERALT, *Derecho penal español*, cit., p. 490.
- [32] Sobre paradas y estacionamientos, vid., artículos 90 y ss. del RGCir. En el art. 91 se especifican los que se consideren peligrosos, y en el 94, los lugares prohibidos. Sobre vehículos inmovilizados y caída de la carga, artículos 129 y ss.
- [33] CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, III, cit., p. 1272.
- [34] Vid. *infra* 3.3.
- [35] BELTRÁN BALLESTER, "Las obstaculizaciones al tráfico", cit., p. 23; ORTS, *Derecho penal*, cit., p. 320.
- [36] El art. 132 RGCir. considera de obediencia obligatoria las señales que establezcan una obligación o una prohibición, debiendo el conductor adaptar su comportamiento al mensaje del resto de las señales reglamentarias. Sobre las condiciones de las señales y la prohibición de modificarlas, vid. artículos 135 y ss. y 142 RGCir., respectivamente.
- [37] Aunque sí lo estaban en el art. 6 de la Ley de 6 de mayo de 1950, vid. BELTRÁN BALLESTER, "Las obstaculizaciones al tráfico", cit., p. 23.
- [38] Si se hubiera hecho con ánimo de lucro, podrá integrarse un concurso ideal con el delito de hurto, cfr. CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, III, cit., p. 1272.
- [39] En contra, BELTRÁN BALLESTER, "Las obstaculizaciones al tráfico", cit., p. 25, por entender que el "grave riesgo" es un elemento subjetivo del injusto; aun sin compartir este criterio, también la rechaza CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, III, cit., p. 1276; ORTS, *Derecho penal*, cit., p. 321; QUERALT, *Derecho penal español*, cit., p. 490. A favor, en cambio, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, "Las modificaciones introducidas en el tratamiento penal de los delitos de tráfico por la Ley 3/1967, de 8 de abril", cit., p. 240; LORCA GARCÍA, "Examen de los preceptos incorporados al Código penal por la Ley de 8 de abril de 1967, referentes al uso y circulación de vehículos de motor", en *Revista de Derecho de la Circulación*, 1967, p. 462 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, cit., p. 468 (transporte sin observar las medidas de seguridad debidas de líquidos inflamables, diseminándolos en la vía); RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, cit., p. 1052 y BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal*, cit., p. 252.
- [40] BELTRÁN BALLESTER, "Las obstaculizaciones al tráfico", cit., p. 25.
- [41] Sólo en la LC se describen algunas infracciones que deben ser realizadas intencionadamente, pero no tienen la gravedad objetiva suficiente para integrar el delito del art. 340 bis b). Así, modificar *intencionadamente* las características o situación de elementos relacionados con la ordenación, orientación y seguridad de la circulación, diferenciándose según que puedan o no seguir cumpliendo su función [artículos 31.3 b) y 31.4 b) LC, respectivamente]. Resulta significativo que el "intencionadamente" sólo se exija para estos casos de modificación y no para los de destrucción, deterioro, sustracción o daño, que también se contemplan en los mismos preceptos, lo que muestra la diferente gravedad objetiva entre unos comportamientos y otros y justifica que se para la "modificación" sólo se sancione las que producen intencionadamente. Vid. texto íntegro de las infracciones en *infra*, nota 68.
- [42] La intervención sancionadora de la Administración queda supeditada a la actuación judicial, pues si se tratara de hechos que pueden estar tipificados como delito o falta "la Administración pasará el tanto de culpa al orden jurisdiccional competente y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme [art. 65.1 RGCir., 276 CCir. y 32.2 LC].
- [43] Por todos, Córdoba Roda, *Comentarios al Código Penal*, III, cit., p. 1277-78; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal*, cit., p. 252.
- [44] CONDE-PUMPIDO FERREIRO, "Las modificaciones introducidas en el tratamiento penal de los delitos de tráfico por la Ley 3/1967, de 8 de abril", cit., p. 241; LORCA GARCÍA, "Examen de los preceptos incorporados al Código penal por la Ley de 8 de abril de 1967, referentes al uso y circulación de vehículos de motor", cit., p. 467; BELTRÁN BALLESTER, "Las obstaculizaciones al tráfico", cit., p. 30; ORTS, *Derecho penal*, cit., p. 320. Vid. *infra* 3.1.
- [45] Así, QUERALT, *Derecho penal español*, cit., p. 490; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, cit., p. 468. En contra, considerándolo delito de omisión pura, BUSTOS, *Manual de Derecho penal*, cit., p. 252, y yo mismo en "Puntos negros, vías en obras y seguridad del tráfico", cit., p. 388.
- [46] CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, III, cit., p. 1277-78; ORTS, *Derecho penal*, cit., p. 321, por todos. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal*, PE, cit., p. 252. Igual criterio hay que seguir, a mi juicio, cuando el comportamiento previo era constitutivo de uno de los supuestos del art. 340 bis a) [quien conduce temerariamente o bajo la influencia de bebidas alcohólicas y provoca un accidente que altera la seguridad de la vía].
- [47] A la misma solución, considerando que las relaciones entre el nº 1º y el 2º son de alternatvidad, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., p. 468, y, entendiendo que surge directamente el nº 2º, como consecuencia de la injerencia, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal*, cit., 252.
- [48] Sin distinguir entre comportamientos fortuitos y culpables, opinión contraria mantiene en "Puntos negros, vías en obras y seguridad del tráfico", cit., pp. 388-389.
- [49] El problema puede venir dado por las alteraciones de la seguridad de la vía provocadas por la realización de un ilícito previo (tentado con una bomba que deja destruido un vehículo o provoca un importante socavón en medio de una vía insuficientemente iluminada). Estimo que, en estos casos, si se integra la figura delictiva, surgiendo un concurso ideal de delitos.
- [50] De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 130.3, 140 y 173 RGCir., que después se comentan; vid. *infra* 3.5.
- [51] *Comentarios al Código penal*, III, cit., p. 1279.
- [52] Aunque las denominaciones varían de acuerdo con las remodelaciones ministeriales, correspondiendo unas veces la competencia al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo u Obras Públicas y Transportes, por citar sólo las más recientes, las facultades vienen atribuidas en todo caso al que ostente la responsabilidad de las Obras Públicas.
- [53] Aunque la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, derogó la anterior de 19 de diciembre de 1974, hasta que no se dicte el Reglamento de la nueva Ley continúa vigente "en lo que no se oponga a la misma" el RD 1073/1977, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento General de Carreteras (RGCarrts., en lo sucesivo) [Disp. Transitoria Primera. 1 LC]. Además, deben tenerse presente las facultades concedidas a las Autonomías, en virtud de las competencias asumidas en materia de carreteras.
- [54] La explotación comprende las operaciones de conservación y mantenimiento, las actuaciones encaminadas a la defensa de la vía y a su mejor uso, incluyendo la señalización, ordenación de accesos y en general todas las actuaciones encaminadas a facilitar una circulación fluida, segura y cómoda (art. 15 LC y 58.2 RGCarrts.).
- [55] A estos efectos, quedan asimilados a los Ingenieros de los Cuerpos del Estado aquellos que hayan sido contratados por la Administración [art. 13.2 RGCarrts.]. En la elaboración de planes, estudios de planeamiento y previos, y además cuando las exigencias técnicas de los proyectos y obras lo requieran, con los Ingenieros o personal contratado colaborarán otros profesionales, con las atribuciones derivadas de sus títulos académicos (art. 13.3, párr. 1º RGCarrts.). "En cualquier caso, la dirección del Plan o estudio corresponderá al Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, y los restantes profesionales lo suscribirán conjuntamente con él en la parte

- en que cada uno haya intervenido, y con la responsabilidad derivada de su titulación" (art. 13.3. párr. 2º. RGCarrts.).
- (58) Cfr. Disposición Adicional Segunda, 1 y 2 LC. "La planificación, proyecto, construcción, conservación, modificación, uso y explotación de las carreteras que sean competencia de los órganos de gobierno de los territorios forales con derechos históricos se efectuará conforme al régimen jurídico en vigor" (Disp. Adic. Tercera, 1, LC).
- (59) Salvo en lo que esté transferido, *vid.* Reales Decretos 2296/1981, de 3 de agosto y 334/1982, de 12 de febrero, sobre señalización de carreteras en el ámbito territorial de las Comunidades Autónomas.
- (60) El titular de la vía o la autoridad encargada de la regulación del tráfico ordenará la inmediata retirada o la sustitución de las que no sean adecuadas, hayan perdido su objeto o estén deterioradas (art. 58.1 TALT y 142.1 RGCtr.). La instalación, retirada, ocultación, modificación o traslado de señales sólo puede hacerse con la autorización del titular de la vía o, en su caso, de la autoridad encargada de la regulación del tráfico o la responsable de las instalaciones (art. 58.2. TALT y 142.2 RGCtr.). La retirada o el deterioro de señales permanentes u ocasionales tendrá la consideración de infracción grave (art. 142.4 TALT).
- (61) *Vid. infra*, notas 69 y 70, e *infra* 3.5.
- (62) Art. 12, B, c) y d) LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LCFS). Los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas están obligados a prestar auxilio en casos de accidentes, catástrofe o calamidad pública (art. 38.3 b).
- (63) *Vid. supra* 2.2.
- (64) Otra cosa es que las normas técnicas en sí mismas sean las determinantes de la situación de peligro, en cuyo caso la responsabilidad podría exigirse a quienes las hayan dictado.
- (65) La competencia para determinar las normas a que ha de sujetarse el establecimiento de señales, así como vigilar su cumplimiento, corresponde también a la Administración del Estado (Disp. Adicional Segunda 1 y 2 LC, art. 11.7 RGCarrts. y 134 RGCtr.: Ministerio de Obras Públicas y Transportes).
- (66) En estos casos, de alteraciones que no se deben directamente a la conducta de quien proyecta o construye, sino a circunstancias fortuitas o derivadas del uso de la vía (baches, desgaste del pavimento, desaparición de la señalización horizontal, etc.) no es posible, en cambio, la exigencia de responsabilidad en base al apartado primero. Fundamentalmente porque la alteración que se requiere en este apartado es la que se deriva del comportamiento del sujeto y no aquellas que no provoca él mismo, aunque tuviera la obligación de impedirlos.
- (67) Nos referimos aquí a las obras que afectan directamente a la carretera y, por consiguiente, de manera directa a la seguridad de la vía. Respecto de las obras en la zona de dominio público, de servidumbre o de afección, que necesitan siempre autorización previa del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, *vid.*, respectivamente, artículos 21.3, 22.2 y 23.2. y 3 de la LC. Sobre las facultades que corresponden a Delegados de Gobierno y Gobernadores civiles en orden a la paralización de obras y suspensión de usos no autorizados, *vid.* art. 27 LC.
- (68) La LC prevé sanciones específicas para comportamientos relacionados con las obras. Como *infracción leve* se considera "Realizar obras, instalaciones o actuaciones no permitidas en las zonas de dominio público, de servidumbre o de afección de la carretera, llevadas a cabo sin las autorizaciones o licencias requeridas, o incumplir alguna de las prescripciones impuestas en las autorizaciones otorgadas cuando puedan ser objeto de legalización posterior" (art. 31.2 LC). Como *infracción grave* se recoge el mismo comportamiento cuando las obras no pueden ser objeto de legalización posterior (art. 31.3.a); "Deteriorar cualquier elemento de la carretera directamente relacionado con la ordenación, orientación y seguridad de la circulación o modificar intencionadamente sus características o situación" (art. 31.3.b); "Destruir, deteriorar, alterar o modificar cualquier obra o instalación de la carretera o de los elementos funcionales de la misma" (art. 31.3.c); "Colocar o verter objetos o materiales de cualquier naturaleza que afecten a la plataforma de la carretera" (art. 31.3.d). Como *infracciones muy graves* se prevén los siguientes comportamientos: "Sustraer, deteriorar o destruir cualquier elemento de la carretera directamente relacionado con la ordenación, orientación y seguridad de la circulación o modificar intencionadamente sus características o situación, cuando se impida que el elemento de que se trate siga prestando su función" (art. 31.4.b); "Destruir, deteriorar, alterar o modificar cualquier obra o instalación de la carretera o de los elementos funcionales de la misma cuando las actuaciones afecten a la calzada o a los arcones" (art. 31.4.c); "Establecer en la zona de afección instalaciones de cualquier naturaleza o realizar alguna actividad que resulten peligrosas, incómodas o insalubres para los usuarios de la carretera sin adoptar las medidas pertinentes para evitarlo" (art. 31.4.d). En todo caso, cuando tales hechos puedan ser constitutivos de delito o falta "el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo pasará el tanto de culpa a la autoridad judicial competente y se abstendrá de proseguir el procedimiento mientras ésta no se haya pronunciado" (art. 32.2. LC).
- (69) "Las obras que dificulten de cualquier modo la circulación vial deberán hallarse señalizadas, tanto de día como de noche y ballizadas luminosamente durante las horas nocturnas o cuando las condiciones meteorológicas o ambientales lo exijan a cargo del realizador de la obra, según la regulación básica establecida a estos fines por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes" (art. 140 RGCtr.). "Salvo justificación en contrario, en cualquier tipo de obras y actividades en las vías deberán utilizarse exclusivamente los elementos y dispositivos de señalización, balizamiento y defensa incluidos en las regulaciones básicas establecidas a estos fines por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, según se indica en el anexo al presente Reglamento" (art. 141 RGCtr.).
- (70) *Vid.* Orden de 14 de marzo de 1960, sobre normas para la señalización de obras en las carreteras y Orden de 6 de junio de 1973, sobre carteles en las obras de carreteras, ambas del Ministerio de Obras Públicas, además de las competencias atribuidas en materia de carreteras a las Comunidades Autónomas.

LA PRETERINTENCIONALIDAD

JUAN ANTONIO MARTOS NÚÑEZ

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Sevilla

A terminología usada para designar la preterintencionalidad, revela las vacilaciones doctrinales. Así, Feuerbach utilizó la fórmula de "culpa determinada, por el dolo" (*durch dolus bestimmte culpa*); la fórmula tradicional, en cambio, responde al título de "delitos calificados por el resultado" (*erfolgsqualifizierte Delikte*). Carrara, inspirándose en Feuerbach adoptó la denominación de *colpa informata a dolo*. Por su parte, Pessina habla de *colpa mista a dolo*. Posteriormente, se utilizan las locuciones de "dolo preterintencional", "delito preterintencional" y "preterintención", dotadas, todas ellas, de contenido y significación jurídico-penal propias.

La historia de la preterintencionalidad es antigua; si partimos del *versari in re illicita* ya en el siglo XVI comienza a espiritualizarse en el texto en que se contiene, gracias a los intérpretes; por consiguiente su historia es, como subraya Jiménez de Asúa (1), "más jurídico-dogmática que legiferada. La verdadera historia legal de la preterintención es casi de nuestros días".

En efecto, el Derecho penal primitivo vinculó la responsabilidad, no a una culpa anterior, sino a la pura causalidad material; imperó, pues, el principio de la "responsabilidad por el resultado" (*Erfolghaftung*), atemperada, únicamente, por la imputabilidad y, más tarde, por la culpabilidad.

En el Derecho Romano, el concepto de delito precisa la existencia de una voluntad contraria a la ley en la persona capaz de obrar. Este principio fundamental del Derecho Penal evolucionado, fue sobre la situación anímica que lo producía. Así, la muerte causada a un hombre genera una deuda que

debe ser reparada, independientemente de la intención del autor, en orden a la producción del resultado letal. Esta concepción, aunque no había desaparecido completamente del Código de las Doce Tablas, estaba, sin embargo, en decadencia.

Con respecto a las lesiones corporales y al daño causado en las cosas, no existiendo culpabilidad, según Mommsen (2), no había tampoco responsabilidad. *Mutatis mutandi* cabe afirmar en relación con el homicidio, puesto que, el referido código disponía, contra lo ordenado en las prescripciones antiguas, que cuando el hecho se hubiese realizado sin intención, tuviese lugar la expiación religiosa, pero que no se impusiese pena alguna. De ahí que las posteriores leyes penales se basaran, exclusivamente, en la voluntad antijurídica del agente.

Por otra parte, el concepto de lesión corporal causada a un hombre libre, de un lado, se hizo extensivo a toda lesión personal, y de otro, se limitó a las lesiones intencionales exclusivamente, con lo que se formó con este delito una figura especial e independiente, que fue, según Mommsen (3), la *iniuria*; mientras que, por otra parte, con las lesiones corporales no intencionales y con los daños causados en las cosas, bien fueran causados con intención o sin ella, se formó una segunda figura de delito, el *dammum iniuria*. El fundamento ético bastante para la configuración de este delito, o sea, la culpa de naturaleza criminal que sustituía a la intención, se denomina "culpa aquiliana", para distinguirla de la "culpa contractual", esto es, la responsabilidad nacida de la celebración de los contratos (4).

Por consiguiente, el Derecho Romano superó el principio de la ciega responsabilidad por el resultado hasta llegar a considerar el *dolus*, es decir, "la voluntad de ofender, intencionalmente, la ley moral y la ley del Estado", como un elemento esencial para la infracción delictiva. En cambio, el objetivismo germánico hizo que su Derecho permaneciera anclado en la responsabilidad por el caso fortuito. De ahí que, al entrecruzarse ambas tendencias se produjeran, como observa Díaz Palos (5) figuras híbridas, algunas de las cuales, permanecen más o menos larvadas, como son, el *versari in re illicita* y el *dolus indirectus* del Derecho común.

El aforismo *versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto* significa que "quien se dispone a obrar en cosa no permitida o ilícita debe responder de todas las consecuencias, aun de las puramente

fortuitas". Por eso se formula de la forma siguiente: *Qui versatus est in re illicita tenetur etiam pro casu*.

El origen de esta concepción se sitúa en el Derecho Canónico que contrapuso *dolus* y *casus*, comprendiendo en el fortuito supuestos palmariamente culposos, debido a que en esta etapa jurídica, la culpa carecía de tradición jurídica como categoría general. Ciertamente, otros supuestos, aunque no eran siquiera culposos, se imputaban por las "Decretores" como *homicidium casuale* por actuar el agente en cosa ilícita. Estos casos, según Díaz Palos (6), operaron la traslación al Derecho de los prácticos en conjunción con la idea del *dolus indirectus*, terminándose la consumación del proceso objetivador; el carácter ilícito de la acción unido a la probabilidad de la misma en la causación del resultado, independientemente, de la previsión efectiva del sujeto, cuestionaron el carácter subjetivo del dolo, que, posteriormente, se reivindicó.

Las opiniones de los glosadores, los prácticos y los antiguos canonistas y juriconsultos, pueden repartirse, según Jiménez de Asúa (7), en estos cuatro grupos:

- a) Los que imputan, sin más exigencia, el resultado no querido.
- b) Los que dentro de esa posición rigurosa buscan el elemento subjetivo en el cuasi-dolo, en el dolo en general e incluso en el *dolus indirectus*.
- c) Los que no cargan en la cuenta del agente el resultado más grave que no quiso.
- d) Los que subordinan esta atribución a la previsibilidad.

Finalmente, en el Código Penal español, a partir del de 1848, figura como "circunstancia atenuante", la que hoy designamos con el *nomen iuris* de "preterintencionalidad", la cual conserva su significado (8), en el Código Penal vigente:

Art. 9º. "Son circunstancias atenuantes..."

- 4ª. "La de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo."

El reconocimiento pleno de la preterintencionalidad en la atenuante cuarta de nuestro Código es otro de los hallazgos característicos del Derecho penal español positivo, según Quintano (9). Cuando apareció por

vez primera, en el de 1848, carecía en absoluto de precedentes y concordancias, que aun hoy día, fuera de ciertos países hispano-americanos, son bien raras de hallar, pese a su indudable pertinencia y utilidad, reconocidas por los científicos de todas las escuelas. Antes, el Código de 1822, como el de Napoleón, no conocieron más que una atenuación específica en el homicidio (artículo 626), pero a base siempre de un inevitable y pernicioso confusiónismo con la imprudencia.

CONCEPTO Y ELEMENTOS DE LA PRETERINTENCIONALIDAD

Hay preterintencionalidad cuando "la intención del sujeto es superada, manifiestamente, por el resultado producido y, en principio, no querido". Entraña, como subraya Rodríguez Mourullo (10), un plus *effectum* que va más allá (*praeter*) de la intención. Por tanto, el delito es preterintencional cuando, según Antón Oneca (11), "de la acción u omisión deriva un resultado más grave que el querido por el sujeto".

El término "preterintencional" denuncia, en opinión de Jiménez de Asúa (12), la índole más subjetiva en su estructura, que el usado en Alemania —"delitos calificados por el resultado"—, puesto que más allá de la intención "no sólo está la responsabilidad objetiva, sino también, y antes, la culpa. Para el citado autor es posible definir la preterintención como "una alianza de dolo y culpa", en que el autor del acto doloso origina una consecuencia más grave que el agente pudo, al menos, prever".

Por consiguiente, existe preterintencionalidad cuando el sujeto, mediante una acción intencional quiere producir un resultado y produce otro, de mayor gravedad, que el pretendido pero que, como apunta Sainz Cantero (13), se encuentra en su misma línea de ataque. *V. gr.*, se quiere lesionar a la víctima y, como consecuencia de la agresión inicial dolosa, se le ocasiona la muerte.

La preterintencionalidad integra, pues, un supuesto especial de desproporción entre el resultado producido en la realidad y el perseguido por el sujeto. A juicio de Puig Peña (14), el delito preterintencional es aquel que "tiene lugar cuando se produce en la realidad un efecto no deseado y superior al querido por el propio sujeto". Desde un punto de vista etimológico, preterintencionalidad significa "más allá de la intención". Efectiva-

mente, el sujeto quiere realizar un hecho delictivo; sin embargo, la dinámica criminal supera los límites propuestos por el agente, de tal modo que, asumiendo la producción de un resultado determinado, en realidad, se produce un evento, lesivo o dañoso, más grave, en absoluto propuesto. Por ello, la preterintencionalidad supone siempre, como afirma Alonso Álamo (15), "una intención o dolo, un lado subjetivo, y, en conexión causal con la conducta inicial del agente, la producción de un resultado más grave que el pretendido".

La preterintencionalidad se da, pues, cuando según Mir Puig (16), el autor "quiere realizar un hecho de distinta significación penal al que resulta". Por consiguiente, el delito preterintencional regula aquellos casos en los que el sujeto se ha propuesto la comisión de una infracción penal, *v. gr.*, la causación de unas determinadas lesiones, y el resultado ha excedido, ampliamente, al que se proponía causar, por falta de pericia en la ejecución. Se excluyen, por definición, aquellos supuestos en los que, como acontece con el dolo de impetu, el sujeto asume *ab initio* los resultados de su acción, sean cuales fuera éstos. En suma, la preterintencionalidad imputa dolosamente resultados producidos culposamente, ya que el agente no quería causarlos. En compensación a este endurecimiento, según Rodríguez Devesa (17), "la ley concede el beneficio de una atenuante". En general, puede afirmarse que la preterintencionalidad consiste, a juicio de Cobo del Rosal y Vives Antón (18), "en producir un resultado típicamente antijurídico que traspasa lo intencionalmente emprendido". Concurren, pues, dos resultados penalmente relevantes: uno, el que dolosamente perseguía el sujeto; y otro, más grave, el realmente producido sin intención de causararlo. Así, pues, a diferencia de lo que sucede con las formas imperfectas de ejecución del delito, en las que la intención del sujeto excede de la realización delictiva material, que se queda más corta, en el delito preterintencional ocurre, precisamente lo contrario, como apunta Arroyo de las Heras (19): "es el elemento subjetivo el que resulta rebasado por la objetiva lesión jurídica".

Conforme a la doctrina dominante (20), los elementos constitutivos de la preterintencionalidad son los siguientes:

1. "Homogeneidad de bienes".
2. "Actuación inicial dolosa y resultado cuya gravedad excede de la intención".

3. "Relación de causalidad entre la conducta inicial dolosa y el resultado preterintencional".

Analicemos, separadamente, cada uno de los elementos.

En primer lugar, la preterintención implica que el bien jurídico que se pretendía lesionar y el que realmente se lesionó sean de la misma especie o, por lo menos, pertenezcan al mismo órgano. En este sentido, Altavilla (21) observa una diferencia importante entre "delitos más allá de la intención", que se exceden de la meta propuesta y "delitos fuera de la intención", caracterizados por una desviación del evento dañoso en relación con la finalidad perseguida. Por consiguiente, el delito preterintencional aflora al mundo jurídico-penal cuando, a juicio de Rodríguez Mourullo (22), el resultado más grave no es sino un "desarrollo" no querido pero de la misma índole que el querido. El delito fuera de la intención surge cuando el resultado más grave no querido no es de la misma naturaleza del querido (23). Por tanto, se puede hablar de preterintencionalidad cuando de las lesiones deriva la muerte, pero no cuando, *v. gr.*, con la intención de causar daños se dispara sobre un animal y se hiere a una persona.

Pero es que, además, los casos de desviación se caracterizan, según Alonso Alamo (24), por la "absoluta disparidad" de bienes jurídicos afectados. En la preterintencionalidad heterogénea se da, también, disparidad de bienes jurídicos pero, a diferencia de lo que acontece en la desviación, el bien jurídico lesionado se halla en la misma línea de ataque. Por tanto, lo característico de la desviación radica en la disparidad de bienes jurídicos afectados, en la ausencia durante todo el decurso, de una intención agresiva básica. La acción, dolosa desde el punto de vista del delito pretendido, por ejemplo la resistencia a la autoridad, prevista y penada en el artículo 237, causa, además del resultado propio de la resistencia, un resultado que "se aparta", "se desvía" o "desvincula" esencialmente de aquél.

En segundo lugar, la preterintencionalidad se estructura en base a la actuación inicial dolosa y un resultado cuya gravedad excede de la intención. Así, la preterintencionalidad presupone la existencia de una "intención inicial" que, sin embargo, no cubre el resultado efectivamente producido, aunque sí está en su misma línea de ataque. Para probar los límites de la referida intención inicial, el Tri-

bunal Supremo se apoya, generalmente, en un sistema de presunciones que, en la práctica, obliga a un entendimiento objetivo de la circunstancia de preterintencionalidad que, únicamente, se aplica cuando existe una "notoria desproporción", un "desacuerdo o falta de armonía" entre el medio empleado y el resultado producido. En consecuencia, se excluye la aplicación de la atenuante cuando, desde un punto de vista objetivo, el acto ejecutado era idóneo para causar el resultado o se puede demostrar entre ambos que existe una lógica proporcional. De ahí que, dicha atenuante no se aprecie cuando el resultado más grave es consecuencia "natural y previsible" de la acción realizada por el agente, porque se presume que cuando el mal está relacionado con el medio empleado para causarlo, ese resultado fue, ciertamente, previsto y querido por el culpable.

La citada doctrina jurisprudencial que excluye la preterintencionalidad cuando el medio empleado es objetivamente idóneo o adecuado para causar el resultado efectivamente producido, se basa en la presunción *causa causae est causa causati*: "el que es causa de la causa, es causa del mal causado", salvo, afirma Rodríguez Devesa (25), que el resultado fuera debido a un "accidente extraño" a la actividad del sujeto (26)". Por consiguiente, conforme a esta doctrina jurisprudencial, el agente debe responder dolosamente, sin que pueda beneficiarse de la aplicación de la atenuante de preterintencionalidad, de todas las "consecuencias naturales" de su inicial comportamiento intencionado. De esta suerte, la doctrina del *versari* alcanza, como subraya Rodríguez Mourullo (27), su pleno reconocimiento sin que sea limitada, siquiera, por la atenuante de preterintencionalidad.

Sin embargo, como la preterintencionalidad, en efecto, no supone una desproporción entre el medio y el resultado, sino más bien entre la intención y el resultado, deberá apreciarse, según el referido penalista, siempre que conste que el autor no tuvo intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo, aunque éste aparezca, desde el punto de vista objetivo, como "consecuencia natural" del acto ejecutado y fuese, por otra parte, previsible para el sujeto (28).

Por otra parte, el Tribunal Supremo configura el resultado preterintencional como un daño material, de tal forma que, la desproporción entre lo pretendido y lo causado ha de referirse al daño material; en absoluto a la

significación antijurídica del hecho en sí mismo considerado. En consecuencia, se excluyen de la aplicación de la atenuante de preterintencionalidad aquellos supuestos en los que se acredite una discrepancia entre la intención y el mal causado, siempre que éste no implique un daño material a personas o cosas, sino únicamente una lesión ideal de un determinado bien jurídico o una hipotética producción de un evento peligroso (29).

Por consiguiente, sin la conducta intencional ni el resultado material, la preterintencionalidad no es apreciable. El "hecho" (el supuesto), opina Sainz Cantero (30), será preterintencional tanto cuando el resultado más grave que se ha producido era previsible (culposo) como si no lo era (fortuito). En la vertiente fáctica, ambos resultados pueden calificarse de preterintencionales. La preterintencionalidad supone siempre, por tanto, una intención o dolo, un aspecto subjetivo, y, en conexión causal con el comportamiento inicial del sujeto, la producción de un resultado material más grave que el pretendido.

En efecto, entre la conducta inicial intencional y el mayor resultado producido debe mediar una relación de causalidad. Sin este nexo causal, no será objetivamente imputable al sujeto el resultado producido; y, por consiguiente, no estaremos ante un supuesto de preterintencionalidad. Sin embargo, únicamente una doctrina limitadora de la causalidad puede reducir los efectos indeseables del *versari*, ya que, sólo desde el momento en que, a tenor de ella, el mal de mayor gravedad no se estime causalmente unido a la inicial conducta dolosa del sujeto, la responsabilidad de éste no podrá extenderse a ese mal más grave. En este sentido, la STS de 8 de julio de 1933 limitó la responsabilidad del procesado, inicialmente condenado por la Audiencia como autor de un delito de asesinato con la concurrencia, entre otras, de la circunstancia de preterintencionalidad, a "la responsabilidad por el sujeto que, naturalmente y en condiciones normales produjo, como efecto directo e inmediato de su actuación dolosa"; es decir, como autor de un delito de lesiones graves (31).

Por consiguiente, si bien es cierto que, según el Tribunal Supremo, al agente que realiza un hecho punible le son imputables, a los efectos de la responsabilidad criminal, las consecuencias que del mismo se derivan, sin embargo, cuando las circunstancias en que éstas se producen revelan de modo inequívoco que han obedecido a situaciones

no solamente no previsibles por él, sino, además extrañas totalmente a sus propósitos, y debidas a particularidades especiales del perjudicado, es procedente en tal caso, desligar al culpable en el proceso criminal de su acción, de cuanto es resultado mediato o remoto de ésta.

Por tanto, la atribución del resultado producido al autor de la conducta que lo ha causado, debe formularse en base a criterios jurídicos, ya que la práctica jurisprudencial fundamentada en la teoría de la "causalidad natural" confunde, a juicio de Muñoz Conde (32), el plano causal ontológico y el plano causal jurídicamente relevante.

En el ámbito jurídico únicamente puede ser importante este último; en consecuencia, sólo con criterios jurídicos como la previsibilidad objetiva, la diligencia debida, el incremento del riesgo y el fin de protección de la norma, se puede determinar con seguridad, afirma el citado autor, el ámbito de lo jurídicamente relevante, para luego proceder a comprobar si se dan los demás elementos de la teoría general del delito que fundamentan la responsabilidad penal.

Pero es que además conviene señalar que el problema causal, ciertamente, fue importante en otras épocas porque, por imperativo del *versari in re illicita* y de la responsabilidad por el resultado, bastaba la causalidad de un resultado para que, sobre todo si éste derivaba de la comisión de un hecho ilícito, se le imputara al causante sin más exigencias ulteriores. Actualmente, según Muñoz Conde (33), el problema se traslada al tipo de injusto del delito imprudente, pues ya en el ámbito de la tipicidad (es decir, de lo revelante penalmente), por imperativo de lo que disponen los artículos 1 y 6 bis b) del Código Penal y del llamado principio de culpabilidad, sólo aquellos resultados delictivos que, al menos sean atribuibles a culpa o imprudencia de su causante pueden generar responsabilidad penal. Los casos más conflictivos de "imputación objetiva" de un resultado deben, por consiguiente, tratarse como problemas de esta forma de imputación típica: la imprudencia. Si ni siquiera se da este estadio mínimo habrá "caso fortuito" y el resultado no podrá ser imputado penalmente.

Esta solución, técnicamente correcta, plantea, sin embargo, el problema de la configuración de la preterintencionalidad como un evento imprudente o fortuito. A mi juicio, en principio, debe sostener la imputación objetiva del delito imprudente respecto de la

preterintencionalidad, en la medida relativa al ulterior resultado más grave no querido por el sujeto. Por el contrario, es preciso rechazar la configuración de la preterintencionalidad como un supuesto de caso fortuito, ya que éste exige que "el hecho se cause por mero accidente sin dolo ni culpa del sujeto", elementos constitutivos ambos, bien, de la actuación inicial (siempre dolosa) o del resultado preterintencional (como mínimo culposos).

Consecuentemente, en los delitos con resultado lesivo la tipicidad se establece en la normativa penal, estimando la concurrencia de una objetiva adecuación entre la intención o voluntad dolosa injusta del delincuente, y la mutación del mundo exterior conseguida, unidas en adecuada relación de causalidad material, para sobre esta normalidad y correlación decretar la sanción reprobadora de la conducta humana ilícita. Pero si se produce una clara desproporción entre el ánimo dirigido a conculcar el tipo, realizando la infracción criminal deseada, y el evento alcanzado, por ser éste de mayor entidad a la querida y prevista, dándose una ausencia de coincidencia, por defecto o imperfección en el juego normal de la causalidad, al existir una menor intención moral y peligrosidad y un *plus in effectum* o *ultra propositum*, que opera como un exceso del logro realizado, es indispensable en buena dogmática criminal, según proclama la STS de 24 de marzo de 1970, que se atenúe la plena responsabilidad, por la presencia de una inferior voluntad moral, que es lo que justamente ampara y tutela el artículo 9.º, número 4.º del Código Penal, con el establecimiento de la atenuante de preterintencionalidad, porque recoge la actuación desacompañada, generada, entre el deseo de delinquir circunscrito, y el superior mal causado, que no era deseado y previsto, en sus totales y desorbitadas consecuencias, anímicamente.

Esta desproporción debida a la irregularidad del mecanismo causal, requiere su indispensable conocimiento, a fin de determinar el menor grado de culpabilidad beneficiosa para lo que resulta necesario desentrañar la intención maliciosa y conocer su real dimensión, que aparece como imposible para la apreciación directa por estar guardada en el arcano o intimidad humana, al tratarse de un acto interno, del querer consciente, debiendo de utilizarse sustitivamente, un proceso lógico inductivo, que aprecie racionalmente esa intención, por sus efectos, puestos de manifiesto en los

actos ejecutados, usando una vía lateral, pero adecuada, que práctica y metódicamente conduzca a valorar, de un lado en abstracto el resultado, y su anormal causación no correspondiente con la acción u omisión empleada por el delincuente, y de otro, principalmente —subraya la referida sentencia—, la idoneidad o inidoneidad del medio usado, o lo que es igual, la proporción o desproporción notoria del mismo, en relación con el evento lesivo conseguido, y con los elementos más laterales, de forma de realización con la conducta delictiva, región corporal escogida, situación moral de las personas, vínculos entre ellas existentes, móviles del obrar, y demás circunstancias concurrentes, que pueden tener significación y eficacia para el juicio axiológico.

NATURALEZA JURÍDICA Y FUNDAMENTO DE LA PRETERINTENCIONALIDAD

Sobre la naturaleza jurídica y los fundamentos científicos de la preterintencionalidad no existe unanimidad, ni en la dogmática penal así como tampoco por vía de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Así, por ejemplo, Rodríguez Mourullo (34) afirma que no parece posible —aunque supondría ciertamente un mayor respeto por el principio de culpabilidad— concebir a la preterintencionalidad de nuestro Código como una composición mixta de dolo y culpa. Que la preterintención no suponga un "tercer" título de responsabilidad, al lado del dolo y de la culpa, y que, según se desprende de la atenuante cuarta, el sujeto deba responder a título de dolo del resultado preterintencional, muestra, según el citado autor, que estamos ante un precepto informado por el principio *versari in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*. Y, en consecuencia, según este principio el sujeto debe responder a título de dolo de los resultados incluso fortuitos que derivan de su conducta inicial ilícita (*tenetur etiam pro casu*).

De ahí que la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1967 proclame que la preterintencionalidad debe concebirse como una conjunción de "dolo y culpa" y de "dolo y caso", según que el exceso dañoso fuera o no racionalmente previsible". Esta declaración jurisprudencial, que supone una maniifiesta desviación del principio de culpabilidad, aconseja limitar el ámbito de aplicación

de la circunstancia cuarta del artículo 9. Para la estimación de dicha circunstancia es indiferente, a juicio de Rodríguez Mourullo (35) que el resultado preterintencional fuese o no previsible, ya que la preterintencionalidad no puede reducirse unilateralmente a mixta composición de dolo e imprudencia o bien de dolo y caso fortuito. En este sentido, el referido autor propone rechazar las declaraciones jurisprudenciales que configuran la preterintencionalidad en base a que el resultado excede "las consecuencias naturales y previsibles" o, bien, descartan la apreciación de dicha atenuante porque las consecuencias eran "totalmente previsibles", y el procesado las "debió y pudo prever".

No obstante, el hecho de que el resultado fuese previsible, lógicamente, no significa que el evento dañoso haya sido efectivamente previsto y, mucho menos, que haya sido "intencionalmente querido" y, por ende, que el sujeto no pueda beneficiarse de la atenuante de preterintencionalidad. En este sentido, el referido penalista, critica el procedimiento del Tribunal Supremo que, por vía de simplificación, identifica lo previsible con lo directamente querido.

Con anterioridad a la Reforma operada por la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, por no existir ninguna norma que lo impidiera, se daba el mismo tratamiento legal cuando el resultado preterintencional era previsible (culposo), como si no lo era (fortuito).

De esta suerte, la preterintencionalidad suponía una notoria desviación del principio de culpabilidad cuando el resultado más grave era fortuito: bastaba que la acción básica inicial que lo producía fuera dolosa. La citada Reforma, Urgente y Parcial del Código Penal, influyó decisivamente en este campo, ya que, después de consagrar el párrafo segundo del artículo 1, el principio de culpabilidad: "No hay pena sin dolo o culpa", se precisa que "cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiera causado, al menos, por culpa". En consecuencia, sostiene Sainz Cantero (36), cuando el resultado más grave sea fortuito, no entran siquiera en juego las reglas (legales o jurisprudenciales) aplicables a la preterintencionalidad, ya que el resultado no le puede ser subjetivamente imputado al autor de la conducta inicial básica. Por consiguiente, después de la Reforma de 1983 puede sostenerse correctamente —afirma el referido autor— (con anterioridad a ella no era correcto sostenerlo, por

entrar en el tratamiento legal los resultados fortuitos), que la preterintencionalidad es una forma mixta de dolo y culpa.

Para Jiménez de Asúa (37) la *praeter intentionem* es un caso mixto de dolo y culpa. Dolo en cuanto al hecho lesivo que se pretende realizar con intención (*minus delictum*) y culpa en orden al resultado más grave que se produce (*maius delictum*). Imputar éste por el mero resultado sería caer en las superadas fórmulas de la responsabilidad objetiva. Sin embargo, a pesar de la preterintencionalidad es un enlace o concurrencia de dolo y culpa, no es un concurso (ideal o real) de un delito doloso y otro culposo. Aparece como una "unidad" porque en la ley surge como delito compuesto: lesión querida + muerte previsible; violencia querida + aborto sabido o notorio, etc. Como todo delito compuesto aparece "como una unidad", sin que ello suponga que formen "una unidad" el dolo y la culpa, que es el elemento subjetivo de esas formas compuestas con que se ha definido la infracción. Por tanto, no se puede sostener la unidad del elemento interno, puesto que se trata de dolo y culpa, o dolo + culpa. En consecuencia, la preterintención, según el citado autor, no es una tercera forma o especie de la culpabilidad.

La naturaleza jurídica del delito preterintencional se expone, según Juan del Rosal (38) con arreglo a las reflexiones siguientes:

- a) El delito preterintencional como delito agravado por el resultado.
- b) El evento preterintencional como condición objetiva de punibilidad y de mayor punibilidad.
- c) El delito preterintencional como concurso formal de delitos, y
- d) El delito preterintencional como delito complejo o delito progresivo.

Cada una de éstas aprehende una perspectiva del delito preterintencional, sin que tampoco quepa desatender las restantes, ya que siempre es un ente extraño, y, en consecuencia, compuesto, contemplado desde la culpabilidad, puesto que se integra por dispares comportamientos culpables.

Conforme al artículo 1 del C.P., hay que aplicar a "toda" preterintencionalidad las reglas del concurso ideal, en opinión de Bustos Ramírez (39). El artículo 9.4.º es un "principio correctivo" dentro del injusto concebido subjetivamente (dolo o culpa), por eso atenúa; no al revés, esto es, no se puede

convertir en un principio restrictivo o limitador del injusto personal. El punto de partida es lo sustancial, el injusto doloso o culposo, lo accidental es la atenuación, que sirve para graduar correctivamente el injusto: no se puede convertir en lo principal.

La preterintencionalidad es, en opinión de Quintano Ripollés (40), una consecuencia del principio de causalidad lógica proclamado por el derogado párrafo tercero del artículo primero del Código Penal que decía así:

"El que cometiere voluntariamente un delito o falta incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal causado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar."

Técnicamente, la preterintención es, según el citado autor, una forma de culpabilidad intermedia y no poco ambigua entre el dolo y la culpa. Por otra parte, la relación causal que la preterintención ampara ha de ser efectiva y precisamente de naturaleza dolosa. El que el agente no haya querido causar un daño de tanta entidad como el ejecutado, no implica una modalidad de culpa, ni menos de *casus*, y ni aun siquiera de error, pues de existir éste sería cuantitativo y no cualitativo. La voluntad ha de ir encaminada directamente a producir un "mal intencionado", un delito con tipicidad propia y, efectivamente, lo produjo, aunque de mayor entidad. Quizá en este sentido la redacción legal no sea demasiado exacta, pecando de extrema amplitud, puesto que, llevada a su extremo gramatical, pudiera abarcar a las imprudencias. Mejor se diría, propone Quintano (41), "no haber tenido voluntad de causar un mal de tanta gravedad como el que intencionalmente produjo".

Para Gómez Benítez (42), la preterintencionalidad no es más que un supuesto de cualificación por el resultado más grave acaecido como consecuencia de un hecho inicial "intencional" (dolo directo). En consecuencia, estos casos deben estar sometidos también a la norma del artículo 1.º C.P. de que sólo se responderá por el resultado más grave si ha sido causado por imprudencia, quedando, pues, al margen los supuestos en que dicho resultado se haya debido a dolo eventual. Por consiguiente, la preterintencionalidad debe aplicarse en aquellos casos en que el acontecer real desborda el fin propuesto por el agente pero dentro de la misma línea de ataque al bien jurídico. Por ejemplo, el sujeto quiere causar lesiones leves y,

sin embargo, produce lesiones graves; o bien, quiere, únicamente lesionar y mata. Junto a la forma básica de culpabilidad, el dolo, surge la preterintencionalidad en su doble dirección (preterintencionalidad homogénea y heterogénea) como una manifestación del dolo indirecto, según afirma Torio López (43).

En el Derecho Penal vigente, según Cobo del Rosal y Vives Antón (44), no se concibe "la preterintencionalidad" como una "tercera forma", más o menos pura de la culpabilidad, junto al dolo y a la culpa, ni tampoco como una "forma mixta" compuesta de dolo y culpa, sino "simplemente como una circunstancia de atenuación" de la responsabilidad criminal. Ahora bien, su misma configuración como circunstancia atenuante implica que el mal más grave realizado, pero no deseado, va a ser castigado a título de dolo, a sabiendas de que no se ha producido dolosamente (si bien la responsabilidad derivada del inexistente dolo se verá atenuada por la circunstancia 4.ª del artículo 9). Su existencia, pues, sólo tiene sentido partiendo de la vigencia del *versari*, es decir, afirman los mencionados autores, de que quien lleva a cabo una conducta ilícita responde criminalmente de todos los resultados que de ella se deriven, como si hubiesen sido realizados dolosamente (*preasumptio doli*).

Recientemente, gran parte de la doctrina e incluso algunos de los más modernos Códigos consideran la preterintencionalidad, según Arroyo de las Heras (45), como una "variante del error" e incluso como un verdadero "error de hecho". En el Derecho Penal italiano, la preterintencionalidad se configura como una de las formas de la culpabilidad; al lado del dolo y la culpa, se incluye como una tercera especie de culpabilidad la preterintención, dada la existencia del delito de *Omicidio preterintenzionale* (artículo 584 del C.P. italiano). En cambio, nuestro Código no conoce esta forma de culpabilidad intermedia entre el dolo y la culpa, haciendo de la preterintencionalidad, subraya Rodríguez Devesa (46), tan sólo una causa de atenuación. Ha de tratarse de delitos en que, sin variar el *nomen iuris*, varía la pena según la mayor o menor gravedad del resultado, como ocurre con el de lesiones. Por tanto, estamos ante una regulación específica de un supuesto de "error que la ley reputa no esencial" en un delito doloso, afirma el mencionado autor. Así pues, ha de tratarse de casos en los que el sujeto se ha propuesto la comisión de un delito, *v.gr.*, la causación de

unas determinadas lesiones, y el resultado ha excedido al que se proponía causar por inhabilidad en la ejecución.

Modernamente, la preterintencionalidad se considera como un vestigio de la responsabilidad objetiva que, según Cuello Calón (47) debiera ser eliminado y sustituido por el de responsabilidad basada sobre la culpabilidad. La preterintencionalidad exige que el resultado más grave no querido sea previsible. Si dicho resultado es previsto y aceptado por el agente, el hecho constituye el delito integrado por el resultado más grave imputable a dolo eventual. Si las consecuencias del resultado querido son imprevisibles, de modo que su producción se deba a caso fortuito, el hecho queda fuera de la hipótesis del concurso de dolo y culpa; concurren dolo y caso fortuito, por lo que debe castigarse solamente el delito originario.

En suma, la "teoría subjetiva de la preterintencionalidad" afirma que sólo pueden imputarse las consecuencias de la conducta dolosa cuando han sido previsibles; por el contrario, la "teoría objetiva de la preterintencionalidad", o del *versari in re illicita* declara la responsabilidad por todas las consecuencias del acto ilícito aunque sean fortuitas (*qui in re illicita versatur tenetur estiam pro casu*).

La opinión actualmente dominante la sintetiza Antón Oneca (48) de la forma siguiente:

- a) Sólo se imputan los resultados preterintencionales en figuras de delito especialmente previstas en la Ley como tales (los llamados delitos calificados por el resultado), en que se atribuye al autor de una acción las consecuencias que resulten de su conducta. Ejemplos: lesiones de las que se deriva homicidio; aborto que causa la muerte de la mujer, etc. Incluso en el Código italiano, donde, en base al elemento psicológico se clasifican los delitos en dolosos, preterintencionales y culposos, se considera que la preterintencionalidad, como forma general de la culpabilidad, sólo es aplicable a dichos casos.
- b) La Dogmática penal alemana estima que estos delitos calificados por el resultado significan casos de responsabilidad objetiva, en que no es precisa la culpabilidad respecto al resultado más grave. Ello, sin perjuicio de que los autores alemanes consideren tales

delitos "baldón ignominioso de la época", "vestigio de incultura", "intolerable ruptura con el principio de culpabilidad".

Ciertamente, es contradictorio el vigor de estas imprecaciones y la resignación con que se admiten dichos delitos en el terreno de la interpretación, fundamentándolos en razones históricas, a pesar de la contradicción con el párrafo 16 del Código Penal alemán, de donde se obtiene, un concepto de dolo incompatible con los delitos calificados por el resultado.

Carrara (49), por su parte, sostuvo que la preterintencionalidad, siendo forma mixta de dolo y culpa, exige la previsibilidad del resultado más grave. Finzi (50) afirma que en el delito preterintencional el resultado no querido es siempre culposo porque deriva de la inobservancia de un precepto penal.

- c) La denominación dolo indirecto para designar la preterintencionalidad ha sido abandonada. No es doloso el resultado no querido. La doctrina alemana emplea el nombre de dolo indirecto como equivalente a dolo eventual que, según Antón Oneca, es un concepto distinto, pues, a tenor de las teorías del consentimiento, el resultado ha de ser aceptado por el agente y, conforme a otras doctrinas, ha de ser previsto y probable.

Ciertamente, la teoría del *dolus indirectus* constituyó un considerable progreso frente al *versari*, porque limitó la imputación a título de dolo, únicamente a aquellas consecuencias que se derivaban *per se et non per accidens* de la acción del sujeto. Sin embargo, el núcleo central del "dolo indirecto" está en pugna con las concepciones dominantes sobre la culpabilidad, puesto que para imputar las consecuencias de la acción se consideran exclusivamente criterios objetivos, la tendencia de los actos realizados, y no, como apunta Rodríguez Devesa (51), "lo que sabía y quería el sujeto que los realizó".

Para la distinción de los diferentes grados de culpabilidad hay que tener presente que la misma está constituida por la actividad psíquica del agente, en conexión con el resultado y la valoración jurídica del mismo, por lo que en esta intercomunicación hay que encontrar la presencia de los condicionamientos que determinarán la forma dolosa,

culposa o intermedia del denominado delito preterintencional, que, según la STS de 18 de marzo de 1982, surge cuando en la dinámica delictiva se origina un resultado más grave que el querido o aceptado por el sujeto de la infracción; y se distingue del grado doloso en que, a pesar de que en ambos la actividad motriz del resultado va encaminada a la lesión del bien jurídicamente protegido, el resultado lesivo en el doloso se quiere y se acepta, y en el preterintencional, no se quiere ni se acepta, pero es previsible y evitable; y se diferencia del culposo en que, si bien es cierto que tanto en uno como en otro el resultado es previsible, en el culposo se da una desconexión anímica en la causa del resultado por una notoria y evidente desproporción entre la dinámica de la conducta y su efecto, mientras que en la preterintencional esa desconexión en la producción del daño, aunque también existe no lo es con tanta intensidad, quedando en cada caso sometida la distinción entre uno y otro (el culposo y el preterintencional) a un juicio valorativo sobre la actitud antijurídica de la voluntad, pues según el sentir de la mayoría de la doctrina en esta actitud es donde radica el criterio diferenciador de los diferentes grados de culpabilidad.

La preterintencionalidad no es una especie o grado de culpabilidad, a modo de *tercio genus* de la misma, sino una alianza o enlace del dolo de la conducta inicial y de la culpa en el resultado finalmente causado, ha proclamado la STS de 22 de marzo de 1988. Esta exigencia de culpa en el último trazo de la actuación del agente, emancipa al delito preterintencional de toda calificación por el resultado o de otra suerte de responsabilidad objetiva, por lo que la estructura del delito preterintencional se integra: a) por un hecho-base doloso; b) por un hecho-consecuencia no querido pero previsible (culpa inconsciente) o prevista pero no aceptada (culpa consciente); y c) un nexo causal entre aquel primer hecho y el segundo. Si el hecho-consecuencia ha sido directamente querido por el sujeto o al agente, se le ha presentado la posibilidad del resultado y lo ha aceptado de algún modo —dolo eventual—, la figura preterintencional se desvanece y surge con contornos definidos del delito doloso (52).

Por lo que respecta al "*fundamento del delito preterintencional*" conviene destacar el hecho de que, a pesar de la supremacía del principio subjetivista en el moderno Derecho Penal, se admite, tanto por la Doctrina

científica como en las legislaciones, que la preterintencionalidad constituye una excepción a dicho principio.

Los fundamentos técnico-jurídicos que justifican la imputación a una persona de las consecuencias dañosas que exceden de su voluntad, son los siguientes:

En primer lugar, la "*teoría objetiva*" sostiene, en base al *versari in re illicita*, que deben ponerse a cargo del autor de un hecho ilícito, y por la simple circunstancia de haberlo realizado, todas las consecuencias que se derivan del mismo, aunque provengan incluso de accidentes fortuitos. Esta formulación del *versari* fue elevada por la doctrina del llamado "*dolo indirecto*" elaborado por Covarrubias (53), el cual sostuvo la tesis de que el que quiere un hecho del cual se sigue, como su propia e inmediata consecuencia, un determinado resultado, "*indirectamente*" quiere también este mismo resultado:

"Dejemos, ante todo, firmemente establecido que aquellos efectos que se siguen de un obrar, no pensados antes por el agente y que acontecen fuera de la intención, pero que se siguen *per se* y necesariamente de la acción, o que, por lo menos, se siguen generalmente y suelen resultar de tal proceder, se imputan al agente. También hay que advertir que aquello casual que proviene de algún obrar fuera de la intención del agente y por él no previsto, se dice voluntario *per accidens* o querido por el actor no *per se* y directamente. Añadamos que ese voluntario podrá ser más o menos indirecto y tener más o menos voluntad según que la obra misma, en sí considerada, sea más o menos apta u ordenada o peligrosa, para que se den aquellos resultados".

Esta doctrina constituye la base científica de los denominados, en la moderna técnica penal, "*delitos cualificados por el resultado*".

En segundo lugar, la "*teoría subjetiva*" fundamentadora del delito preterintencional estima que el dolo del autor abarca la situación de exceso en base al dolo eventual; sin embargo, el resultado no querido, ni jamás deseado, en absoluto puede reputarse doloso, ni siquiera a título de dolo eventual, salvo que, previsto que el autor haya sido plenamente aceptado por él, o que sea de tal naturaleza que deba producirse en el tiempo con manifiesta probabilidad. La doctrina

subjetiva atenuada formulada por Carrara, configura la preterintencionalidad como una situación mixta de dolo y culpa; dolo en cuanto al resultado previsto y culpa en cuanto al resultado no previsto, pero sí previsible.

Contra la referida teoría se ha afirmado que no es posible atribuir un solo hecho a dos causas psicológicas diversas, y que, en realidad, el dolo y la culpa son dos manifestaciones de la voluntad incompatibles entre sí. Sin embargo, Puig Peña (54) considera que es inexacto sostener que aquí se produzca un solo evento, porque en realidad hay dos. Así, en la hipótesis más común del delito preterintencional: las lesiones, simplemente queridas, seguidas de muerte, existe de una parte, el evento de lesión (atentado contra la integridad corporal), y de otra, el evento de muerte (destrucción de la vida humana). La circunstancia de que el segundo resultado presente una especie de progresión respecto del primero, no excluye que constituya un evento diverso.

Por otra parte, añade el referido autor, tampoco se puede decir que el dolo y la culpa sean dos manifestaciones de la voluntad incompatibles entre sí, por ello sería cierto si únicamente se tratara de un solo evento; pero, en cambio, en el delito preterintencional existen dos eventos, y es bien posible que el autor haya querido el uno o el otro, así como que en el segundo pueda haber actuado con un comportamiento imprudente o negligente. Por consiguiente, es necesario admitir, subraya Puig Peña, la posible coexistencia de las dos formas del elemento subjetivo del delito preterintencional.

Ahora bien, dentro de la teoría subjetiva podemos distinguir las direcciones científicas siguientes:

- a) Una primera doctrina sostiene que si bien en el resultado no querido debe establecerse una presunción a título de culpa, ésta es de tal categoría e intensidad que no autoriza al Juez para investigar sobre si ha existido o no la previsibilidad en el autor. En todo caso, hay que admitir una presunción de previsibilidad en contra del reo. Quien tiene sólo la intención de herir o de lesionar debe poner toda su atención cuando realiza el delito, para dirigir su actividad de tal modo que la misma no genere un efecto más grave que el querido, el cual, encontrándose siem-

pre en la misma línea de ataque es, generalmente, previsto y, sin duda, previsible. Ahora bien, tratándose de una imputación culposa, como consecuencia del resultado preterintencional se presume de forma absoluta.

- b) Una segunda corriente científica se sitúa en un plano más humano y comprensivo. En consecuencia, admiten una investigación sobre la previsibilidad del resultado preterintencional orientada a demostrar si las consecuencias excesivas debían o no seguirse, por vía de producción "normal", del primer acto pensado, querido y ejecutado. Sin embargo, una vez que se ha aceptado que tales consecuencias excesivas pueden producirse sin absoluta disonancia en el mundo de los acontecimientos, se declara la inculpación, y no se admite, por tanto, que el sujeto pretenda demostrar que "*en aquel caso particular no pudo prever*" los resultados excesivos.
- c) Finalmente, la "*teoría subjetiva plena de la preterintencionalidad*", exige "*en cada caso*" una investigación sobre la previsibilidad, de tal suerte que los resultados excepcionales sólo podrán imputarse, previa constatación de que el autor pudo prever el evento dañoso. Esta teoría es la dominante, tanto en la legislación como en la doctrina científica. Así, v. gr., el Código Penal suizo exige, en el aborto y en las lesiones con resultado de muerte, que el culpable "*haya podido prever ésta*", para que se impute el resultado producido pero no querido. Asimismo, Jiménez de Asua (55), opina que el fundamento de la preterintencionalidad se halla en la exigencia de que el resultado más grave que califica el tipo preterintencional, "*se haya podido por lo menos prever*".

A mi juicio, la naturaleza y el fundamento de la preterintencionalidad es compleja. En efecto, de una parte, se trata de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, que atenúa las consecuencias del resultado preterintencional, y, por ende, corrige el tipo subjetivo del injusto. Por otra parte, conviene reconocer que el *versari in re illicita* es, como subraya Cerezo Mir (56), incompatible con el principio de culpabilidad. El resultado no querido, no previsto y a

veces incluso no previsible es imputado al agente por el mero hecho de su vínculo causal con un acto ilícito y le es imputado a título de dolo. El principio del *versari* obliga, por tanto, a reconocer la responsabilidad dolosa donde no concurre ni siquiera culpa.

Cuando se alude a la preterintencionalidad, se expresa la existencia de dos resultados; uno, al que se dirigía la actividad del agente; y otro, más grave, que no se tuvo intención de causar, como expresamente indica el artículo 9, circunstancia cuarta. El primero, constitutivo del "*delito-base*", será, a juicio de Cobo (57), necesariamente doloso, y no habrá preterintencionalidad cuando aquél sea culposo, puesto que mal pueden denominarse "más allá de la intención" los casos en que ésta no existe. El problema, sin embargo, es por demás complicado cuando se trata de referir la culpabilidad al resultado más grave. A este respecto, Cobo (58) afirma lo siguiente:

- a) Por lo que se refiere a la atenuante de preterintencionalidad, solamente podrá aplicarse a aquellos delitos con "*resultado graduable*"; debiendo contraerse siempre al "*mismo*" delito.
- b) Una interpretación "*amplia*" de los derogados párrafo tercero del artículo 1 y del artículo 50 (regulaban los casos en que el delito ejecutado era distinto del que se había propuesto ejecutar el culpable), no es aconsejable, pues conduciría a resultados manifiestamente contrarios con el principio de culpabilidad.

Por lo que se refiere al apartado a) el principio de culpabilidad puede quedar salvado, planteando la cuestión, según el referido autor, de la forma siguiente:

- Negando la existencia de relación causal, por se objetivamente imprevisible.
- Afirmando la previsibilidad por parte del sujeto activo (culpa).
- Negando se diera la voluntariedad de las acciones y omisiones penadas por la ley, exigida por el derogado párrafo primero del artículo 1 del Código Penal, que no queda invalidado en estos casos (59).

El principio de culpabilidad en el apartado b), según Cobo, queda insatisfactoriamente

cumplimentado, ya que permite afirmar que el resultado muerte agrava las lesiones, sin necesidad de que sea comprendido por la culpabilidad del autor.

Por todo ello, considero que la preterintencionalidad es bastante más que una mera causa de atenuación, un principio correctivo del injusto, sino que, en realidad, constituye, básicamente, una "*forma especial de responsabilidad criminal, fundamentada en el dolo y la culpa*". Por consiguiente, dada la supresión del anterior párrafo tercero del artículo 1 y del artículo 50, la preterintencionalidad tiene que resolverse por una de estas dos posibilidades: castigo del delito-resultado con la atenuante de preterintencionalidad (artículo 9. 4.ª), o, en cambio, estimar la existencia de un concurso de delitos —intentado doloso en suma con el resultado culposo— en función de sus respectivas fases de ejecución. En base a la importancia dogmática y político-criminal del principio de culpabilidad, hay que inclinarse por la última solución, limitando la aplicación de la atenuante de preterintencionalidad a los casos en que el resultado y el delito base están en una relación de preterintencionalidad homogénea; mientras que los casos de preterintencionalidad heterogénea deben quedar sometidos a las reglas del concurso de delitos (60).

Tras la reforma legal de 1983, la atenuante de preterintencionalidad ha quedado ceñida a los excesos no buscados, aunque previsibles, de la acción antijurídica, siempre que se hallen en la misma línea del delito base que se pretendía ejecutar, no siendo extravasable ya a aquellos supuestos en que el hecho inicial y el final se encuentra, como acontece típicamente con las lesiones y el homicidio, en una relación de clara heterogeneidad y que se canaliza actualmente por el concurso ideal de delitos de lesiones dolosas consumadas y homicidio culposo, tal y como declaran, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1987 y 4 de julio de 1988.

ÁMBITO DE APLICACIÓN

La doctrina y la jurisprudencia dominantes niegan la aplicación de la preterintencionalidad cuando la relación con el resultado preterintencional fue de "*dolo eventual*". En efecto, el dolo eventual, según, entre otras, la STS de 24 de abril de 1984, es incompatible con la preterintencionalidad, debiéndose entender que concurre dicha figura, la

cual intermedia o pendula entre el dolo directo y la culpa consciente o con previsión, cuando el agente se representa el resultado no querido, no sólo como posible, sino como probable y, a pesar de ello, no vacila en proseguir el *iter* de su comportamiento jurídico —*teoría de la representación*—, o acepta un resultado no deseado, tolerando y admitiendo las consecuencias no queridas de sus actos —*teoría de la voluntad o de la aceptación del resultado*—, o finalmente, creyendo que, dicho resultado, no se produciría, habría procedido del mismo modo aunque hubiera tenido la seguridad de la producción del mismo, pues, en definitiva, le es indiferente —*teoría del sentimiento o de la indiferencia*.

Tras la reforma de 1983, habrá que seguir negándolo, en opinión de Gómez Benítez (61), pese a la posible interpretación favorable del artículo 1.º del C.P. señalada en relación a los delitos cualificados por el resultado. Ni qué decir tiene que tampoco podrá aplicarse si el resultado más grave ha sido fortuito. La doctrina de la preterintencionalidad se enlaza, según Quintano Ripolles (62), con la del dolo eventual. La preterintencionalidad radica en la aceptación y punición de la eventualidad de un acto inicialmente doloso y viene a ser un privilegio acordado al dolo eventual, como la premeditación es una agravante impuesta al "superdolo", que es, en definitiva, el delito premeditado. Entre uno y otro extremo, la penalidad tipo está concebida para sancionar el dolo medio o "simplex", el definido en cada modalidad tipificada, en lo que no se prueba ni la premeditación ni la preterintencionalidad, circunstancias antagónicas por su propia naturaleza, e incompatibles en absoluto.

Asimismo, Cobos del Rosal y Vives Antón (63) estiman que es incongruente apreciar la preterintencionalidad dentro del mismo tipo de delito refiriéndola a "*hipótesis de dolo eventual*". Y ello, en primer lugar, porque el dolo eventual se incardina en el seno de la intención, sin que pueda decirse que el resultado querido eventualmente se encuentra más allá de la intención. Y, en segundo lugar, porque el dolo eventual es dolo en tanto en cuanto conlleva la gravedad de la forma básica de culpabilidad: no es, pues, una forma atenuada del dolo a la que deba aplicarse una dulcificación de la pena. Por otra parte, conviene anotar que, ciertamente, la circunstancia de preterintencionalidad presupone que hay intención de causar un

mal, sólo que menos grave que el producido. Y eso no es, ni remotamente, dolo eventual.

La propia naturaleza de la preterintencionalidad y su exigencia de voluntariedad dolosa inicial, implica que no pueda apreciarse en los delitos formales, en los que la malicia previa no desempeña un papel estimable. Asimismo, es inconcebible en los delitos de naturaleza culposa, que son en sí mismos una como superación de la preterintencionalidad y en los que el nexo jurídico-causal quedó roto en beneficio de la causalidad material. Tampoco puede apreciarse la preterintencionalidad en los delitos cualificados por el resultado, en los que ya se valora la discrepancia entre éste y el propósito inicial. En este sentido, Rodríguez Mourullo (64) considera que es inadecuada su aplicación a las infracciones de estructura objetiva, como son, según la interpretación jurisprudencial, el robo con homicidio del número 1 del artículo 501 y el aborto con resultado de muerte o lesiones del último párrafo del artículo 411. Respecto de los delitos cualificados por el resultado, también se articula el principio de culpabilidad, según Suárez Montes (65), mediante la exigencia de que el resultado cualificante sea imputable al autor al menos a título de culpa, declarando así insuficiente la mera causación para que puedan ser imputadas las formas agravadas (párrafo 2.º del artículo 1).

Por consiguiente, en los delitos cualificados por el resultado como lo son los contemplados por los artículos 549, número 2 y 550 número uno, difícilmente se puede aplicar la circunstancia atenuante de preterintencionalidad, pues, como ha proclamado la STS de 15 de junio de 1981 (A. 2660), el dolo del agente debe abarcar que está incendiando un edificio en el que habitualmente se reúnen diversas personas, ignorando si había o no gente dentro, en cambio, totalmente indiferente que, el referido sujeto activo, haya o no previsto y querido el resultado concreto habido en su exacta y precisa dimensión.

El Tribunal Supremo ha declarado, entre otras, en la Sentencia de 21 de noviembre de 1968, que la atenuante de preterintencionalidad 4.ª del artículo 9.º del C.P. sólo es aplicable en aquellos delitos caracterizados por un daño material causado bien en la integridad física del ofendido o en su patrimonio, y cuyas consecuencias puedan alcanzar mayor o menor gravedad o cuantía independientemente de la voluntad de quie-

nes lo originen, rechazándose, de modo concreto, en los delitos contra el honor de las personas, estén o no constituidas en autoridad, toda vez que por la naturaleza misma del hecho éste viene a producir siempre y necesariamente el mal que constituye el delito de esta especie, actuaciones deliberadas que en el propósito del agente están contenidos todos los elementos necesarios a la responsabilidad y sus consecuencias tampoco afecta a la preterintencionalidad a aquellos delitos cuya esencia radica no en el daño material, sino en la pura infracción de deberes.

En general, los delitos de lesiones no son propicios ni idóneos a la aplicación de esta atenuante, pues exigiéndose en los mismos el dolo general de herir o maltratar, según la doctrina reiterada del Tribunal Supremo (66), debería concretarse, en cada caso, hasta donde se pretendió herir y donde hubo exceso en el resultado conseguido y solamente podría apreciarse la atenuante cuando *verbi gratia*, existe una absoluta inidoneidad del medio elegido para la agresión y el resultado obtenido. Sin embargo, a pesar de que la entidad del resultado es importante para la determinación de la pena, no puede sostenerse que las lesiones tengan la estructura objetiva característica de los delitos cualificados por el resultado, que impide plantearse siquiera la cuestión si el agente quería o no producirlo. La preterintencionalidad, según Rodríguez Devesa (77) encuentra aquí supuestos típicos de aplicación, puesto que el *nomen iuris* se mantiene invariable cualquiera que sea el resultado en el delito de lesiones y, por otra parte, hay casos en los que es indudable que, a pesar de no poder precisarse con absoluta determinación la intención del sujeto es evidente que éste no tenía intención de causar un mal de tanta gravedad como el producido.

Lo que no se puede admitir en ningún caso, subraya Muñoz Conde (68), es que el dolo se exija sólo respecto a la acción inicial de causar una lesión bastando para imputar el resultado la conexión causal entre éste y la acción, pues esto infringiría claramente el principio de culpabilidad o trataría por el mismo raso las distintas formas de imputación subjetiva. Si la pura responsabilidad objetiva viene vedada por los artículos 1 y 6 bis b) del Código Penal, también debe estar vedada por el mismo principio que inspira estos preceptos (el de culpabilidad), además de por la idea de proporcionalidad, la equiparación entre producción dolosa e im-

prudente de un resultado. La solución equitativa que luego se utiliza para atemperar la injusticia de esta equiparación, aplicando la "atenuante de preterintencionalidad" (artículo 9, 4ª), cuando el resultado es notablemente superior al pretendido, no hace más que, según el citado autor, complicar y confundir aún más la situación, pues difícilmente se puede rebajar la pena por no haber tenido el sujeto la intención de causar un mal tan grave, cuando antes se le ha imputado el mal como dolosamente producido.

La solución teóricamente correcta sería, en este caso, a juicio de Muñoz Conde, aplicar la técnica del concurso (ideal) entre la lesión dolosa inicial y la realmente producida por imprudencia. Cuando el resultado cualificante se produce como consecuencia del empleo de los medios previstos en el artículo 421, 1º y 3º, es más fácil imputarlo a título de dolo, funcionando los medios como agravantes de la cualificación (69). A mayor abundancia, en los tipos agravados de lesiones por la entidad del resultado, cuando éste no ha sido causado de propósito, el artículo 421, número 2.º emplea una fórmula basada en el artículo 420, "si como resultado"; se trata, por tanto, de una fórmula de indudables componentes objetivistas que, según Berdugo (70), pueden propiciar la idea de que estamos ante un delito cualificado por el resultado, con lo cual sería suficiente la culpa respecto al resultado cualificante para afirmar la realización del tipo subjetivo.

Por el contrario, ni los antecedentes —la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal— ni la búsqueda de una interpretación conforme a las exigencias del principio de culpabilidad y con el general de castigar de forma desigual aquello que es desigual, recomiendan, observa el citado autor, seguir esta vía.

Por otra parte, el artículo 344, incluido entre otros varios dentro de la Sección correspondiente a los delitos contra la salud pública en el C.P. vigente y catalogado como delito de peligro y de riesgo, abstracto y concreto, implica que los actos enumerados en dicho artículo se consuman simplemente con la creación del riesgo, y de ahí que una jurisprudencia ya reiterada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo haya venido entendiendo que la circunstancia de preterintencionalidad no puede ser apreciada en los delitos contra la salud pública (71). Ciertamente, rara y excepcionalmente puede ser apreciada la atenuante de preterintencionalidad 4.ª del artículo 9.1 del C.P., en los

delitos contra la propiedad, dado que, de ordinario, o, en la generalidad de los casos, la intención del agente cubre la totalidad del resultado y si hay disparidad entre lo obtenido y lo querido es a la inversa al verse defraudado el agente por no haber alcanzado todo el lucro que se proponía, pero igualmente no hay obstáculo alguno para que la atenuante pueda ser apreciada en relación a los delitos de la naturaleza de los anteriormente mencionados cuando en el resultado de hechos probados aparezca que concurren las circunstancias fácticas integradoras de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, a tenor de lo declarado, entre otras, en la STS de 28 de octubre de 1980 (A. 3888).

Por consiguiente, no hay razón teórica alguna para que se afirme, como suele hacerse, la imposibilidad de aplicar esta circunstancia de atenuación a delitos típicamente dolosos, como son los patrimoniales. En puridad de principios cabe en ellos, salvo a juicio de Quintano (72) en el de robo con homicidio, en el que la intención previa del *animus necandi* no es exigible. Y cabe, porque es factible una posible inidoneidad de medios y una discrepancia cuantitativa entre la voluntad y el resultado. Si una persona se propone hurtar o robar a otra precisamente una suma determinada, de mil pesetas, y constándole que la víctima las tiene justamente en una cartera que le sustrae, si por azar ésta contenía en aquel momento diez mil pesetas, no se comprende por qué motivo el ladrón no ha de beneficiarse de la atenuación de una preterintencionalidad innegable. Sin embargo, justo es reconocer, como observa el mencionado autor, que la prueba de una tal limitación de la voluntad primitiva sería difícilísima de aducir, no habiendo quizá otra convincente que la posterior devolución del resto, antes de la incoación del procedimiento correspondiente.

En este sentido, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 27 de diciembre de 1962 apreció la atenuante de preterintencionalidad en el delito de hurto. A propósito de la citada resolución judicial de nuestro más alto Tribunal, Cobo (73) señala que el ánimo de lucro, como "momento psicológico", se dará inexorablemente, por expreso imperativo del artículo 514, y también se ha de afirmar aceptando la preterintencionalidad. Sin embargo, ésta supone que no se haya tenido intención de hurtar tanto como se hurtó, y que aquélla es graduable, pero partiendo de la existencia de un específico *animus*

inexcusable en el delito de hurto. Comprobado, por tanto, aquél y la sustracción de la cosa, el Tribunal Supremo atiende al artículo 515 en orden a la penalidad con el criterio del valor del objeto material.

Ahora bien, si se prueba que el dolo no ha comprendido todo lo tomado o su valor, por la razón que fuese, con fundamento en los datos que la instrucción ofrezca, reducirá la pena estimando la existencia de la atenuante 4.^a del artículo 9. Ésta, por consiguiente, funciona como un correctivo de la pena, fundado en el principio de culpabilidad y sin que existan las contradicciones existentes en la figura del homicidio preterintencional: el hecho se inscribe en el hurto, por supuesto doloso (porque se ha tenido intención de hurtar; cosa que no sucedía en el homicidio preterintencional, porque no se tenía intención de matar), y, posteriormente, se acepta la atenuante de no haber tenido intención de hurtar tanto como se hizo (corrigiendo el esquema objetivo del artículo 515, que se presta a ello por ser graduable, lo que no sucedía, tampoco, con el homicidio).

Consecuentemente, la aceptación de la preterintencionalidad en el delito de hurto, supone una salida fundada, en el dogma de la culpabilidad al dilema, según Cobo, objetivo-subjetivo que en diferentes momentos se plantea en el Capítulo II del Título XIII del Libro II del Código Penal, hasta tanto no se lleve a efecto una revisión profunda de los delitos patrimoniales que supere la arcaica estructura objetivista que informa a dichas figuras delictivas.

Finalmente, conviene destacar, a efectos de la delimitación del ámbito de aplicación de la preterintencionalidad, que ésta se configura legalmente, según Cobo del Rosal y Vives Antón (74), como una circunstancia atenuante del delito doloso que opera en el marco más amplio de una figura legal, comprensiva de varios tipos que pueden graduarse en atención al resultado, en el entendimiento de que el legislador, "al configurar la preterintencionalidad como circunstancia no ha transmutado su naturaleza de forma mixta de culpabilidad", pero sí nos ha ofrecido una indicación material sobre su relevancia en el seno de la infracción. Así, la preterintencionalidad, habrá de actuar de forma "análoga" a la de las circunstancias en el seno de la estructura del delito. Por tanto, si bien se excluye cuando concurre el dolo de tipo, requiere, sin embargo, que exista, como mínimo la malicia genérica correspondiente a la figura legal de que se trate, tal y

como acontece frecuentemente en las lesiones y en el robo.

La preterintencionalidad, según el Tribunal Supremo, es compatible con la atenuante de embriaguez, y con las agravantes de alevosía y abuso de superioridad; por el contrario, es incompatible con la atenuante de arrebató y obcecación y con la agravante de premeditación conocida. Por su índole subjetiva, es incommunicable, conforme a lo establecido en el párrafo primero del artículo 60:

“Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistieren en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellos culpables en quienes concurran.”

CLASES DE PRETERINTENCIONALIDAD

Generalmente, la doctrina ha venido diferenciando diversas clases de preterintencionalidad, en función, de un parte, del resultado producido y, de otra, de la homogeneidad o heterogeneidad entre el evento querido y el realmente producido.

Así, en atención al resultado, se distinguen dos clases de preterintencionalidad: la denominada preterintencionalidad “*cumulativa*” o por acumulación de los eventos, en la que, además de producirse el resultado antijurídico intencionalmente querido por el agente se produce también el efecto indeseado; y la llamada preterintencionalidad “*sustitutiva*” o por sustitución del evento, en la que, a pesar de no producirse el resultado antijurídico pretendido por el agente, sí se produce, en cambio, el evento excesivo.

En función de la homogeneidad o heterogeneidad entre el resultado querido y el producido, se distinguen dos clases de preterintencionalidad: Una, de grado menor, denominada preterintencionalidad “*homogénea*”, caracterizada porque el evento querido y el resultado excesivo son, típicamente, de la misma naturaleza, siendo su diferencia, por tanto, exclusivamente cuantitativa; y, otra, de grado mayor, conocida con el nombre de preterintencionalidad “*heterogénea*” surgida cuando el resultado típico producido es, básicamente, distinto del querido por el sujeto, siendo en este caso la diversidad entre uno y otro, cualitativa. Por consiguiente, la diferencia entre la preterintencionalidad homogénea y la heterogénea radica en que

exista o no identidad de bien jurídico lesionado entre el objetivo perseguido por el sujeto y el resultado excesivo que realmente se produce.

En la doctrina es notoria la tendencia a mantener dicha distinción, aplicando el artículo 9.4^a a la preterintencionalidad homogénea y las reglas generales del concurso ideal a la preterintencionalidad heterogénea, dada la supresión del artículo 50. Este planteamiento, en opinión de Bustos Ramírez (75), resulta grave, pues si bien quedan eliminados los casos más absurdos de responsabilidad objetiva, la jurisprudencia no ha sido totalmente clara respecto del caso más impactante por su injusticia (lesiones seguidas de muerte) y aplicó no el artículo 50, sino el 9.4^a. Ciertamente, hoy la justicia no sería tan grande, subraya el citado autor, ya que por lo menos queda eliminado el hecho fortuito, pero de todos modos un hecho imprudente se castigaría como doloso, sólo que con una atenuante.

A la luz de la Reforma de 1983, las situaciones fácticas que llamamos preterintencionales se resolverán, según Quintero Olivares (76) de acuerdo con su significación penal objetiva y “*subjetiva*”, y, en su virtud:

- a) Cuando junto a un comportamiento doloso concurra un resultado ulterior que hubiese podido preverse y evitarse, podrá afirmarse que ese resultado ha sido “*imprudentemente*” provocado y, en base a ello, estaremos ante un “*concurso de delitos*” entre el doloso, en el grado de ejecución en que haya quedado y el de imprudencia.
- b) Si la consecuencia ulterior fuera imprevisible, tendrá que ser considerada fortuita y, de acuerdo con ello, no podrá generar responsabilidad criminal. Esta conclusión es viable al ser plenamente calificable tal consecuencia como caso fortuito de acuerdo con la definición que de éste ofrece ahora el nuevo artículo 6 bis b) del C.P., que elimina la exigencia de licitud inicial.

En la preterintencionalidad homogénea encuentra el referido autor un ámbito propio para la atenuante 4.^a del artículo 9.^o del C.P., ya que no es técnicamente posible, dentro del “*mismo delito*” acudir a la solución que en otro caso sería la normal (es decir, separar la parte dolosa del hecho de su parte imprudente o fortuita, calificándolas “*por*

separado", pues esta escisión o separación no la permite la letra de la ley.

El Tribunal Supremo, adhiriéndose a la moderna doctrina, estima que, tras la supresión del artículo 50 y la modificación del artículo 1, 2.º del C.P., en la reforma de 1983, el régimen jurídico de los supuestos de lesiones-homicidio debe ser el del "concurso de delitos" (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1984. Ponente: Ilmo. Sr. Díaz Palos). Se trata, como apunta Silva Sánchez (77) de la primera Sentencia del TS en la que se reconoce expresamente este extremo. En ella se señala que tras la reforma, "el supuesto de preterintención heterogénea seguirá las *reglas normales del concurso de delitos*", de modo que habrán de penarse las lesiones inicialmente producidas a título doloso y el resultado de muerte como homicidio culposo, caso, naturalmente, que además del ligamen causal de la muerte con las lesiones, sea tal resultado ulterior imputable a culpa". Del mismo modo la STS de 28 de marzo de 1984, de la que fue ponente el Excmo. Sr. Díaz Palos, tras insistir en que la preterintencionalidad no es una nueva especie o grado de culpabilidad, a modo de *tertium genus* de la misma, sino un enlace de dolo en la conducta inicial y de la culpa en el resultado producido finalmente; nos recuerda que la estructura de la preterintencionalidad se integra por a) un hecho base doloso; b) un hecho-consecuencia no querido pero previsible —culpa inconsciente—, o previsto pero no aceptado —culpa consciente— y c) un nexo causal entre ambos hechos, diciendo que en la preterintencionalidad heterogénea, tras la Reforma de 1983, habrá de estarse a las reglas generales del concurso, salvo que se castigue como delito complejo, decantándose el citado jurista en los supuestos de lesiones dolosas con homicidio culposo por el concurso real del artículo 69, al igual que en los supuestos de falta y delito, y ello por dos razones:

1. De estimarse el concurso ideal, tendría que ser por la vía de apreciar una conexión de medio a fin entre el delito de lesiones dolosas y el de homicidio imprudente, lo que no parece de recibo, afirma, porque, entonces ambas infracciones habrían de estar unidas por un común elemento subjetivo que en estos casos obviamente no se da; y
2. De ser calificado como "ideal" no cabría apreciarlo en los supuestos de concurrencia de una falta de lesiones

con un delito de homicidio imprudente porque, de hacerlo así, la cláusula del artículo 71, número 2 perdería toda su virtualidad y se tornaría inoperante al ser la punición separada de una y otra siempre más beneficiosa que la conjunta de absorción por aplicación de la pena asignada al delito, en su grado máximo.

A juicio de Huerta Tocildo (78), las reglas del concurso de delitos que han de aplicarse al supuesto contemplado son las relativas al "concurso ideal", previsto y penado en el artículo 71 del C.P., y no las de "concurso real", ya que en él se cumple el requisito legal de que un solo hecho (la conducta lesiva) ocasione dos o más delitos (el de lesiones dolosas, intentadas o consumadas, y el de homicidio imprudente).

Por otra parte, la primera de las objeciones señaladas por la referida Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1984, sería irrefutable si, como afirma la citada penalista, la conexión entre los términos del binomio de referencia (lesiones dolosas-homicidio imprudente) fuera, efectivamente, la de medio a fin. Pero ello, ciertamente, no es así, pues, de otro modo, no se comprendería la calificación del homicidio a título de imprudencia. Ya que si lo que el sujeto pretende, al lesionar dolosamente a otro, es ocasionarle la muerte, y realmente lo consigue, el homicidio (o, en su caso, asesinato) forzosamente será doloso y no imprudente. No se comprende, pues, cuál ha sido el razonamiento que ha conducido en esta sentencia como en la precedente de 9 de febrero de 1984, a estimar en este caso una conexión de carácter medial allí donde no sólo no lo hay, sino que es de todo punto inconcebible. Y, por tanto, si la calificación a título de concurso ideal ya no responde a las consideraciones expuestas en ambas sentencias, sino a la existencia de un solo hecho que constituye dos o más delitos, no hay razón alguna para exigir la presencia de un elemento subjetivo común; con lo cual la referida objeción carecería de sentido, dejando expedito el camino para la correcta resolución del binomio, aplicando las reglas que regulan el "concurso ideal" de delitos en nuestro Código Penal.

La segunda de las objeciones planteadas por la discutida STS a la tesis del "concurso ideal" no constituye, según Huerta Tocildo, un argumento de peso para rechazar dicha tesis en aquellos supuestos en los que la

concurrancia se produjera entre una "falta" de lesiones dolosas y un "delito" de homicidio imprudente. Y ello porque, aun cuando se negara la posibilidad de concurso ideal entre la "faltas" de lesiones y el "delito" de homicidio imprudente, siempre se podría considerar que dicha falta de lesiones queda consumida por este último. Así, Mir Puig (79), sostiene que la concurrancia de una "falta" no sometida al régimen del artículo 71, que se refiere a delitos, fácilmente resultará desplazada en cuanto falta consumada por el principio de "consumción". La solución entonces sería para Huerta Tocildo (80), la siguiente: de concurrir una "falta" de lesiones con un homicidio imprudente, no habrá lugar a la aplicación del artículo 71,2 del C.P., sino que aquélla se estimará consumida por éste, imponiéndose una única pena: la correspondiente al homicidio imprudente. En tanto que si lo que concurren son un "delito" de lesiones dolosas (intentadas o consumadas) con un "delito" de homicidio imprudente, se dará entre ambos un "concurso ideal" a sancionar conforme a las reglas contenidas en el artículo 71 del C.P.

La solución es clara en cuanto al tipo de concurso al que habría que acudir, puesto que en estos casos de lesiones dolosas con muerte culposa, estamos ante un solo hecho, lo cual nos impide acudir, según Sánchez Lucerga (81), tanto al concurso real en los artículos 69 y 70 del C.P. como al medial o instrumental del artículo 71, párrafo 1.º *in fine*, siendo de aplicación exclusivamente el concurso ideal *strictu sensu* del párrafo 1.º del artículo 71. Por el contrario, Manzanares Samaniego (82) estima que el concurso de delitos no soluciona satisfactoriamente el problema de la preterintencionalidad heterogénea, porque en las lesiones dolosas seguidas de muerte culposa es imposible precisar el alcance de aquéllas, sobre todo si se considera el componente del dolo eventual, y tampoco es fácil pronunciarse sobre el grado de desarrollo del delito doloso. De *lege data*, el problema puede resolverse, según el citado autor, acudiendo a la atenuante genérica 4.ª del artículo 9 del Código Penal, porque: a) lo permite su tenor literal; b) así lo entendió la Jurisprudencia antes de 1983; c) la Ley Orgánica de 25 de junio de ese año suprimió los preceptos que la doctrina científica deseaba aplicar a la preterintencionalidad heterogénea; d) es en esa progresión de un tipo a otro donde cobra su sentido dicha atenuante; e) se trataría de una fórmula generalizada, pero semejante a

la utilizada en los delitos cualificados por el resultado; y f) sus efectos se acomodan, en buena parte, a las exigencias de justicia material y en casos extremos cabría penar el delito culposo sin conectarlo con la infracción dolosa, bien por la escasa entidad de ésta, bien por ausencia de la causalidad adecuada o imputación objetiva.

Por todo ello, en tanto no se acojan fórmulas puntuales como las de nuestro Proyecto de 1980 o los Códigos alemán e italiano, la mejor alternativa a la aplicación de la atenuante 4.ª del artículo 9 pudiera ser, no la del concurso ideal de delitos, sino, a juicio de Manzanares Samaniego (83), "la del concurso de leyes".

Esta posesión científica contrasta vivamente con la mantenida por el referido autor en sus Comentarios al Código Penal (84). En efecto, allí se decía que hoy, la preterintencionalidad heterogénea halla su cauce en el concurso de infracciones, una de ellas a título de dolo y la otra de culpa. Además, dicho concurso, se mantenía entonces, sería normalmente real, y no podrá serlo de otra clase cuando una de las infracciones, o ambas, constituya falta.

En todo caso, conviene destacar que tanto entonces como ahora, no estimo correcta, científicamente, la posición de Manzanares Samaniego, por las razones siguientes:

En primer lugar, de *lege data*, el referido autor propone aplicar la circunstancia atenuante 4.ª del artículo 9 del C.P. a la preterintencionalidad heterogénea porque lo permite su tenor literal. Sin embargo, dicha circunstancia atenúa la responsabilidad criminal sólo cuando el delincuente no tuvo intención de causar "un mal" de tanta gravedad como "el" que produjo. El análisis hermenéutico de la norma revela, palmariamente, que la *ratio legis* de la misma opera en base a la causación de un mal; es decir, a la producción de "un delito". La preterintencionalidad heterogénea, por el contrario, se fundamenta en la producción, dentro de la misma línea de ataque, de dos o más delitos: lesiones seguidas de homicidio, por ejemplo.

En segundo lugar, el mencionado autor invoca el criterio de la Jurisprudencia antes de 1983; ciertamente, no conviene soslayar a este respecto que el recurso de la Sala Segunda del Tribunal Supremo a la atenuante 4.ª del artículo 9 del C.P. para los casos de preterintencionalidad heterogénea se hizo, como ha proclamado, entre otras, la STS de 6 de diciembre de 1980, "aun a sabiendas de que no era este el precepto idóneo, pero con

la posibilidad de estimar la atenuante como muy calificada a fin de llegar a conclusiones punitivas más aproximadas a la verdadera culpabilidad del sujeto activo".

En tercer lugar, se argumenta la supresión operada por la Reforma de 1983 cuya única finalidad en este punto fue, según Quintero Olivares y Muñoz Conde (85), precisamente, lo contrario de lo que invoca Manzanares Samaniego; a saber: "expulsar del Código Penal el concepto de responsabilidad objetiva, o lo que es lo mismo, el *versari in re illicita* con todas sus manifestaciones".

En cuarto lugar, se arguye que la atenuante de preterintencionalidad cobra sentido en la progresión de un tipo a un otro. Así, se olvida que la idea de "progresión" en la preterintencionalidad implica una vinculación entre los "bienes jurídicos" no entre los tipos penales; es decir, que el bien jurídico que se quería lesionar y el que efectivamente resultó lesionado sean de la misma especie o, al menos, pertenezcan al mismo género. La relación, por tanto, es cuantitativa, dentro de la misma línea de ataque a los bienes jurídicos protegidos; en absoluto, cualitativa, y que, por consiguiente, autorice la progresión de un tipo a otro en base a la circunstancia de preterintencionalidad 4.ª del artículo 9, sino en función de la tesis del concurso ideal de delitos, cuando de preterintencionalidad heterogénea se trata. Se dice, además, que la aplicación de la atenuante de preterintencionalidad a los casos de preterintención heterogénea, sería una fórmula generalizada, pero semejante a la utilizada en los delitos cualificados por el resultado; en realidad, dicha fórmula en modo alguno es susceptible de generalización, ya que, a lo sumo, su ámbito de aplicación debe limitarse a los casos de preterintencionalidad homogénea. Por otra parte, la semejanza invocada con los delitos cualificados por el resultado no debe soslayar el hecho de que la concurrencia de culpa, en la última fase de la actuación del agente, libera al delito preterintencional de toda calificación por el resultado o de cualquier tipo de responsabilidad objetiva. Pero es que, además, téngase en cuenta a este respecto que, como señala Suárez Montes (86), la Ley de reforma de 25 de junio de 1983, de cara a los delitos cualificados por el resultado, articula el principio de culpabilidad mediante la exigencia de que el resultado cualificante sea imputable al autor al menos a título de culpa, declarando así insuficiente la mera causación para que puedan ser imputadas las for-

mas agravadas (párrafo 2.º del artículo 1).

Por consiguiente, a mi juicio, difícilmente se puede establecer una semejanza entre una mera fórmula atenuante que disminuye el injusto subjetivo y un principio como el de culpabilidad, que inspira la apreciación o no del referido injusto. Por eso de *lege ferenda* se proponen soluciones distintas a las ofrecidas por Manzanares Samaniego. Así, Suárez Montes (87) afirma que la adaptación de los delitos cualificados por el resultado existentes en nuestro Código al principio de culpabilidad, puede seguir dos caminos distintos: o se mantienen las tipificaciones especiales, pero ajustándolas en estructura y penalidad a las exigencias del principio de culpabilidad, o —si se entienden que son de dudosa justificación— proceder a su supresión.

Mas, siguiendo con las argumentaciones de Manzanares Samaniego, este autor opina que la aplicación de la circunstancia 4.ª del artículo 9 del C.P., a la preterintencionalidad heterogénea, permitiría precisar el alcance de las lesiones dolosas seguidas de muerte culposa, sobre todo si se considera el componente del dolo eventual, y tampoco es fácil pronunciarse sobre el grado de desarrollo del delito doloso. Supuestas unas lesiones dolosas de cierta duración que, desembocan en una mutilación y luego en una muerte, ¿cuántos delitos habría?, sin que puedan olvidarse, subraya el citado autor (88), las complicaciones derivadas de un error "*in personam*" o una "*aberratio ictus*". Este razonamiento desconoce que en la causación de las lesiones dolosas no se puede considerar el dolo eventual y aplicar la atenuante de preterintencionalidad, lisa y llanamente, porque son incompatibles. En la producción de la lesión inicial, el sujeto "*conoce y quiere*" el resultado lesivo. Sin embargo, el elemento volitivo necesario al dolo, que no está claro, en los casos de dolo eventual (de ahí, las teorías de la representación, de la aceptación y del sentimiento para indagarlo), no concurre, en absoluto respecto del resultado preterintencional, que no ha sido previsto ni aceptado por el sujeto y que, además, frecuentemente es imprevisible. En cuanto al grado de desarrollo del delito doloso, en el caso mencionado por Manzanares Samaniego, de una lesión dolosa + una mutilación + la muerte, la calificación técnica del hecho seguiría siendo la que proporciona la tesis del concurso ideal; a saber, un delito de lesiones dolosas consumadas en concurso ideal con un homicidio

imprudente consumado. Si bien, en este caso habría que dilucidar, previamente, si existe un *animus* o dolo específico de lesionar ("menoscabar la integridad física corporal o la salud física o mental", del artículo 420, párrafo primero) o, por el contrario, concurre en el sujeto un *animus* o dolo específico relacionado directamente con las acciones o modalidades descritas en el artículo 418 ("el que de propósito mutilare o inutilizare a otro de un órgano o miembro principal, le privare de la vista o del oído, le causa la anulación o una grave limitación de su aptitud laboral, una grave enfermedad somática o psíquica o una incapacidad mental incurable..."). La esencialidad de dicho *animus* será el criterio diferenciador respecto del subtipo agravado del artículo 421, 2.º que prevé resultados lesivos similares o idénticos a los de ese artículo 418. Rige, por tanto, entre ambos preceptos el principio de especialidad, a favor del artículo 418. En efecto, conforme al criterio jurisprudencial, desaparecida actualmente la exigencia de un concreto resultado lesivo y como quiera que basta la concurrencia de un *animus* de menoscabar, parece evidente que la concurrencia de preterintencionalidad se hace harto más difícil en el artículo 420 del C.P. Por lo que se refiere al párrafo 2.º del artículo 421 lo que exige es el *animus* tipo del artículo 420 párrafo primero, y que en relación de causalidad adecuada o susceptible de imputación objetiva se deriven los resultados lesivos tipificados en el subtipo agravado. Evidentemente, ello plantea graves problemas sobre la preterintencionalidad y la relación de causalidad.

En este sentido, Muñoz Conde (89) afirma que tanto en el tipo básico como en el cualificado del artículo 421, 2.º son posibles la comisión dolosa y la culposa. Si la intención del sujeto activo va dirigida a producir alguno de los resultados previstos en los artículos 418 y 419, estaríamos en presencia de uno de estos delitos; por tanto, de la cualificación del artículo 421, 2.º queda excluido el dolo directo. Sin embargo, es evidente, subraya el mencionado autor, que la imputación a título de dolo de estos resultados o, simplemente, de la necesidad de tratamiento médico o quirúrgico, sólo puede hacerse en la medida en que el Tribunal sentenciador, tras la correspondiente valoración de la prueba, llegue al convencimiento de que realmente se dio el dolo, siquiera sea con la fórmula del dolo eventual. De lo contrario, todo lo más y en la medida en que se den los elementos de la imputación a título

de imprudencia (falta de diligencia debida, imputación objetiva del resultado, etc.) habrá que apreciar esta forma menos grave de imputación.

La producción con dolo directo de algunos de los resultados previstos en el párrafo 2.º del artículo 421 lleva, en opinión de Berdugo (90), a la aplicación de los artículos 418 o 419. Tan sólo quedarían excluidos de dichos resultados ("que el ofendido hubiere quedado impotente, estéril, deforme o con una enfermedad somática o psíquica incurable o hubiere sufrido la pérdida de un miembro, órgano o sentido o quedado impedido de él"), los casos de pérdida de un sentido distinto de la vista y el oído, y la enfermedad somática o psíquica incurable pero no grave, salvo que quedaran incluidos en algún otro de los resultados descritos en los mencionados artículos. Con lo que esta figura de "graves resultados no causados de propósito" quedaría circunscrita, salvo en los casos mencionados en que cabría también el dolo directo, a aquellos supuestos de producción de los resultados enumerados con dolo eventual. La producción imprudente de éstos estaría incluida en el marco de los artículos 565 y 586 bis.

Por otra parte, la estructura del artículo 421, número 2, como tipo cualificado del básico contenido en el 420, permite ofrecer otra solución para aquellos supuestos en los que el autor produce uno de los resultados del 421, número 2, queriendo lesionar y contando al menos con un resultado que por su entidad requiera tratamiento médico o quirúrgico, aunque no contara con el concreto resultado efectivamente producido. En estos casos, Berdugo entiende que, técnicamente, el autor realiza el tipo del injusto del artículo 420 y también el de los artículos 565 ó 586 bis, en los casos en que haya infringido el deber objetivo de cuidado y a dicha infracción le sea objetivamente imputable el resultado más grave producido. Las reglas del concurso de leyes se hacen aplicables en estos casos al artículo 420 por ser, a juicio de dicho autor, de mayor entidad la pena prevista en éste. Ello sin perjuicio, a mi entender, de lo previsto en el párrafo cuarto del artículo 565 del C.P.:

"Lo dispuesto en los dos primeros párrafos de este artículo no tendrá lugar cuando las penas previstas en el mismo sean iguales o superiores a las del correspondiente delito doloso, en cuyo caso los Tribunales aplicarán la inmediata inferior

a esta última en el grado que estimen conveniente."

Por lo que se refiere al supuesto del artículo 421 número 2 del C.P., no cabe la posibilidad, según Zugaldía Espinar (91), de que su aplicación exija del factor de corrección que supone la atenuante 4.ª del artículo 9. Y ello porque dicho precepto o integra un delito cualificado por el resultado o configura un simple tipo agravado. Jugarán las reglas del concurso de delitos: lesiones dolosas del tipo base y las lesiones imprudente y efectivamente producidas (artículo 71 del C.P.). Ya se opte por uno u otro punto de vista, en cualquier caso, dos cuestiones sí quedarían claras, a juicio del referido autor:

- a) En primer lugar, que de los resultados previstos en el número 2 del artículo 421 no se responde en absoluto si han sido imprevisibles para el autor, en base a los artículos 1, 6 bis a) y 6 bis b) del Código Penal.
- b) En segundo término, que en cuanto dichos resultados aparezcan como previsibles para el autor, la exigencia de responsabilidad criminal por los mismos se lleva a cabo sobre la base del artículo 17 del C.P., sin aplicar al caso la atenuante 4.ª del artículo 9, ya que lo contrario supondría imputar al autor a título de dolo resultados que no han sido abarcados por el dolo.

En el caso de que se dé culpa en relación con la agravación prevista en el número 2.º del artículo 421 y dolo en el tipo básico de lesiones del artículo 420, debe tenerse en cuenta, según Boix Reig (92), que no estamos ante dos delitos distintos sino en una relación de tipo agravado-tipo básico, siendo de aplicación el esquema propio de la preterintencionalidad reiterando la necesidad de que el resultado más grave no querido lo sea por imprudencia. Desde la perspectiva de encontrarnos ante una cuestión concursal, hay que situarse en el marco de la preterintencionalidad dada la relación típica establecida entre los artículos 420 y 421, pues nos hallamos ante una misma figura delictiva de lesiones en sentido amplio (93).

En el delito de lesiones cualificadas por el resultado no causado de propósito, previsto y penado en el artículo 421, 2.º del C.P., Cobo del Rosal y Carbonell Mateu (94) afirman que la exclusión del binomio dolo/imprudencia; esto es, dolo respecto de la con-

ducta de lesiones e imprudencia respecto del ulterior resultado más grave, no parece compatible con lo señalado en el artículo 1.º del C.P., ni con la más que criticable subsistencia de la circunstancia atenuante 4.ª del artículo 9.º, la preterintencionalidad. Por ello, parece necesario pronunciarse porque respecto del resultado de las lesiones, esto es, del ulterior resultado más grave, basta la culpa para que venga en aplicación el supuesto cualificado. Ciertamente esto es rechazable desde el punto de vista del principio de culpabilidad; ello resulta sumamente criticable e, incluso, posiblemente anticonstitucional. La solución que proponen los citados autores es la desaparición del párrafo 2.º del artículo 1.º en su actual redacción, así como de la circunstancia de preterintencionalidad y, en fin, la supresión de la técnica de los delitos cualificados por el resultado. En todo caso, mantener la exigencia de dolo eventual puede ser la solución conforme al principio de conservación de las normas penales, si llegamos a la estimación de que la aquí defendida es incompatible con la constitucionalidad del precepto. Ahora bien, en este caso, advierten Cobo y Carbonell, habrá de hacerse extensivo a todos los delitos cualificados por el resultado que contenga el Código Penal.

Finalmente, Manzanares Samaniego propone, como alternativa a la aplicación de la atenuante 4.ª del artículo 9 a los casos de preterintencionalidad heterogénea, la tesis del concurso de leyes. Opinión contraria a la teoría dominante, tanto en la Doctrina como en la Jurisprudencia, que impone, a tenor del artículo 68 del C.P. vigente, que se sancione la infracción más grave penada y al hacerlo lo verifica conminando con la pena en toda su extensión. A mi juicio, la tesis de Manzanares Samaniego no es correcta, porque en el caso de preterintencionalidad heterogénea, los "hechos" que la fundamentan, generalmente, el binomio "*lesiones dolosas-homicidio imprudente*", no son susceptibles de ser calificados "*con arreglo a dos o más preceptos de este Código*", tal y como exige el citado artículo 68 del C.P., habida cuenta, por exigencia del principio de legalidad, de la ausencia de tipificación en nuestro Ordenamiento Jurídico Penal del llamado "*homicidio preterintencional*".

En este sentido, Mir Puig (95) sostiene que, "*el que queriendo sólo lesionar cause la muerte de otro, deberá ser penado con arreglo al art. 71 C.P.*", por existir concurso ideal de un delito doloso de lesiones y un delito

imprudente de homicidio —salvo que la muerte sea imprevisible, en cuyo caso sólo cabrá castigar las lesiones—. La atenuante 4.^a del artículo 9 sólo puede apreciarse, según el citado autor, en delitos de gravedad resultante graduable en los cuales "existe dolo" pero éste no alcanza el grado máximo del mal causado y sí a un grado menor que basta también para realizar el tipo. También puede resultar útil el artículo 9, 4.^a para casos de preterintencionalidad con "dolo eventual", en que el dolo no aparece como intención en sentido estricto.

Asimismo, tampoco sería admisible, a juicio de Mir Puig (96), la línea iniciada por la STS de 17 de diciembre de 1958, consistente en apreciar "sólo imprudencia" en casos de preterintencionalidad. Ciertamente, esta tesis jurisprudencial olvida la existencia de un hecho doloso inicial que no puede ser absorbido por la imprudencia respecto del resultado más grave; esto es claro cuando la pena correspondiente al hecho doloso es más grave que la señalada al evento culposo. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha aplicado la imprudencia en aquellos casos en que la desproporción entre el acto inicial doloso y el resultado preterintencional es manifiesta; v.gr., Pedro con la intención de maltratar y no de lesionar da una bofetada a Carlos con tan mala fortuna que éste pierde el equilibrio, cae de espaldas y se desnuda, muriendo en el acto. En este supuesto, nuestro Alto Tribunal califica el hecho de preterintencionalidad heterogénea y castiga por homicidio imprudente con la atenuante de preterintencionalidad cuarta del artículo 9 del C.P., cuando, en realidad, se dan todos los requisitos legales para la apreciación del caso fortuito previsto en el artículo 6 bis b).

Por consiguiente, si el hecho se causa por mero accidente, sin que pueda establecerse una relación de causalidad adecuada entre la acción de Pedro y el resultado, no de la acción, en sí misma considerada, totalmente inadecuada para producir el evento no querido; si, tampoco se le puede imputar objetivamente dicha muerte a Pedro en base a las teorías del "incremento del riesgo" o del "fin de protección de la norma" y, si, por fin, no puede afirmarse la "responsabilidad subjetiva" de Pedro, a título de dolo o culpa, habrá que estimar el resultado preterintencional como "fortuito" y, por tanto, no será punible (97).

La apreciación de la circunstancia cuarta del artículo 9 del C.P. a los supuestos de "preterintencionalidad homogénea", no representa, según Maqueda Abreu (98), una

aproximación a las exigencias del "principio de culpabilidad" —que de ninguna manera exige que se castigue a nadie (aunque sea con pena atenuada) por un resultado no querido—, sino un cómodo expediente para burlarlas que puede y debe ser evitado. En cuanto a la "preterintencionalidad heterogénea", la STS de 17 de febrero de 1986 (A. 909), adoptó por vez primera una actitud crítica, calificando de "aberrante" la "situación a que podía dar lugar el que se imputase a título de dolo un resultado en relación de causalidad material con la inicial acción del agente, pero no querido por éste...", y de "no menos aberrante" —cuando el resultado era de muerte— el "graduar" lo que en sí es indivisible como es la intención de matar, que existe o no existe, se tiene o no se tiene, pero que no es susceptible de fraccionamiento..." (99).

Por consiguiente, la tesis dominante es, a juicio de Maqueda Abreu (100), la más genérica del artículo 71, que sanciona los casos en que "un solo hecho (conducta lesiva consistente en, v.gr., golpes y patadas; una constricción del cuello; un ladrillazo; un puñetazo, etc.) constituye dos o más delitos", tal como lesiones dolosas —intentadas o consumadas— y homicidio culposo consumado; solución esta dogmáticamente más correcta que ocasionalmente puede ceder en beneficio de otras más favorables para el reo —cuando v.gr., las lesiones sean sólo constitutivas de falta como la sola calificación de la muerte imprudentemente producida, que consumiría así a las leves lesiones iniciales, o, en su caso, la misma punición separada de los delitos, si así se obtiene una pena menor, a tenor de lo señalado en los párrafos segundo y tercero del referido artículo 71.

Finalmente, Alonso Álamo (101) afirma que en la llamada preterintencionalidad homogénea, la aplicación de la atenuante, en vigor tras la Reforma de 1983, se limite a los delitos de resultado graduable y, en conexión con ellos, no puede recurrirse a la misma para el tratamiento del mal llamado homicidio preterintencional. En efecto, si la *ratio legis* de la mencionada Reforma es consagrar la vigencia del principio de culpabilidad, la supresión del artículo 50 del C.P., no debe implicar en absoluto una indeseable ampliación de los límites de la atenuante de preterintencionalidad del artículo 9 circunstancia 4.^a.

Por lo que se refiere a la preterintencionalidad heterogénea, las dificultades que sus-

cita la aplicación del derogado artículo 50 deberán ser afrontadas en el futuro también por todos aquellos que sostenemos que el homicidio preterintencional debe regularse por el concurso ideal de delitos previsto en el primer inciso del párrafo primero del artículo 71 del C.P., pues ello presupone conocer qué lesiones orgánicas se han producido de "facto" o se hubieran podido producir, en abstracto, o, en su caso, lo que es más difícil, la duración hipotética de las lesiones de no haber sobrevenido la muerte; problema particularmente grave en el supuesto de que la acción dolosa inicial tendente a lesionar, produzca inmediatamente la muerte.

SISTEMAS DE TRATAMIENTO DE LA PRETERINTENCIONALIDAD

El tratamiento penal de la preterintencionalidad responde, básicamente, a los sistemas que, a continuación, señalamos:

a) Sistema del *numerus apertus*

Consiste en la introducción, dentro de la Parte General, de una fórmula de punición de la preterintencionalidad aplicable a todos los casos posibles en la práctica. Era el sistema seguido por el Código Penal español vigente, antes de la Reforma Urgente y Parcial, operada por la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983.

b) Sistema del *numerus clausus*

En su virtud, se introduce, también dentro de la Parte General, la fórmula conceptual de la preterintencionalidad, pero limitando su aplicación a determinados casos mediante la cláusula de que "*nadie será sancionado por delito preterintencional, sino en los casos específicamente señalados como tal delito preterintencional en la Parte Especial del mismo Código*", de tal suerte que en aquellos casos en que el delito preterintencional esté tipificado se aplicará al mismo la pena específicamente señalada a aquél, como figura unitaria.

En otros supuestos, la pena se aplicará conforme a las normas generales que resulten del análisis de su composición, en función de sus elementos constitutivos; a saber, el dolo y la culpa o bien el dolo y el caso, que integran el delito preterintencional.

c) Sistema del principio de culpabilidad

Se basa en el tratamiento penal de la preterintencionalidad conforme a las exigencias del principio de culpabilidad. Este sistema es el más adecuado, tanto desde un punto de vista político-criminal como a tenor de los principios informadores de una correcta técnica penal. En efecto, ya la Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica de 1983 proclamó:

"La necesidad de satisfacer las más apremiantes exigencias de un Derecho Penal ajustado al Estado de Derecho y, por lo tanto, asentado en las garantías del llamado principio de culpabilidad y el de concreción al hecho. Tales principios, hoy ajenos a nuestro Ordenamiento punitivo, anclado aún en los criterios de determinación de la responsabilidad penal propios del pasado siglo, no pueden ver tampoco retardada su incorporación al Derecho positivo, máxime teniendo en cuenta que no plantean problemas de adecuación al aún vigente Código, ya que entrañan especialmente la posibilidad, hoy inexistente, de que los tribunales dispongan de principios positivos que permitan avanzar en la individualización de la responsabilidad criminal en el marco de las garantías antes mencionadas".

LA PRETERINTENCIONALIDAD EN EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DEL CÓDIGO PENAL DE 1992

El Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992 (en adelante, PLOCP), igual que sus antecesores de 1980 y 1983, no contempla, expresamente, la preterintencionalidad entre las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal (artículo 21 del PLOCP), porque, según la Exposición de Motivos, se trata de una circunstancia atenuante, "superflua o perturbadora".

En verdad, por lo que se refiere a la preterintencionalidad, su exclusión se vincula a la "obligación programática" de evitar toda infracción al principio de culpabilidad, garantía nuclear del sistema penal propio de Estado social y democrático de Derecho, que exige la proscripción de cualquier forma de responsabilidad objetiva, como ya sucede en el Código vigente desde la Reforma de 1983 y ahora subraya la mencionada Exposición de Motivos.

Consecuentemente, se consagra el "principio de culpabilidad" (artículo 3: "No hay pena sin dolo o imprudencia") y, conforme a la técnica común a los derechos positivos de nuestra vecindad cultural jurídica, se "adapta la expresión punición de los actos imprudentes", de tal modo que, "el que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a tres años", según dispone el artículo 148 del PLOCP.

Ciertamente, el Proyecto de 1992 avanza en la línea marcada por la Reforma de 1983 que modificó el texto del artículo 1º del actual Código Penal con el fin de "sentar el principio básico para desterrar de nuestro sistema punitivo la responsabilidad objetiva y todas sus manifestaciones. La exigencia del dolo o culpa como únicos fundamentos de responsabilidad penal se juzga, por consiguiente, como inaplazable", según la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de Junio de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal.

Por otra parte, el citado PLOCP se inspira en esta materia, básicamente, en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983, artículos 3, 23 y 156; y en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980, artículos 3 y 27, aunque las "Disposiciones Comunes" a los "Delitos contra la vida e integridad personal", reguladas en este último Proyecto, configuran, expresamente, la preterintencionalidad, homogénea y heterogénea, en los términos siguientes:

"El que, con actos dirigidos a producir una lesión, causare la muerte del lesionado o una lesión más grave que la querida por el culpable, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería si el resultado hubiera sido causado dolosamente" (artículo 173). ■

NOTAS

- (1) JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho Penal*, segunda edición, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1962, tomo VI, "La culpabilidad y su exclusión", p. 35.
- (2) Mommsen, *Derecho Penal Romano*. Traducción del alemán por P. Dorado, Bogotá, Editorial Temis, 1976, p. 60.
- (3) Cfr. p. 62.
- (4) Véase, más amplamente, BARBERO SANTOS, "Honor e inturia en el Derecho Romano", en *Estudios de Criminología y Derecho Penal*, Universidad de Valladolid, 1972, p. 305 y ss.
- (5) DÍAZ PALOS: "Responsabilidad penal objetiva", en *RGLJ*, 1981, vol. 1, p. 508.
- (6) Cfr. p. 507.
- (7) Cfr. p. 36.

- (8) En el texto original del Código Penal de 1848, como circunstancia 3.ª del artículo 9, así redactada: "La de no haber tenido el delincuente intención de causar todo el mal que produjo."
- (9) QUINTANO RIPOLLÉS: *Comentarios al Código Penal*, segunda edición renovada por el autor y puesta al día por Enrique GIMBERNAT ORDEIG, Madrid, editorial Revista de Derecho Privado, 1966, p. 172.
- (10) RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO, "Comentarios al Código Penal", Barcelona, Editorial Ariel, 1976, tomo I (Artículos 1-22), p. 439. Del mismo autor, véase, además, "La atenuante de preterintencionalidad", en *ADPCP*, 1970, p. 555 y ss.
- (11) ANTÓN ONECA: *Derecho Penal*, segunda edición, anotada y corregida por José Julián HERNÁNDEZ GUIJARRO y Luis BENEYTES MERINO, Madrid, Ediciones Akal, S.A., 1986, p. 255.
- (12) Cfr. p. 35.
- (13) SAINZ CANTERO: *Lecciones de Derecho Penal*, parte general, 3ª edición, Barcelona, Bosch, casa editorial, S.A., 1990, p. 693.
- (14) PUIG PEÑA: *Derecho Penal*, parte general, séptima edición actualizada con la colaboración de Gregorio ORTIZ RICOL, 1988, p. 239.
- (15) ALONSO ALAMO: *El sistema de las circunstancias del delito*, *Estudio general*, Universidad de Valladolid, 1981, p. 678 y ss.
- (16) MIR PUIG, *Derecho Penal*, parte general, 3ª edición, Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias, S.A., 1990, p. 308. Del mismo autor, véase, además, "Preterintencionalidad y límites del artículo 50 del Código Penal", en *Libro Homenaje al Prof. José Antón Oneca*, 1982 y en *RJCAT*, 1979.
- (17) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho Penal español*, parte general, novena edición, Madrid, editorial Dykinson, S.L., 1985, revisada y puesta al día por Alfonso SERRANO GÓMEZ, p. 709.
- (18) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN: *Derecho Penal*, parte general, 3ª edición corregida y actualizada, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1990, p. 490.
- (19) ARROYO DE LAS HERAS: *Manual de Derecho Penal*, Pamplona, Editorial Aranzadi, S.A., 1985, tomo II, *El Delito*, p. 217.
- (20) Véase, por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO, cfr. p. 441 y ss., y SAINZ CANTERO, cfr. p. 693 y ss.
- (21) ALTAVILLA: *Preterintencionalidad*, en "N. Dtg. 1", XIII, 1966, p. 798.
- (22) Cfr. p. 442.
- (23) Consúltase, al respecto, VITALE: *La preterintenzione*, Milán, 1956, p. 17 y ss.
- (24) ALONSO ÁLAMO: "El nuevo tratamiento de la preterintencionalidad. Consecuencias de la derogación del artículo 50 del Código Penal", en *La Ley, Revista Jurídica Española*, Madrid, 1983, tomo 3, p. 1080.
- (25) Cfr. p. 380.
- (26) En este sentido, interesa destacar la resolución de la Sala de Alcaldes de Casa y Corte de 1806, en la que se rechaza la calificación de los hechos como homicidio preterintencional y se subraya la dolosa intención del reo, en los términos siguientes:

"En orden a la intención, ¿cómo es que no habiendo tenido otra que la de señalar a la Infeliz Águeda en la cara, la hirió en el pecho y con tal fuerza que penetró el cuchillo a la profundidad de seis o siete dedos... Bien es así que el ánimo de herir no siempre lleva consigo el de matar; mas para no suponer éste en quien conste haber tenido aquél, ha de haber muy claros argumentos que destruyan la presunción de lo primero, que naturalmente nace de lo segundo cuando no sólo se le ve herir sino matar hiriendo. Porque siendo la intención de aquellas cosas que pasan en el interior del hombre, y que no hay medio de averiguarlas por testigos, o se habría de estar a lo que dixe de la suya cada delincuente (que tanto sería como dar a todos los malhechores carta de impunidad), o ha de deducirse de sus hechos por raciocinios y meras presunciones; entre las cuales ninguna hay más natural ni más fuerte que la de que quien quiere la causa quiere también sus efectos ordinarios (Archivo Histó-

- rico Nacional, SACC, Lib. 1806, fol. 913 y siguientes. Citada por TOMÁS Y VALIENTE, en *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta* (siglos XVI-XVII-XVIII), Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1969, p. 316 y ss.)
- (27) Cfr. p. 444.
- (28) En apoyo de esta posición científica, RODRÍGUEZ MOURULLO cita la STS de 20 de septiembre de 1984, a cuyo tenor, ni tan siquiera la "aplicación privilegiada" de la circunstancia de preterintencionalidad puede desvirtuarse a priori sobre la base de la idoneidad real del instrumento, ya que "lo que importa en Derecho es la desconexión psicológica entre la voluntad de la acción y el evento físico, para lo que el examen e idoneidad de los medios constituye un dato sintomático, pero nunca decisivo".
- (29) En cambio, el Código Penal italiano abarca, en el marco del delito preterintencional, aquellos supuestos en los que de la acción u omisión resulta "un evento peligroso" más grave que el querido (artículo 43).
- (30) Cfr. p. 695.
- (31) Estableciéndose en la segunda pregunta del veredicto que la lesión sufrida en la cabeza por el M.M.G. —se dice— no fue la causa original y productora de su muerte, ocurrida a los tres días de serle inferida aquélla, siendo debida, según se afirma en la tercera pregunta, a una pulmonía hipostática que se le presentó, favorecida en su producción por la edad del mismo y por una bronquitis crónica que venía padeciendo, es evidente que debe separarse, a los efectos de imputación de responsabilidad criminal atribuible al procesado, la grave trascendencia del suceso ocasionado, muerte del M.M., de su causa inicialmente ocasional, el palo que aquél le dirigió al brazo con el que empuñaba la hoz y con el propósito de desarmarlo (Sentencia citada por RODRÍGUEZ MOURULLO, cfr. p. 447 y ss.).
- (32) MUÑOZ CONDE: *Teoría General del Delito*, 2ª edición, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1989, p. 37.
- (33) Cfr. p. 37 y ss.
- (34) Cfr. p. 445 y ss.
- (35) Cfr. p. 446.
- (36) Cfr. p. 695.
- (37) Cfr. p. 149.
- (38) DEL ROSAL: *Tratado de Derecho Penal español* (parte general), Madrid, Ediciones Darro, 1972, vol. II, p. 164.
- (39) BUSTOS RAMÍREZ: *Manual de Derecho Penal español*, parte general, Barcelona, Ediciones Ariel, S.A., 1984, p. 275.
- (40) Cfr. p. 169.
- (41) Idem, p. 170.
- (42) GÓMEZ BENÍTEZ: *Teoría Jurídica del Delito*, Derecho Penal, parte general, Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1984, p. 219.
- (43) TORIO LÓPEZ: "Versari in re illicita y delito culposo. El denominado caso fortuito impropio", en ADPCP, 1976, p. 23.
- (44) Cfr. p. 491.
- (45) Cfr. p. 218.
- (46) Cfr. p. 709.
- (47) CUELLO CALÓN: *Derecho Penal*, Decimoseptima edición, Revisado y puesto al día por César CAMARGO HERNÁNDEZ, Barcelona, Editorial Bosch, S.A., 1975, tomo I (parte general), volumen primero, p. 470.
- (48) Cfr. p. 256 y ss.
- (49) CARRARA: *Sul caso fortuito in Opuscoli di diritto penale*, Lucca, 1870, vol. III.
- (50) FINZI: *Il delitto preterintenzionale*, Turin, 1925, p. 148 y ss.
- (51) Cfr. p. 464 y ss.
- (52) En este sentido, véanse, entre otras las SS. de 28 de marzo de 1984 y 11 de marzo de 1986.
- (53) COVARRUBIAS: *De homicidio causali. Versari in re illicita, Opera Omnia*, Ginebra, 1782, pág. 697.
- (54) Cfr. p. 242.
- (55) Cfr. p. 49.
- (56) CEREZO MIR: "El versari in re illicita en el Código Penal español", en ADPCP, 1962, pág. 47, y en *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1982, p. 60 y ss.
- (57) COBO: "Praeter intentionem y principio de culpabilidad", en ADPCP, 1965, p. 86 y ss.
- (58) Cfr. p. 99 y ss.
- (59) Confróntese más ampliamente. POLAINO NAVARRETE: *La voluntariedad de las acciones punibles*, Sevilla, 1979.
- (60) En este sentido se manifiestan, entre otras, las Ss. de 28 de marzo, 12 de julio y 28 de octubre de 1984; 21 de enero, 23 de abril, 12 de noviembre y 20 de diciembre de 1985 y 7 de febrero y 15 de noviembre de 1986.
- (61) Cfr. p. 220.
- (62) Cfr. p. 172.
- (63) Cfr. p. 493, nota 34.
- (64) Cfr. p. 463.
- (65) SUÁREZ MONTES: "Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo 2º del artículo 1º", en *Comentarios a la legislación penal*, Madrid, Edersa, 1985, tomo V, volumen 1º, "La Reforma del Código Penal de 1983" (Libro I del Código Penal), p. 37.
- (66) Consultése, entre otras, las SS. de 23 de octubre de 1978 (A. 3293); 2 y 12 de marzo de 1979 (A. 1029); 8 de abril de 1980 (A. 1260).
- (67) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho Penal español*, parte especial, duodécima edición, Madrid, Editorial Dykinson, S.L., 1989, revisada y puesta al día por Alfonso SERRANO GÓMEZ, p. 154.
- (68) MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal*, parte especial, 8ª edición, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1990, p. 112 y ss.
- (69) Los medios aludidos son los siguientes: armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas susceptibles de causar graves daños en la integridad del lesionado o reveladoras de acusada brutalidad en la acción o tortura.
- (70) BERDUGO, en MUÑOZ CONDE, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y GARCÍA ARÁN, *La reforma penal de 1989*, Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1989, p. 99. Confróntese, además, BOIX REIG, ORTOS BERENGUER Y VIVES ANTÓN, *La reforma penal de 1989*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1989.
- (71) En este sentido se pronuncian las SS. de 27 de octubre de 1959 (A. 3887), 14 de abril de 1970 y 7 de mayo de 1980 (A. 1812).
- (72) Cfr. p. 171.
- (73) Cfr. p. 116 y ss.
- (74) Cfr. p. 492 y ss.
- (75) Cfr. p. 275.
- (76) QUINTERO OLIVARES: *Derecho Penal*, parte general, Segunda edición, Madrid, Marcial Pons, 1989, p. 347 y ss., y QUINTERO OLIVARES y MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, Barcelona, Ediciones Destino, S.A., 1983, p. 68 y ss.
- (77) SILVA SÁNCHEZ: *Preterintencionalidad y otras cuestiones en la nueva Jurisprudencia del Tribunal Supremo* (Comentario a la STS de 9 de febrero de 1984. Ponente: Díaz Palos), ADPCP, 1985, p. 202, nota 29.
- (78) HUERTA TOCILDO: "Adiós al homicidio preterintencional" (Comentario a la STS de 28 de marzo de 1984), *La Ley, Revista Jurídica Española*, Madrid, 1984, tomo 4, p. 201.
- (79) MIR PUIG: "Preterintencionalidad y límites del artículo 50 del Código Penal", *RJCat*, 1979, y en *Libro Homenaje al Prof. José Antón Oneca*, Salamanca, 1982, p. 355.
- (80) Cfr. p. 202.
- (81) SÁNCHEZ LUCERGA: "La preterintencionalidad", en *Delitos contra las personas*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1990, volumen 4, p. 73.
- (82) MANZANARES SAMANIEGO: "Sobre la preterintencionalidad heterogénea en el Derecho positivo español", en I Jornadas de Magistrados, Fiscales y Profesores de Derecho Penal, Trabajos preparatorios del Congreso de Viena de la AIDP, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, Albacete, 1989, número 7, p. 378.
- (83) Cfr. p. 379.
- (84) MANZANARES SAMANIEGO y ALBÁCAR LÓPEZ: *Código Penal* (Comentarios y Jurisprudencia), Granada, Editorial Comares, 1987, p. 119 y ss.
- (85) Cfr. p. 26 y ss.
- (86) Véase supra nota 65.
- (87) Cfr. p. 51.
- (88) Cfr. p. 379 nota 17.
- (89) Cfr. p. 112.
- (90) Cfr. p. 99 y ss.
- (91) ZUGALDIA ESPINAR: *Código Penal Comentado*, Madrid, Ediciones Akal, S.A., 1990, p. 63 y ss.
- (92) Cfr. p. 114.
- (93) En contra. ZUGALDIA estima que no es aplicable la

- atenuante 4ª del artículo 9 del C.P., en el delito de lesiones (binomio lesiones dolosas-resultado más grave que el querido por el autor), ya que al aplicar dicha circunstancia al binomio lesiones menos graves-lesiones graves, se lo trataría con mayor severidad que los casos de lesiones-homicidio, donde sí es aplicable el artículo 71 (Cfr. p. 62 y s.).
- (94) COBO y CARBONELL, en COBO DEL ROSAL, VIVES ANTÓN, BOIX REIG, ORTS BERENGUER y CARBONELL MATEU: *Derecho Penal*, parte especial, 3ª edición, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1990, p. 606.
- (95) Cfr. p. 314. Véase, también, del mismo autor, "Preterintencionalidad y error tras la Reforma del 1983", en "I Jornadas de Magistrados...", *op. cit.*, p. 104.
- (96) MIR PUIG: *Derecho...*, *op. cit.*, p. 315.
- (97) En el sentido del texto, MIR PUIG afirma que se trata de casos en que el resultado era ya imprevisible y por tanto falta la imprudencia. Apreciar entonces ésta supone una inadmisibile repartición, bajo otra forma, del *versari in re illicita*, que ha pretendido expresamente expulsar del Código la Reforma de 1983. (Véase *supra* nota 96.)
- (98) MAQUEDA ABREU: "El principio de responsabilidad subjetiva: Su progresiva influencia en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la Reforma del Código Penal de 25 de Junio de 1983", en CPC, número 31, 1987, p. 205.
- (99) STS citada por Maqueda, cfr. p. 207 y ss.
- (100) Cfr. p. 217 y ss.
- (101) Cfr. p. 1.063 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO ÁLAMO, "El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general". Universidad de Valladolid, 1981.
- "El nuevo tratamiento de la preterintencionalidad. Consecuencias de la derogación del artículo 50 del Código Penal", en *La Ley, Revista Jurídica Española*, Madrid, 1983, tomo 3.
- ALTAVILLA, *Preterintencionalidad*, en "N. Dig. I", XIII, 1966.
- ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*. Segunda edición, anotada y corregida por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino, Madrid, Ediciones Akal, S.A., 1986.
- ARROYO DE LAS HERAS, "Manual de Derecho Penal", Pamplona, Editorial Aranzadi, S.A., 1985, tomo II, "El Delito".
- BARBERO SANTOS, "Honor e Injuria en el Derecho Romano", en *Estudios de Criminología y Derecho Penal*, Universidad de Valladolid, 1972.
- BERDUGO, en MUÑOZ CONDE, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y GARCÍA ARÁN, *La reforma penal de 1989*, Madrid, editorial Tecnos, S.A., 1989.
- BOIX REIG, ORTS BERENGUER y VIVES ANTÓN, *La reforma penal de 1989*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1989.
- BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal español*, parte general, Barcelona, Ediciones Artel, S.A., 1984.
- CARRARA, *Sul caso fortuito*, en *Opuscoli di diritto penale*, Lucca, 1870, vol. III.
- CEREZO MIR, "El *versari in re illicita* en el Código Penal español", en ADPCP, 1962 y en "Problemas fundamentales del Derecho Penal", Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1982.
- COBO, "Praeter intentionem y principio de culpabilidad", en ADPCP, 1965.
- y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, parte general, 3ª edición corregida y actualizada, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1990.
- y CARBONELL en COBO DEL ROSAL, VIVES ANTÓN, BOIX REIG, ORTS BERENGUER y CARBONELL MATEU, *Derecho Penal*, parte especial, 3ª edición Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1990.
- COVARRUBIAS, "De homicidio causal. *Versari in re illicita*. Opera Omnia, Ginebra, 1762.
- CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*. Decimoseptima edición. Revisado y puesto al día por César CAMARGO HERNÁNDEZ, Barcelona, Editorial Bosch, S.A., 1975, tomo I (parte general), volumen primero.
- DÍAZ PALOS "Responsabilidad penal objetiva", en RGLJ, 1981, vol. 1.
- FINZI, *Il delitto preterintenzionale*, Turin, 1925.
- GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*. Reimpresión, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.
- GÓMEZ BENITEZ, *Teoría Jurídica del Delito*. Derecho Penal, parte general, Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1984.
- HUERTA TOCILDO, "Adiós al homicidio preterintencional" (Comentario a la STS de 28 de marzo de 1984), *La Ley, Revista Jurídica Española*, Madrid, 1984, tomo 4.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, segunda edición, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1962, tomo VI, *La culpabilidad y su exclusión*.
- MANZANARES SAMANIEGO, "Sobre la preterintencionalidad heterogénea en el Derecho positivo español", I Jornadas de Magistrados, Fiscales y Profesores de Derecho Penal. Trabajos preparatorios del Congreso de Viena de la AIDP, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, Albacete, 1989, número 7.
- y ALBÁCAR LÓPEZ, *Código penal* (Comentarios y Jurisprudencia), Granada, Editorial Comares, 1987.
- MAQUEDA ABREU, "El principio de responsabilidad subjetiva: Su progresiva influencia en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la Reforma del Código Penal de 25 de Junio de 1983", CPC, número 31, 1987.
- MIR PUIG, "Preterintencionalidad y límites del artículo 50 del Código Penal", RJCat., 1979, y en *Libro homenaje al Prof. José Antón Oneca*, Salamanca, 1982.
- *Derecho Penal*, parte general, 3ª edición, Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias, S.A., 1990.
- *Preterintencionalidad y error tras la Reforma de 1983*, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, Albacete, 1989, número 7.
- MOMMSEN, *Derecho Penal Romano*. Traducción del alemán por P. Dorado, Bogotá, Editorial Temis, 1976.
- MUÑOZ CONDE, "Del llamado homicidio preterintencional" (Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1973), RJCat., 1974.
- *Teoría General del Delito*, 2ª edición, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1989.
- *Derecho Penal* parte especial, 8ª edición, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1990.
- OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO y HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal*, parte general. Teoría Jurídica del Delito. Segunda edición corregida y aumentada, Madrid, editor Rafael CASTELLANOS, 1986.
- POLAINO NAVARRETE, *La voluntariedad de las acciones punibles*, Sevilla, 1979.
- PUIG PEÑA, *Derecho Penal*, parte general, séptima edición actualizada con la colaboración de Gregorio ORTIZ RICOL., 1988.
- QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*. Segunda edición renovada por el autor y puesta al día por Enrique Gimbernat Ordeig, Madrid, editorial Revista de derecho Privado, 1966.
- QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal*, parte general. Segunda edición, Madrid, Marcial Pons, 1989.
- y MUÑOZ CONDE, *La Reforma penal de 1983*, Barcelona, Ediciones Destino, S.A., 1983.
- RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español*, parte general. Novena edición, Madrid, Editorial Dykinson, S.L., 1985, revisada y puesta al día por Alfonso SERRANO GÓMEZ.
- *Derecho Penal español*, parte especial. Duodécima edición, 1989.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, *La atenuante de preterintencionalidad*, ADPCP, 1970.
- y CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, Editorial Ariel, 1976, tomo I (artículos 1-22).
- DEL ROSAL, *Tratado de Derecho Penal español* (parte general), Madrid, Ediciones Darro, 1972, vol. II.
- SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal*, parte general, 3ª edición, Barcelona, Bosch, Casa editorial, S.A., 1990.
- SÁNCHEZ LUCERGA, "La preterintencionalidad", en *Delitos contra las personas*. Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1990, vol. 4.
- SILVIA SÁNCHEZ, "Preterintencionalidad y otras cuestiones en la nueva Jurisprudencia del Tribunal Supremo" (Comentario a la STS de 9 de febrero de 1984. Ponente: Díaz Palos), ADPCP, 1985.

- SUÁREZ MONTES, "Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo 2º del artículo 1º. Comentarios a la legislación Penal, Madrid, Ederusa, 1985, tomo V, vol. I. La Reforma del Código Penal de 1983 (Libro I del Código Penal).
- "La preterintencionalidad en el Proyecto de Código Penal de 1980", ADPCP, 1981.
- TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta* (siglos XVI-XVII-XVIII). Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1969.
- TORIO LÓPEZ, "Versari in re ilícita y delito culposo. El denominado caso fortuito impropio", ADPCP, 1976.
- VITALE, "La preterintenzione", Milán, 1956.
- ZUGALDIA ESPINAR, *Código Penal Comentado*, Madrid, Ediciones Akal, S.A., 1990.

RESPONSABILIDAD PENAL POR ATENTADOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE

LUIS RODRÍGUEZ RAMOS

Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad Complutense y abogado

DERECHO Y MEDIO AMBIENTE

Desde que en los años setenta se descubrió ("inventó", en su sentido etimológico) el "ambiente" o el "medio" ("medio ambiente" en España, por exigencia del art. 45 de la Constitución, aun cuando el término completo resulte redundante), el Derecho comenzó a utilizarse e incluso a crearse como instrumento para su protección; a utilizarse con esta nueva teleología, porque las antiguas normas creadas con otros fines (proteger a los vecinos, por ejemplo, como el Reglamento de actividades clasificadas—molestas, insalubres, nocivas o peligrosas—; o asegurar a los cazadores y pescadores el objeto de su actividad, leyes de caza y pesca, etc.) permitían esta reinterpretación, y a crearse nuevos instrumentos legales, cuando la carencia era de imposible superación con la vieja normativa. En nuestro país, la Ley 38/1972 de 22 de diciembre, de Protección del medio ambiente atmosférico, es la primera de estas normas nacidas en la nueva fase ambiental.

El futuro del Derecho ambiental es precisa y paradójicamente su desaparición, pues cuando se consiga que todos los sectores del ordenamiento jurídico asuman el espíritu ecológico, fundiéndose y confundiéndose economía, ecología y política, ya no hará falta. Para entonces, el art. 45 de la Constitución podría también ser absorbido por una nueva versión del art. 1º, 1. que rece así: "España se constituye en un estado social, democrático y ambiental de Derecho."

PREVENCIÓN Y REPRESIÓN

El Derecho defiende el medio ambiente con instrumentos preventivos y represivos. Los primeros, que procuran evitar que las agresiones (riesgos y lesiones) al ambiente acaezcan, son muy diversos y van desde la investigación y educación hasta la actividad inspectora de las administraciones públicas, pasando por la elaboración de mapas, catálogos, inventarios, etc.; exigencias de estudios de impacto ambiental y de autorizaciones o aprobaciones (licencias); medidas de fomento y de disuasión libremente asumidas (subvenciones, cargas económicas —canon de vertido, por ejemplo—, etc.); implantación de servicios públicos con contenido ambiental, etc.

Los instrumentos represivos, en cambio, pretenden exigir una "sanción" o "respuesta" obligatoria cuando el atentado contra el medio ambiente ya ha acaecido, diferenciándose tres grandes modalidades de responsabilidad jurídica: la civil, la administrativa y la penal.

No es posible, sin embargo, extremar los caracteres preventivo o represivo de las normas, pues por una parte la amenaza de represión tiene efectos preventivos (inhibición de posibles infractores) y, por otra, la represión sólo opera cuando las normas preventivas se han eludido o infringido.

RESPONSABILIDADES CIVIL, ADMINISTRATIVA Y PENAL

Los instrumentos jurídico represivos, como se ha dicho, se centran en las previsiones legales de exigir responsabilidades civiles, administrativas y penales. No es el momento de insistir en estas tres modalidades de responsabilidad, pues sólo hay que exponer la tercera. Si puede ser oportuno recordar que mientras el principio *ne bis in idem* impide exigir por un mismo hecho sanciones penales y administrativas (no se puede castigar dos veces por una misma conducta que ofenda idéntico bien jurídico), si son en cambio compatibles ambas responsabilidades con la civil, consistente en restituir, reparar (*reductio in pristinum*) o indemnizar daños y perjuicios, siendo incluso posible exigir la declaración y ejecución de dicha responsabilidad civil (tanto al responsable principal como al subsidiario) en el proceso penal, al tiempo que se declara y ejecuta la responsabilidad punitiva por los mismos hechos.

La responsabilidad penal consiste en la exigencia del cumplimiento de una pena o medida de seguridad, impuestas como consecuencia de la condena en procedimiento criminal, por haber cometido un delito —infracción penal castigada con pena grave— o una falta —infracción leve.

SUBSIDIARIEDAD, SECUNDARIEDAD Y NECESARIEDAD DE LA LEY PENAL AMBIENTAL

Proteger el medio ambiente amenazando con responsabilidades penales es necesario, tanto por mandato constitucional (art. 45, 3 CE) cuanto por la relevancia que este bien jurídico tiene en la actualidad. Sin embargo, el principio de mínima intervención impone que estas normas penales sólo castiguen las conductas más graves y, en consecuencia, rija también el principio de subsidiariedad.

Por otra parte, en este como en otros ámbitos, el Derecho penal carece de independencia a la hora de configurar los tipos delictivos, dada la complejidad del bien jurídico a proteger, por lo que ha de optar por la técnica de la ley penal en blanco, articulando la protección penal mediante el reforzamiento de la normativa y de las autoridades administrativas ambientales.

MEDIO AMBIENTE Y RESPONSABILIDAD PENAL

EL BIEN JURÍDICO A PROTEGER

El medio ambiente, como bien jurídico novedoso a proteger por el Derecho penal, es complejo y, en cierto modo, poliédrico y sintético, en cuanto que afecta a bienes jurídicos tradicionales tales como la vida, la integridad corporal, la salud pública, el patrimonio, etc. Se trata, pues, de un nuevo valor o interés a proteger por las normas penales, autónomo aunque conexo respecto a otros bienes jurídicos, con los que guarda una relación como entidad más abstracta y fundamental.

El medio ambiente, constituido por todos los recursos naturales (gea, flora y fauna), interrelacionados y orientados hacia un adecuado desarrollo de la persona, en definitiva, ha de ser defendido, también en el plano penal, frente a la contaminación (atmosférica, hídrica y del suelo) y a la explotación irracional —exquilación— de tales recursos, renovables o no renovables.

NORMAS NUEVAS Y VIEJAS

Precisamente por el carácter complejo del medio ambiente, que le relaciona con otros bienes jurídicos, la protección penal actual proviene no sólo del nuevo delito previsto desde 1983 en el art. 347 bis del Código Penal, sino también de otras más tradicionales contraídas en el propio Código y leyes penales especiales, a las que se hace referencia en el apartado siguiente (A y B). de este trabajo. En el futuro, estas normas viejas deberían ser revisadas desde esta nueva perspectiva ambiental.

REGULACIÓN ACTUAL

Con las premisas enunciadas es ya el momento de iniciar el análisis exegético del nuevo artículo 348 bis incluido en la Sección II del Capítulo II —“De la infracción de las leyes sobre inhumaciones, de la violación de sepulturas y de los delitos de riesgo en general”— del Libro II del Código Penal. Esta sección ha pasado a denominarse, precisamente tras la reforma de 1983 y a consecuencia de la inclusión de este nuevo precepto, “De los delitos contra la salud pública y el medio ambiente”.

Como se hace constar en lo que resta de exposición, la actual regulación del delito ecológico es muy defectuosa. A pesar de ello, se han seguido algunos procedimientos exigiendo responsabilidades penales por su comisión, existiendo sentencias condenatorias, una de ellas confirmada por el Tribunal Supremo (S. 30 de noviembre de 1990).

EL TIPO BÁSICO

El novedoso precepto del Código Penal protector del medio ambiente cuenta con tres tipos penales: uno principal y básico descrito en su párrafo primero, y dos derivados y cualificados o agravados contenidos en los dos párrafos siguientes. El cuarto y último párrafo describe una peculiar medida de seguridad.

A. La conducta típica

El comportamiento típico de la figura básica está compuesto por una conducta contaminadora, entendiendo por tal lo que definan como emisión o vertido ilícito las leyes y reglamentos ambientales, siempre y cuando causen u ocasionen alguno de los peligros

descritos en el propio tipo. En primer lugar habrá que concretar los conceptos de “provocar o realizar directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase, en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas...”, para referirse a continuación a la modalidad “contraviniendo las leyes o reglamentos protectores del ambiente”, terminando esta referencia a la conducta del tipo básico al considerar el efecto de poner “en peligro grave la salud de las personas” o de poder “perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles”.

a) La contaminación

“Provocar o realizar directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase, en la atmósfera, en el suelo o las aguas terrestres o marítimas”, es el comportamiento o manifestación de voluntad previsto en este primer párrafo 347 bis como núcleo o acción del tipo básico de los delitos contra el medio ambiente, comportamiento que puede también denominarse “contaminación”, si bien sólo tendrá trascendencia penal cuando supere los niveles permitidos y alcance los prohibidos por las leyes y reglamentos ambientales, como luego se verá.

“Provocar” significa literalmente, según el Diccionario de la Real Academia Española, hasta cinco cosas distintas, pero en el contexto que el legislador lo ha empleado en este artículo 247 bis del Código Penal, “facilitar, ayudar”, “mover o incitar” a algo; en el artículo 4º del propio Código Penal, aunque en otro terreno, la palabra “provocación” significa “incitar” o “inducir”. “Realizar”, en cambio, quiere decir “efectuar, hacer real y efectiva una cosa”. Pues bien, el precepto indica claramente que puede ser sujeto activo de las emisiones o vertidos tanto el que los efectúa como el que incita o induce (ordena, manda, indica) a otro que los realice o, incluso, al que ponga los medios para que tal emisión o vertido se produzca por sí solo, sin intervención inmediata del actuante o de otro ser humano en el momento mismo de realizarse.

“Emisión”, volviendo al Diccionario, significa “acción y efecto de emitir”, esto es, “arrojar, exhalar o echar hacia fuera una cosa” o “lanzar ondas hertzianas para hacer oír señales, noticias, música, etc.”; en lo que a la atmósfera se refiere, la Orden ministerial, de 18 de octubre de 1976, dictada en desarrollo de la Ley 38/1972, de 22 de di-

ciembre, y subsiguiente Decreto 833/1975, de 6 de febrero, indica en su Anexo I que "emisión" significa "lanzamiento de materiales al aire, ya sea por un foco localizado (emisión primaria) o como resultado de reacciones fotoquímicas o cadenas de reacciones iniciadas por un proceso fotoquímico (emisión secundaria)". "Vertido", como acción y efecto de verter, quiere decir "derramar o vaciar líquidos, y también cosas menudas, como sal, harina, etc.", y en el caso de las aguas terrestres, la Orden ministerial, de 9 de octubre de 1962, en su artículo 2º, considera "vertido directo el realizado inmediatamente sobre un curso de agua, cauce público o canal de riego, y por vertido indirecto, el que no reúne estas circunstancias, como el realizado en azarbes, canales de desagüe y pluviales, etc.", tras la promulgación de la nueva Ley de aguas 29/1985, de 2 de agosto (arts. 92 y ss.), y Reglamentos de desarrollo (Reglamento del Dominio Público Hidráulico Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, arts. 245 y ss.) no se ha desvirtuado esta determinación; por su parte, en relación con las aguas marítimas, el Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertido de desechos y otras materias (BOE de 10 de noviembre de 1975), en su artículo 3º, 1º, dice que: "Por vertimiento se entiende: a) Toda evacuación deliberada en el mar de desechos u otras materias efectuadas desde buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones en el mar. b) Todo hundimiento deliberado en el mar de buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones en el mar". Para encontrar en cada caso el alcance de estos términos —emisión y vertido—, habrá que acudir a las específicas regulaciones administrativas, a las que en breve se hace completa referencia. Tales emisiones o vertidos pueden ser, a efectos de tipicidad o inclusión en el ámbito de este delito, tanto "directos" como "indirectos", es decir, que incidan de inmediato en aguas, suelos o atmósfera, o que tal incidencia se produzca con mediación de tiempo, espacio o reacción física o química (la contaminación de aguas subterráneas mediante filtración, por ejemplo).

b) *Leyes y reglamentos ambientales*

La remisión a las leyes y reglamentos ambientales, de naturaleza prevalentemente administrativa y que luego se remite a los vigentes en el momento de escribirse estas líneas, convierte este precepto en un tipo

penal en blanco, modalidad legislativa que ha merecido críticas por lo que puede tener de contraria al principio de legalidad y, más concretamente, a la reserva de Ley Orgánica para las leyes penales a partir del artículo 81 de la Constitución, pero que, por una parte, es el único recurso existente para proteger el medio ambiente desde leyes penales precisamente si se quiere hacer con certeza y seguridad jurídicas, y, por otra, es coherente con el carácter de Derecho penal administrativo que corresponde a éste y otros sectores del ordenamiento penal, en los cuales se protegen ciertos bienes jurídicos a través del reforzamiento de la normativa y de las autoridades y funcionarios administrativos, pues no en balde la ley penal tiene en estos ámbitos un papel prevalentemente secundario, auxiliar e indirecto. Para colmo de esta problemática, las Comunidades Autónomas tienen competencia según el artículo 149, 1º, 23, para dictar "normas adicionales de protección" del medio ambiente, que también marcarán los límites de lo lícito y lo ilícito en cuanto a la contaminación en cada Comunidad Autónoma, posible diversidad de vigencia material de la ley penal en distintas Comunidades Autónomas que no tiene nada de extraño, dada la también diversidad de necesidades de protección de cada uno de los recursos naturales y de sus conjuntos en los distintos espacios geográficos, pues precisamente en las cuestiones ambientales se suele admitir la "diferencia locacional"; además, la protección del medio ambiente a nivel de gestión administrativa es una competencia asumible en exclusiva por las Comunidades Autónomas según el artículo 148, 1º, 1ª, siendo, por tanto, las autoridades y funcionarios autonómicos los que requieren la concurrencia de sobreprotección penal para su actuación, en cumplimiento del mandato constitucional del artículo 45, 3º.

El alcance del adjetivo "ambientales" o, más estrictamente, de la nota de "protectores del medio ambiente" que ha de acompañar a las leyes y reglamentos aplicables como complemento necesario de este artículo 347 bis del Código Penal, puede plantear problemas de extensión, pues mientras algunos autores estiman que sólo los temas de contaminación son propios del medio ambiente, otros los extienden también a la explotación de recursos, y en tanto unos se limitan al agua y al aire como materia propia del Derecho ambiental, otros la extienden a todos los recursos naturales. La referencia en el ar-

título 45, 2º, de la Constitución a todos los recursos naturales y su utilización (explotación y defensa de la contaminación) racional, así como a su conservación y restauración, exige incluir entre la normativa ambiental muy numerosas disposiciones y, aun cuando no se haya elaborado ni mucho menos promulgado la ley básica de protección del medio ambiente y algunas leyes sectoriales del mismo carácter, las vigentes figuran en las concordancias del artículo 347 bis del citado Código Penal con legislación especial y complementaria.

c) Peligros típicos

Sin perjuicio de reconocer como más deseable la no necesidad de concurrencia de peligros concretos en la tipificación del delito ecológico, por razones de eficacia en la protección penal del ambiente, el legislador español ha preferido construirlo de peligro concreto, pues las emisiones o vertidos tienen que poner "en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles". Si fuera un delito de peligro abstracto, no habría que probar la presencia de un riesgo, pues se consideraría la conducta peligrosa en sí misma; al exigir el tipo de riesgos concretos, hay que probar su presencia.

Si este efecto de la contaminación debe considerarse como resultado a incluir en el dolo del autor, causalmente originado por la manifestación de voluntad ya descrita, o como una simple condición objetiva de punibilidad que no tiene por qué estar abarcada por la inteligencia y la voluntad del autor, es una cuestión discutible. Desde una perspectiva acusatoria está clara la conveniencia de estimarla como una condición objetiva de penalidad, siendo incluso coherente esta calificación desde un punto de vista de interpretación sistemática, en cuanto que los bienes jurídicos que se ponen en peligro están ya protegidos por otros preceptos penales luego examinados en el capítulo de los concursos. Si, en cambio, se plantea el problema desde una postura de defensa del acusado, se tenderá a estimar como resultados causalmente generados y que deben ser abrazados por el dolo estos peligros, sumándose así a la ya difícil probanza de la concurrencia de estos riesgos la del reconocimiento y aceptación de los mismos por parte del sujeto activo.

En uno u otro caso, con la única diferencia de tener que probar o no la relación de causalidad, desde el aspecto objetivo del tipo se requerirá la presencia de un "peligro grave para la salud de las personas" o de una posibilidad de "perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles". La descripción en *numerus clausus*, aunque alternativa, es tan caprichosa como reiterativa, pues los bosques suelen ser espacios naturales o plantaciones útiles y las condiciones de la vida animal están en relación de ecosistema con la gea y la flora, pero en tanto no se mejore la actual versión del delito ecológico habrá que probar que ha acaecido alguno de los peligros descritos para que sea típica la conducta contaminadora. En el apartado de los concursos se trata el tema de los supuestos en los que se materialice el riesgo acaeciendo el siniestro temido, pero puede adelantarse que entonces, paradójicamente, no habrá delito ecológico, sino el de daños, lesiones, homicidios o estragos que corresponda.

B. Dolo y culpa

La inexistencia de elementos subjetivos del injusto en este precepto, así como la presencia de la cláusula general de reconversión de los delitos dolosos en culposos, artículo 565 del Código Penal, abogan por la admisión de culpa grave y menos grave —imprudencia temeraria y simple con infracción de reglamentos— en este delito. La dificultad que pudiera resultar de la levedad de las penas, en relación con los párrafos cuarto y último del citado artículo 565, es subsanable, pues la pena inferior en grado a arresto mayor y a esta multa puede ser la de multa de 30.000 a 300.000 pesetas y la de otra multa de 50.000 a 1.000.000 de pesetas, y la inferior en dos grados, para los supuestos de imprudencia simple con infracción de reglamentos, también de dos multas, una de 30.000 a 49.999 pesetas y otra inferior a 30.000. En las modalidades agravadas de los siguientes párrafos del artículo 347 bis, se simplifica aún más este problema penológico al ser superior la pena de la versión dolosa.

C. Penalidad

La pena prevista para la figura básica del párrafo primero del artículo 347 bis del Código Penal es la conjunta privativa de liber-

tad de arresto mayor y pecuniaria de multa de 50.000 a 1.000.000 de pesetas. La graduación de la pena privativa de libertad y su posible suspensión en su fase ejecutiva se ajustará a las previsiones generales del Código; la pecuniaria, por sus reglas propias del artículo 63. La elevación en grado de esta penalidad en los supuestos agravados de los dos párrafos siguientes la convertirán en la pena conjunta de prisión menor y de multa de 1.000.001 pesetas a 1.500.000 en atención a lo dispuesto en los artículos 56, 73 y 76 del Código Penal.

DELITOS ECOLÓGICOS AGRAVADOS

El nuevo artículo 347 bis incluye en sus párrafos segundo y tercero dos figuras agravadas que corresponde ahora analizar. Una cuestión que surge relativa a ambos tipos cualificados es si la segunda agravación sólo operará sobre la base del párrafo primero o, en su caso, tendrá como punto de referencia y partida el tipo agravado del párrafo segundo; con otras palabras, si son o no acumulables ambas agravaciones. La cualificación del primer párrafo parece, por razones sistemáticas, que se refiere al anterior y respecto a él se ha de operar la agravación penal; el párrafo tercero, sin embargo, habla de los "actos anteriormente descritos", actos que tanto son los del primero como los del segundo párrafo, por lo que la pena resultante de la doble cualificación sería la de prisión mayor y multa de 1.500.001 a 2.250.000 pesetas.

A. Por incumplimiento de obligaciones administrativas

En un planteamiento lógicamente funcional de la protección penal del ambiente, este segundo párrafo no debería ser una figura agravada, sino más bien un complemento del tipo básico, sustitutivo del peligro concreto que ahora figura en el mismo. Si, como antes se ha hecho notar, en común sentir de los documentos políticos y doctrinales que hacen referencia a esta temática que la protección penal del ambiente sólo puede realizarse mediante un reforzamiento de la normativa y de la gestión administrativa ambiental, estos comportamientos incluidos en el párrafo segundo deberían ser una conducta adicional a la de contaminación, suficiente para convertir tales poluciones en injustos penales, dejando de ser meros in-

justos administrativos. Sin embargo, no ha sido así como el Proyecto y la Ley configuraron la tipología ecológica por lo que estos actos sólo podrán tenerse en cuenta como agravaciones en régimen alternativo. También es criticable que la cualificación se reduzca a las industrias, pues otras actividades no industriales (agrícolas, ganaderas, de evacuación de aguas residuales urbanas, etc.) pueden ser y de hecho son tan peligrosas y dañinas o más que las industriales.

Las acciones cualificantes son, pues, la clandestinidad, es decir, el funcionamiento sin haber pedido u obtenido la debida autorización, aprobación o licencia que se prevé en las distintas normas ambientales antes enumeradas; la desobediencia a órdenes expresadas de la Administración, relativas a suspensión de actividades o a la correlación de las mismas por razones de contaminación; a la aportación de información falsa sobre aspectos ambientales de la industria o, en fin, por obstruccionismo a la actividad inspectora de la Administración. En todos estos casos, la especialidad de este tipo agravado le hará prevalecer sobre otros artículos del Código Penal que pudieran concurrir.

B. Por un riesgo de especial deterioro

El párrafo tercero del artículo 347 bis cualifica el comportamiento antiambiental en atención a dos efectos, causalmente originados por los actos "anteriormente descritos", consistentes en un nuevo peligro o riesgo de "deterioro irreversible o catastrófico". Deterioro o deterioración, como acción y efecto de deteriorar o deteriorarse, significa estropicio, menoscabo o puesta en inferior condición de una cosa. A tal efecto deberá acompañar bien el calificativo de "irreversible", es decir, imposibilidad de volver al estado o condición que tuvo antes, o el de "catastrófico", esto es, suceso infausto que altera gravemente el orden regular de las cosas o, en un sentido menos académico, los supuestos de guerra, inundación, terremoto, erupción volcánica y otros fenómenos meteorológicos o análogos. También en este caso la inseguridad jurídica es patente, por la falta de concreción descriptiva del texto legal.

Medida de seguridad

El último párrafo de este artículo hace referencia a una medida de seguridad potes-

tativa —"podrá acordarse"— consistente en "la clausura temporal o definitiva del establecimiento". Parece excesivamente estricta tal medida, tanto por reducirse a establecimientos sin incluir actividades en general como por prever sólo el cierre o, en su caso, la intervención administrativa, pues junto al cierre podrían figurar otras medidas como las del artículo 138 de la propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983, y al lado de la intervención administrativa la expropiación y reconversión en empresa pública o cooperativa, por ejemplo.

CONCURSOS DE NORMAS Y DE DELITOS

El carácter sintético, sincrético o poliédrico del medio ambiente, tanto en su versión real como jurídica, explica los numerosos problemas concursales que plantea este nuevo artículo 347 bis del Código Penal. En primer lugar, se examinarán los concursos en el ámbito del propio Código Penal. En segundo término, en relación con leyes penales especiales; y, para terminar, respecto a las infracciones y sanciones administrativas.

A. En el ámbito del Código Penal

Diversos preceptos del Código Penal cuya concurrencia con el presente artículo 347 bis es posible como meras normas o como delitos, en régimen de concurso real o ideal, habrán de tenerse en cuenta a la hora de resolver los posibles concursos conforme a las reglas generales del Código. Por una parte, están los delitos y faltas descriptivos de conductas potencialmente contaminadoras (artículos 341, 342, 345, 577, 4º, y 581, 1º, 3º y 4º), por otra, los delitos y faltas de contaminación o destrucción del medio relativos a la salud, alimentos y bebidas (arts. 346, 347, 348 bis, 576, 3º, y 577, 2º, 3º y 6º), a caza y pesca (art. 507), a incendios (arts. 549, 551, 555 y 556), a daños y estragos (arts. 517, 557 a 559, 562, 563, 579, 580, 3º, 587, 2º, 591 a 593 y 597 a 599), y, en fin, los posibles delitos y faltas consistentes en acaecimiento de resultados derivados de la contaminación (arts. 348, 407, 420, 422, 582 y 583).

B. En relación con leyes especiales

Respecto a las leyes penales especiales hay que citar la de energía nuclear (Ley 25/

1964, de 29 de abril, arts. 84 a 90), a la caza (Ley 1/1970, de 4 de abril, arts. 41 a 45) e incluso la de protección de pájaros insectívoros si estuviera vigente (Ley de 19 de septiembre de 1896), así como la de pesca fluvial (Ley de 20 de febrero de 1942, modificada por la de 4 de mayo de 1948, art. 60) y de pesca con explosivos (Ley de 31 de diciembre de 1946). La configuración de este delito ecológico como de peligro lo invalida como aplicable en aquellos supuestos en que acaezca el daño temido, lo que significa un inconstitucional no reconocimiento de la autónoma protección penal del medio ambiente.

RESPONSABILIDAD CIVIL

Particular importancia tiene, en los procedimientos penales por delito ecológico, la exigencia y cuantificación de responsabilidad civil derivada del delito (arts. 19 y ss., 101 y ss. del Código Penal), tanto para el responsable principal —persona física penalmente responsable— cuanto para el subsidiario (persona o entidad de la que dependa el culpable).

Suelen ser tan importantes en cuantía estas indemnizaciones, que prácticamente se convierte en la principal pretensión de los querellantes al iniciar y mantener el proceso penal.

FUTURA REGULACIÓN

PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1992

El proyecto de Código penal de 1992 dedica el Título XIII del Libro II a los delitos contra el medio ambiente, en los siguientes términos:

TÍTULO XIII

De los delitos relativos a la ordenación del territorio y a la protección de los recursos naturales y de la vida silvestre

CAPÍTULO I

De los delitos sobre la ordenación del territorio

Artículo 310

1. Se impondrán las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación

especial para la profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, cuando se llevare a cabo una construcción no autorizada en suelo no urbanizable o en lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, artístico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.

2. Los que derribaren o alteraren gravemente edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cinco años.
3. En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición o, en su caso, reconstrucción de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, así como adoptar cualquier otra medida cautelar necesariamente para la protección de los bienes tutelados en este artículo.

Artículo 311

Los funcionarios facultativos que, a sabiendas, hubieren informado favorablemente proyectos de edificación o de derribo, o la concesión de licencias notoriamente contrarios a las normas urbanísticas vigentes, y los miembros del organismo otorgante que hubieren votado su concesión, a sabiendas de su ilegalidad, serán castigados con pena de prisión de seis meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses y, en todo caso, con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cinco años.

CAPÍTULO II

De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente

Artículo 312

1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a cuatro años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años

el que, contraviniendo las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente emisiones, radiaciones, vertidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, de cualquier clase, en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso, en los espacios transfronterizos, que puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida silvestre, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior.

2. Se impondrá la pena superior en grado si la industria o actividad funcionara clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de corrección o suspensión de la actividad contaminante, o se hubiera aportado información falsa sobre los aspectos ambientales de la misma, o se hubiere obstaculizado la actividad inspectora de la Administración, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código.

También se impondrá la pena superior en grado si los actos descritos en el apartado primero de este artículo originaren un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.

3. En todos los casos previstos en este artículo podrá acordarse la cláusula temporal, sin que pueda exceder de cinco años, o definitiva de la industria, actividad, establecimiento o empresa.

Artículo 313

Si las industrias o actividades a que se refiere el artículo hubieran obtenido licencia que autorice su funcionamiento en las condiciones causantes de la contaminación, cuando aquélla sea manifiestamente contraria a lo preceptuado en las Leyes o Reglamentos, los funcionarios o facultativos que, a sabiendas, hubieren informado favorablemente el proyecto, hubieren concedido la licencia, o con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de aquellas normas, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a un año o multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de ocho a doce años.

Artículo 314

Serán castigados con pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o de multa de doce a veinticuatro meses o con ambas penas, según la gravedad de la conducta, quienes establecieren depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos urbanos o industriales clandestinos o sin cumplir las prescripciones impuestas en la autorización obtenida para evitar la nocividad o molestias del vertedero o depósito.

Si los residuos que se mencionan en el párrafo anterior fueren tóxicos o peligrosos, se impondrán las penas de dieciocho a veinticuatro fines de semana y multa de doce a veinticuatro meses.

Artículo 315

El que corte, tale, queme, arranque, recolecte, comercie o efectúe tráfico ilegal de alguna especie o subespecie de flora protegida, o de sus propágulos, o destruya o altere gravemente sus hábitats, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, o multa de ocho a veinticuatro meses.

Artículo 316

Quien, en un espacio natural protegido, dañare gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo, incurrirá en la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

Artículo 317

Los hechos previstos en este Capítulo serán sancionados, en su caso, con la pena inferior en grado, en sus respectivos supuestos, cuando se hubieren cometido por imprudencia grave.

Artículo 318

Los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el equilibrio ecológico perturbado, así como adoptar cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Capítulo.

Artículo 319

En los hechos previstos en este Capítulo, si el culpable hubiera procedido, voluntariamente a reparar el daño causado, los Jueces o Tribunales podrán imponer la pena de prisión inferior en grado.

CAPÍTULO III

De los delitos relativos a la protección de la vida silvestre

Artículo 320

1. El que cazare o pescare especies amenazadas, realizare actividades que impidieren o dificultaren su reproducción o, contraviniendo las leyes o reglamentos protectores de las especies de fauna silvestre, comerciare con las mismas, o con sus restos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses.
2. La pena se impondrá en su mitad superior si se tratare de especies o subespecies catalogadas en peligro de extinción.

Artículo 321

El que cazare o pescare especies distintas a las indicadas en el artículo anterior, no estando expresamente autorizada su caza o pesca por las normas específicas en la materia, será castigado con la pena de arresto de siete diez fines de semana o multa de cuatro a ocho meses.

Artículo 322

El que, sin autorización administrativa, empleare para la caza o la pesca veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes susceptibles de generar una eficacia destructiva semejante, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses.

Artículo 323

En los supuestos previstos en los artículos anteriores, el Juez o Tribunal impondrá a los responsables, además, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a la caza o la pesca por tiempo de tres a ocho años.

CAPÍTULO IV

Disposición común a los Capítulos anteriores

Artículo 324

En Juez o Tribunal podrá imponer la privación de los beneficios obtenidos como consecuencia de los delitos tipificados en los

Capítulos anteriores, a los responsables de los mismos o a la persona física o jurídica por cuya cuenta hubieren actuado."

Juicio crítico y propuesta de alternativa

La crítica ha de ser preponderantemente negativa, si se tiene en cuenta:

1. Que el rótulo del Título es redundante: tanto el territorio como la fauna silvestre son recursos naturales y, por lo tanto, "medio ambiente". Bastaría en consecuencia que este Título XIII se denominara "De los delitos contra el medio ambiente".
2. La sistemática es igualmente aberrante, por ilógica o incongruente, proponiéndose como alternativa la siguiente:

- Capítulo I: De los delitos de comunicación.
- Capítulo II: De los delitos contra la explotación racional de los recursos naturales.
 - Sección primera: De los delitos relativos a la ordenación del territorio y al urbanismo.
 - Sección segunda: De los delitos contra la gea, la flora y la fauna.
- Capítulo III: Disposición común.

Y ya en relación con el articulado, los delitos de contaminación formarían un conjunto compuesto de un tipo básico y de otros agravados. El tipo básico se convertiría en un delito compuesto de meras conductas, sin problemas por tanto de nexo de causalidad respecto a la producción de peligro concreto alguno; se trataría, pues, de un delito de peligro abstracto (las conductas son en sí peligrosas) y, en consecuencia, no es preciso probar efecto o riesgo derivado, en contraste con la normativa vigente y con la propuesta en el Proyecto, lo que ampliaría y haría más eficaz la protección penal del medio ambiente frente a las agresiones contaminadoras. Por otra parte, se seguirían diferenciando estos injustos penales de los meramente administrativos castigados ya con sanciones de tal carácter, pues al mero hecho de contaminar ilegalmente habría de sumarse alguna de las conductas descritas como necesariamente complementarias (las hoy incluso en el párrafo 2 del art. 347 bis), reforzándose así la autoridad administrativa ambiental, que es el único procedimiento de proteger penalmente el ambiente.

Si concurriera algún peligro concreto, o incluso se actualiza en daños a la flora o la fauna, se incrementa la pena en función de la gravedad del riesgo.

Se suprimiría la referencia del Proyecto a los depósitos o vertederos de residuos urbanos o industriales (art. 314), por ser una mera modalidad contaminante ya incluida en el tipo básico, manteniéndose en cambio la referencia a los residuos tóxicos o peligrosos en una de las modalidades agravadas, por su especial intensidad en la creación de riesgos ambientales.

En cuanto a los delitos contra el urbanismo, el artículo del Proyecto identifica situaciones muy diversas, respecto al bien jurídico protegido, y no distingue entre los futuros injustos penales y los actuales administrativos.

Este precepto debería defender con proporcionalidad y adecuación la ordenación del territorio y el urbanismo, en armonía con las restantes referencias penales al medio ambiente natural y cultural que son realidades más genéricas que abarcan tales conceptos, y adecuando el apartado 2 a las previsiones de la Ley 16/1985 de 25 de junio del Patrimonio Histórico Español, arts. 14 y ss. de su Título II "De los bienes inmuebles". Los bienes muebles de interés histórico artístico ya están protegidos en la Ley de contrabando (Ley Orgánica 7/1982 de 13 de julio, art. 1º, 1, 5º) no afectada por este Proyecto.

Respecto a la posible responsabilidad de las personas que encarnan las administraciones ambientales, los funcionarios y autoridades de la Administración urbanística o de la ordenación del territorio debe suprimirse, pues no tienen por qué sufrir una amenaza penal superior a los funcionarios y autoridades de otros sectores administrativos, algunos tan importantes como el alimentario, el sanitario, el de comunicaciones y transportes, etc.

Si sus conductas son penalmente reprochables como constitutivas de los delitos comunes relativos a los funcionarios (cohecho, malversación, prevaricación, tráfico de influencias, negociaciones prohibidas, etc.), no es preciso "inventar" otras figuras que además generarían los indicados agravios comparativos.

Y en cuanto a los delitos contra la explotación irracional de los recursos naturales, además de incluir en el ámbito de la protección penal supuestos de explotación irracional de la gea omitidos en el Proyecto, se

deberían agrupar en esta sección los supuestos previstos en los artículos 315, 320, 321, 322 y 323 del Proyecto, como expresiones de ataques más graves a la flora y a la fauna, dejando para el ámbito puramente administrativo sancionador las restantes infracciones.

Las modificaciones tendrían además que ajustarse con más exactitud a la normativa administrativa aplicable a estos ámbitos, de inevitable constancia si se pretende proteger estas realidades, pues es la que delimita los diversos sectores y niveles de protección (en particular, la Ley 4/1989 de 27 de marzo, de conservación de espacios naturales y de la flora y fauna silvestres). También en el ámbito procesal penal habría que coordinar la actividades instructora judicial con la aplicación de medidas cautelares reales por parte de las administraciones ambientales. En este punto es oportuno reclamar una vez más la elaboración de una Ley orgánica reguladora de la potestad sancionadora de las administraciones públicas, que regule los aspectos sustantivo, procesales y de control jurisdiccional efectivo de dicha actividad. ■

BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ GARCÍA, Javier: "Injusto penal e injusto administrativo en la protección penal del medio ambiente". *Derecho y Medio Ambiente*, VV.AA. Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo. CEOTMA, Madrid, 1981, pp. 259 y ss.
- BACIGALUPO, Enrique: "La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente". *Estudios penales y criminológicos*, tomo V, VV.AA. Universidad de Santiago de Compostela, 1982, pp. 193 y ss.
- BOIX REIG, Javier: "Delitos contra el medio ambiente". *Derecho penal*. Parte especial, 3ª ed., VV.AA., coordinado por Tomás Salvador Vives Antón. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pp. 279 y ss.
- BRIONES VIVES, Felipe: "Descripción socio-jurídica del medio ambiente en España". Comunicación a las Jornadas sobre el Medio Ambiente, organizadas conjuntamente por el Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Justicia y Fiscalía General del Estado, Segovia, 1988.
- CASABO RUIZ, José Ramón: "La capacidad normativa de las comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente". *Estudios penales y criminológicos*, tomo V, VV. AA. Universidad de Santiago de Compostela, 1982, pp. 235 y ss.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido: "Protección penal del medio ambiente". *Medio Ambiente*, *Poder Judicial*, 2ª ep., número especial IV, 1988, pp. 67 y ss.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis: "La Ley alemana de Reforma del Código penal para la lucha frente a la criminalidad contra el ambiente". *Cuadernos de Política Criminal*, número 18, pp. 651 y ss.
- "Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente (TIT XIII, L. II, PANCP 1983)". *Documentación Jurídica*, *Monográfico dedicado a la Propuesta de anteproyecto del nuevo Código penal*, vol. II, VV.AA. Ministerio de Justicia, Madrid, 1983, pp. 876 y ss.
- *Delitos contra el medio ambiente*. Instituto de Criminología y Departamento de Derecho penal de la Universidad de Valencia, 1984.
- "La primera sentencia por delito ecológico: ¿una resolución histórica?". *Poder Judicial*, 2ª ep., número 11, septiembre 1988, pp. 95 y ss.
- PRATS CANUT, José Miguel: "Observaciones críticas sobre la configuración del delito ecológico en el Proyecto de Código penal de 1980". *Estudios jurídicos en honor al profesor Octavio Pérez-Vitoria*, vol. II, VV.AA. Ed. Bosch, Barcelona 1983, pp. 743 y ss.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: "Aproximación a la política criminal desde la protección del medio ambiente". RIDP, Actes du Premier Colloque Régional Espagnol sur Politique Criminelle et Droit Pénal, 1978-I, pp. 279 y ss.
- "Sobre una inadecuada pretensión de proteger penalmente el medio ambiente (arts. 323 a 325 del Proyecto)". *La reforma penal y penitenciaria*, VV. AA. Universidad de Santiago de Compostela, 1980, pp. 467 y ss.
- "Presente y futuro de la protección del medio ambiente en España". *Derecho y Medio Ambiente*, VV.AA. Ministerio de Obras y Urbanismo, CEOTMA, Madrid, 1981, pp. 243 y ss. También en *Documentación Administrativa*, número 190, 1981, pp. 229 y ss., y en *Estudios penales y criminológicos*, vol. V, VV.AA., Universidad de Santiago de Compostela, 1982, pp. 281 y ss.
- "El medio ambiente en la Constitución española". *Derecho y Medio Ambiente*, VV.AA. Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, CEOTMA, Madrid, 1981, pp. 33 y ss.
- "Protección penal del ambiente". *Comentarios a la legislación penal*, tomo I, VV.AA., dirigidos por Manuel Cobo del Rosal y coordinados por Miguel Bajo Fernández. Ed. Edersa, Madrid, 1982, pp. 259 y ss.
- "Alternativas a la protección penal del medio ambiente". *Cuadernos de Política Criminal*, número 19, 1983, pp. 133 y ss.
- "Delitos contra el medio ambiente". *Comentarios a la legislación penal*, tomo V, vol. 2ª, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal y coordinados por Miguel Bajo Fernández. Ed. Edersa, Madrid, 1985, pp. 829 y ss.
- "Las cuestiones prejudiciales de Derecho Comunitario en el proceso penal (comentario a la sentencia de 11 de junio de 1987 de la Sala Quinta del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)". *Poder Judicial*, 2ª ep., número 8, septiembre 1987, pp. 47 y ss.
- "El Derecho ambiental comunitario y los delitos ecológicos" (comentario a la sentencia de 11 de junio de 1987 de la Sala Quinta del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas). *Noticias CEE*, número 37, febrero 1988, pp. 109 y ss.
- "El delito ecológico". Ponencia presentada al I Seminario de Derecho Ambiental Aplicado, Segovia, Mayo 1989.
- SEOANEZ CALVO, Mariano; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: *La contaminación ambiental. Nuevos planteamientos técnicos y jurídicos*. Instituto de Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1978.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; HORMAZABAL MALARES, Hernán; CANTARERO BANDRÉS, Rocio: *El delito ecológico*. Ed. Trotta, Madrid, 1992.
- VEGA RUIZ, José Augusto de: *El delito ecológico*. Editorial Colex, Madrid, 1991.

VALORACIÓN JUDICIAL DE LAS PRUEBAS PERICIALES DE IDENTIFICACIÓN

BALDOMERO CASADO RAIGÓN

Fiscal de la Audiencia Provincial de Córdoba

INTRODUCCIÓN Y MÉTODO DE VALORACIÓN

El establecer unos hechos probados en la sentencia, ha de corresponder al resultado de la prueba practicada en el juicio y en consecuencia a la valoración de ésta. Obviamente, hemos de centrar nuestra intervención, cifrándonos exclusivamente, a la pericial, y dentro de ésta, congruentes con el título de la Colaboración "Valoración Judicial de las Pruebas Periciales de Identificación", a aquella que tiene por objeto la determinación del autor de un hecho punible.

A diferencia del sistema de prueba legal del método inquisitivo, el proceso acusatorio y oral, se basa en el principio de libre valoración. "El Tribunal apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio". (art. 471 LECrim).

El sistema de prueba tasada suponía que el propio ordenamiento jurídico recogiese, en forma legal, una serie de máximas de experiencia, con arreglo a las cuales los hechos habían de estimarse como probados, con independencia de la convicción del juzgador, una vez cumplidos determinados requisitos y formas. El sistema de aplicación aún, en algunos aspectos del proceso civil, consistía, en esencia, en la sustitución del razonamiento del juez por el del legislador, que establecía en sus normas el valor que había de darse a cada medio probatorio, degradando así el papel del juzgador, que se convertía en mero autómatá en la aplicación del derecho.

Como consecuencia del afianzamiento de la institución del jurado en los sistemas continentales y la dificultad que para sus componentes suponía el conocimiento y la comprensión de las complejas reglas de valoración tasada, obligó al legislador a un cambio de concepción, adoptándose por éste, como más acorde con la nueva realidad y con el escueto carácter del veredicto del jurado (culpable o no) la libre valoración, que no significa que el juzgador sea libre de seguir su capricho, sus impresiones o sus sospechas, sino que supone una deducción lógica que parte de unos datos fijados con certeza. O como establece el art. 717, al referirse a la prueba testifical, el juez valorará sus percepciones "según las reglas del criterio racional".

Para este sistema, para que el juez adopte una decisión, ha de estar plenamente convencido. No basta la probabilidad, la verosimilitud o la sospecha. En los supuestos de indeterminación del hecho, rige plenamente el principio de *in dubio pro reo*, que puede formularse así: la falta de prueba de la culpabilidad equivale a la prueba de la inocencia.

La formulación en la Constitución, del principio de presunción de inocencia (art. 242) que exige, a través de la interpretación que del mismo hace el T.C. a partir de la sentencia de 28-07-81, que para que ésta se destruya exista en el proceso una mínima actividad probatoria, producida con todas las garantías y que pueda considerarse de cargo", así como la necesidad que establece el art. 120.3, también de la CE, de que las sentencias sean siempre motivadas, ¿supone la introducción de un nuevo sistema de valoración de la prueba?

El T.S. entiende que no y así la sentencia de 12-07-90 dice: la consagración en la CE, de la presunción de inocencia no supuso la derogación de lo dispuesto en el art. 741 de la LECrim, sino que su trascendencia se circunscribió a la recta inteligencia de dicho precepto, que no concede a los tribunales, la arbitrariedad, ni la posibilidad de guiarse por suposiciones, impresiones o intuiciones, ni de aprovechar con fines probatorios lo impalpable o inaprehensible, sino que, antes al contrario, podrán valorar las pruebas en conciencia, siempre que las haya y por consiguiente se haya practicado un mínimo de actividad probatoria de cargo, que se refiere tanto a los componentes subjetivos como a los ingredientes objetivos de la infracción de que se trate y que se haya llevado a cabo con estricta observancia de las garantías proce-

sales y respecto a los derechos fundamentales reconocidos por las leyes.

La de 27-07-90 también hace compatible el art. 741 de la LECrim con el 120-3 de la CE y así dice: El Tribunal tiene la facultad de valorar en conciencia, conforme la reconoce el art. 741 de la LECrim, las pruebas practicadas en el juicio, pero tiene el deber de razonar expresamente tal valoración en el propio texto de la sentencia cumpliendo así el deber de motivación impuesto por el art. 120-3 de la CE, a fin de acreditar públicamente que no se trata de una actuación arbitraria (art. 9º.3 de la CE) y de permitir un correcto uso del derecho a recurrir y una mejor comprensión de la resolución impugnada, por parte del órgano judicial, que en su caso debe resolver el recurso.

Un argumento como el contenido en este último inciso pudo haber dado pie a Almagro Nosete a realizar el siguiente comentario: "La cuestión, en efecto, radica en saber si es posible hablar de un verdadero sistema de libre apreciación de las pruebas, cuando el razonamiento que lleva a la convicción no está exento de control jurisdiccional superior. No cabe duda que es esta la madre de todos los equilibrios. En definitiva, se plantea si, caso de admitir un control, no se estaría potenciando la aparición de una versión de las pruebas legales, pero devaluada por su transformación en pruebas jurisprudenciales. En otras palabras, si la característica de la prueba legal es que su valor viene predeterminado por el legislador, la característica de la prueba jurisprudencial, se correspondería con la adecuación de su valor a criterios jurisprudenciales predeterminados." Nosotros consideramos bastante acertada esta opinión, que después trataremos de fundamentar.

A la luz de estos criterios hemos de preguntarnos ahora ¿en qué momento procesal producen eficacia contribuyendo a la formación de la convicción del juez la práctica de las pruebas periciales de identificación y en qué manera vinculan al Tribunal?

Respecto al primer interrogante dice la S.T.S. de 22-12-89 que "la doctrina reiterada de esta sala, coincidente con la emanada del T.C., sostiene que los medios válidos para desvirtuar la presunción de inocencia son en principio los utilizados en el juicio oral y los preconstituidos de imposible o muy difícil reproducción, sin que puedan entenderse, en un sentido tan radical, que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el Ordena-

miento procesal establecen, siempre que puedan contrastarse en el acto del juicio.

Entre las de muy difícil o imposible reproducción se señalan algunas sentencias, los certificados médicos, registros domiciliarios, determinación de alcoholemia, prueba dactiloscópica, etc., a los que se les dota de eficacia siempre "bajo control de posible contradicción" y "desde el área del principio de publicidad". Es más, atenuando el rigor de esta jurisprudencia, recientes sentencias 5-02-91, 12-11-90, 15-10-91, establecen que no se limitan las posibilidades de defensa cuya garantía es lo que justifica los formalismos y previsiones legales, la no presencia física en el acto del juicio oral de los funcionarios que hubieren emitido el informe, que tan sólo es exigible en el caso de que así se hubiere solicitado por las partes en el escrito de conclusiones, en cuanto dado que el resultado de la prueba es perfectamente conocido por el procesado, éste se halla en condiciones de contradecirla o atacarla, por lo que cuando esto no se ha hecho, el dictamen pericial no pierde el valor inicial, aun sin necesidad de ratificación en el acto del juicio oral. Tales sentencias se refieren respectivamente a un informe dactiloscópico, pericial balístico y de estupefacientes.

En base a esta doctrina, la Instrucción 9/91 de 26 de diciembre de la Fiscalía General del Estado sobre "Algunas cuestiones procesales en los delitos de tráfico ilegal de drogas y estupefacientes", que, aunque referida a ese tipo de delincuencia contiene potencialidad generalizadora a otras pericias, informa a los fiscales que existe la posibilidad procesal, desde una perspectiva constitucional, de someter los análisis en fase de instrucción a ratificación contradictoria y configurarla como prueba preconstituida y de realización anticipada, que despliega toda su validez, si no son impugnados por ninguna de las partes, ya que se trata de pruebas documentadas que pueden ser examinadas por el Tribunal conforme el art. 726 de la LECrim.

La segunda de las interrogantes plantea: ¿en qué manera vinculan al juez los dictámenes periciales?, ¿es totalmente aplicable para ellos el principio de libre apreciación del ya citado art. 741 de la LECrim?

En un principio así parece. El auto del T.C. 868/86 afirma con rotundidad: "Los informes periciales no vinculan de modo absoluto al juez porque no son en sí mismos manifestación de una verdad incontrovertible y la sentencia del T.S. de 27-09-90, abundando

en la tesis de que esa facultad es omnímoda y no puede ser cuestionada incluso en casación o en amparo, explica: Tal facultad de libre valoración de la prueba que le corresponde al tribunal *a quo* no puede ser revisada de nuevo ni por este Tribunal Supremo cuando entiende el recurso de casación, ni por el Tribunal Constitucional cuando conoce el recurso de amparo."

Ahora bien, a pesar de estas rotundas afirmaciones, hemos encontrado en algunas sentencias atisbos de pruebas legales o mejor dicho utilizando la terminología a que antes nos referíamos pruebas jurisprudenciales, lo que confirma en cierta manera la tesis antes expuesta de Almagro Nosete. Así la de 17-09-88, que aunque comienza afirmando que "el carácter documental de los informes periciales a los efectos del art. 849 2 de la LECrim ha sido negado en repetidas oportunidades por la jurisprudencia de esta Sala ya que ni por su contenido, ni formalmente, encierra una verdad, *erga omnes*, absoluta, patente e irrefutable", sin embargo, continúa diciendo, que estos principios han reconocido de todos modos excepciones". Y así establece que el "informe pericial puede ser el fundamento de la impugnación de los hechos probados siempre que: 1º exista un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y la Audiencia, sin haber dispuesto de otras pruebas sobre los mismos extremos, fácticos, lo haya o los haya tomado como base única de la declaración, aunque de un modo incompleto, fragmentario o mutilado, o bien: 2º cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, la sentencia llega a conclusiones diametralmente divergentes de las de los informes periciales.

El fundamento de esta jurisprudencia se encuentra en la exclusión de la arbitrariedad contenida en el art. 9.3 de la CE. Ciertamente los tribunales no están vinculados a las conclusiones de los peritos. Sin embargo, cuando la determinación de los hechos requiere conocimientos científicos o técnicos especiales, los tribunales sólo se pueden apartar de los informes periciales a condición de que existan razones objetivas que lo permitan y justifiquen. En el mismo sentido la S.T.S. de 28-2-92.

Por último, hemos de aludir también, como una faceta más de los problemas que plantea la valoración de la prueba, al tratamiento que ha de darse a la que es obtenida irregularmente.

El problema se ha suscitado recientemente en este país. Lo que se explica por el tardío advenimiento de la democracia constitucional, a partir de la cual se comenzó a plantear la cuestión de la prueba prohibida e ilícitamente obtenida. El T.C. la aborda por primera vez en su sentencia 55/82, de 26 de junio, en la que advertía que la presunción de inocencia sólo puede ser enervada por prueba "que haya llegado con las debidas garantías al proceso". Ahora bien, en este punto conviene distinguir con carácter previo entre aquellas pruebas obtenidas ilícitamente por violentar directa o indirectamente derechos o libertades fundamentales (art. II-I L.O.P.J.) de aquellos otros en que la prueba se obtiene irregularmente, por no haberse ajustado su práctica a las prevenciones de la LECrim y demás disposiciones aplicables. A este respecto nos dice Ruiz Vadillo: "La prueba es ilegal o prohibida cuando se falta en su origen y/o desarrollo a un derecho fundamental; por ejemplo, una entrada y registro sin mandamiento judicial o una intervención de correspondencia postal, telegráfica o telefónica sin cumplimentar esta exigencia fundamental de la autorización del juez, son pruebas radicalmente nulas. En estos casos de la prueba así practicada, nada puede obtenerse en contra del reo. De no ser así todo el sistema legal se vendría abajo." Sigue diciendo: "Ahora bien, una cosa es prueba radicalmente nula y otra distinta, prueba irregular. Respecto de esta última, es evidente que lo que se pretendía probar con la diligencia irregular se podrá acreditar por las mismas personas que presenciaron la prueba y que estuvieron, por consiguiente, como testigos de ella. La sentencia del T.S. de 16-10-92 estudia estos supuestos. Hay un punto, nos dice, en el que la jurisprudencia de esta Sala se manifiesta absolutamente concorde: El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio exige que la autorización de una entrada sólo pueda realizarse si media consentimiento del titular del derecho, en caso de flagrante delito o si media resolución motivada, dejando aparte supuestos especiales previstos legalmente. La inexistencia de esa autorización judicial, cuando no concurren los demás supuestos previstos en el art. 18 de la Constitución, supone la lesión al derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio y, por tanto, la nulidad de la diligencia.

En el supuesto en el que medie autorización judicial, pero la diligencia no se efectúa en presencia del secretario judicial, la doc-

trina la Sala segunda del T.S. ha presentado las siguientes alternativas.

- a) La de entender que la ausencia del secretario judicial acarrea que el acta levantada en dicha diligencia no constituye prueba válida y por lo tanto no puede tener eficacia en el juicio oral. "Ahora bien, como la realización de una entrada y registro así practicada no vulnera ningún derecho constitucional, la consiguiente invalidez del medio probatorio no implica la nulidad e ineficacia plenas e insubsanables de dicho acto, por lo que los datos objetivos obtenidos en el mismo pueden ser acreditados por otros medios de prueba (normalmente por el testimonio de los que intervinieron y presenciaron dicha diligencia e, incluso por el propio reconocimiento del interesado."
- b) La segunda alternativa se manifiesta en la sentencia 31-03-1992, que resumiendo la doctrina jurisprudencial recayente, afirma que la falta de presencia del Secretario supone "una grave irregularidad y la consiguiente ineficacia probatoria absoluta de la diligencia de registro practicada", argumentando la sentencia 24-03-92 que "cuando el funcionario policial actúa como delegado del juez instructor, su situación se transmuta, de alguna manera, en actividad judicial y la diligencia adquiere, por consiguiente, ese carácter...". Será absurdo, concluye, que si el juez ha de formar el sumario en presencia del secretario, una diligencia esencial, como la entrada y registro efectuada sin la presencia del secretario, pudiera sanarse por la declaración testifical de quienes la llevan a cabo.

En cuanto a la eficacia probatoria de la diligencia de entrada efectuada sin la presencia de secretario judicial, tras descartar que pueda tratarse de una prueba preconstituida, y de su convalidación por el testimonio de quienes han contribuido a la irregularidad de la prueba, afirma que es unánime la posición de la Sala en torno a que "los testigos, imputados y coimputados sí pueden comparecer y sus declaraciones ser válidas en el sentido tradicional de la expresión. Es decir, si el inculpado reconoce ante el Juez que en su domicilio, cuyo registro a efectos

jurídicos se reputa nulo, como se ha dicho, tenía una balanza de precisión o un dinamómetro y tales o cuales sustancias, aunque afirma que eran para su propio consumo, es obvio que el juzgador podrá inferir de tales manifestaciones el ánimo de traficar al unir lo que el acusado dice con la realidad que le rodea”.

La diferencia entre estas dos alternativas jurisprudenciales radica, por lo tanto, en el valor que haya de darse a la testifical de los funcionarios de policía que intervinieron en la diligencia, practicada en ausencia del secretario judicial. La primera posición reseñada admite esa convalidación o “sanación” de la prueba irregular, a través de la testificación de los funcionarios de policía que la practican, que, por lo tanto, es susceptible de ser apreciada y valorada por el Tribunal de instancia. La segunda, por el contrario, no lo admite, pero ambas posiciones coinciden en admitir que la ausencia del secretario judicial no supone una lesión al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, y que lo hallado en una entrada y registro puede ser valorado a través de la declaración de los imputados o de testigos ajenos a la comisión delegada para su práctica.

El T.S., como vemos, es rotundo en afirmar la nulidad absoluta de la prueba obtenida vulnerando “directamente” un derecho fundamental. Pero que sucede cuando la violación del derecho se hace “indirectamente”. La sentencia del T.S. de 07-02-1992 trata así la cuestión:

- a) La obtención ilegítima o ilícita de una prueba puede operar conforme al art. 11.1 de la L.O.P.J. violando o vulnerando directa o indirectamente un derecho fundamental. Esta condición refleja o indirecta establecida en la norma indicada no puede por menos que entenderse referida a los supuestos en que la prueba obtenida lícitamente lo es en base a otra actividad que de manera directa ha vulnerado un derecho fundamental.
- b) Así, se pone como ejemplo doctrinalmente el caso en que en un interrogatorio en que se vulneran derechos fundamentales se encuentran en actuación de entrada y registro efectuada con mandamiento judicial, armas, efectos de un robo o sustancias tóxicas. El tema en tales casos es el de determinar si la irregularidad irradia sus efectos

tos a la totalidad de la prueba en virtud de la denominada “doctrina de los frutos del árbol envenenado” propia del derecho anglosajón (*Fruits of the poisonous tree doctrine*) o si, por el contrario, no existe una relación de interdependencia entre el irregular y el regular y por ello este último debe ser reputado eficaz para enervar la presunción de inocencia.

- c) Es razonable la solución doctrinal que en tales casos distingue entre los supuestos en que simplemente se da noticia de un hecho y aquellos en los que a la verificación de un hecho (hallazgo de los objetos) se trata de sobreañadir una consecuencia probatoria contra el acusado (por ejemplo, que él/ellos depositaron los objetos y tenían disponibilidad sobre ellos). En este segundo caso, la prueba sería ilícita, en tanto que en el primero, al no tener el contenido de la confesión ninguna virtualidad probatoria, ni siquiera indicaría, no podría ser reputada como prueba ilícitamente obtenida.

MEDIOS CONCRETOS DE IDENTIFICACIÓN CRIMINAL MEDIANTE PRUEBA PERICIAL Y SU VALORACIÓN

El esclarecimiento de un hecho punible exige la realización de una investigación lo más completa posible, actuando en torno a lo que en terminología de la LECrim se denomina cuerpo, efectos e instrumentos del delito. Ello exige la práctica de determinadas pruebas sobre objetos de la más variada índole con el fin de lograr la fijación de los hechos y sus circunstancias.

Sin propósito de ser exhaustivos, mencionaremos algunos de los que pueden ser utilizados en una pericia: papel, escritura, fotografía, sangre, semen, orina, saliva, sudor, heces, alimentos, tierras, huellas, voz, grabaciones, pintura, cristales, armas, sustancias químicas, pelos, restos óseos, residuos, etc.

¿Son admisibles todos ellos? Indudablemente que sí. Su limitación no vendría dada por la naturaleza del objeto sobre el que recaiga la prueba, sino en virtud de otros criterios que expone con precisión la sentencia del T.C., de 10-04-86. 1ª) La de la pertinencia de la prueba, que es la relación

que la misma guarda con lo que es objeto del proceso y con lo que constituye el *thema decidendi*, para el Tribunal y expresa la capacidad de los hechos para formar la convicción del órgano, y 2ª) el de su relevancia, que consiste en un juicio de necesidad o grado de utilidad. Una prueba es impertinente cuando por su contenido se pone de relieve la inoperatividad de la misma, bien, por estar el hecho absolutamente acreditado o por haber perdido la prueba su vigencia.

No podemos referirnos, obviamente, en el tiempo de que disponemos, a todos, ni con la extensión y profundidad que hubiese deseado. Hablaremos de los más comunes y de aquellos otros que creo puedan ser de interés.

A) Reconocimiento por medio de fotografía

Hacemos mención de este método de identificación, porque a pesar de su gran utilidad práctica lo hemos visto muy pocas veces propuesto como prueba. Es más, no hemos encontrado ninguna sentencia del T.S. y T.C. que se refiera a él. No nos referimos aquí al reconocimiento que pueda hacer un testigo sino a la comparación que a través de un estudio técnico puede hacer un organismo o perito (me consta que puede realizarlos el Instituto Nacional de Toxicología, por ejemplo) de las fotos tomadas durante un atraco, con las fichas policiales del sospechoso.

El problema fundamental de esta pericia radica en la calidad de la imagen, que depende de la tecnología empleada en la captación de la misma y de las circunstancias en que es captada (movimiento, luz, inclinación de los rostros, etc.).

El estudio se basa en ir definiendo las características de cada rasgo de la cara (frente, ojos, cejas, boca) pudiendo analizarse hasta un número de 65 y otras del resto del cuerpo, utilizándose como técnicas, la inspección ocular simple, el fotomacroscopio, el calibrado, localizando y trazando una serie de puntos y líneas antropomórficas de referencia.

Una vez realizado el estudio sobre el atracador y el sospechoso, si todos los rasgos de la cara coinciden sin excepción ni duda, es absolutamente fiable para descartar a un sospechoso, y nunca asegura al 100 por 100 la probabilidad de que sospechoso y atracador sean la misma persona, aun cuando sea prácticamente imposible que no sea así.

Indudablemente tendría el carácter de indicio y habría que completarla con otras pruebas.

En cuanto al reconocimiento realizado a través de la exhibición de fotografías, algún autor como Luzón Cuesta la considera como prueba válida e idónea siempre que posteriormente se ratifique judicialmente. Sin embargo, alguna sentencia de la A.P. de Madrid dice que tal diligencia debe ser seriamente cuestionada en su virtualidad, aun cuando a la exhibición de las instantáneas con resultado positivo sigue un reconocimiento en rueda también en Comisaría, porque priva de operatividad procesal y de toda fiabilidad a una ulterior diligencia de ese género llevada a cabo en sede judicial, aun cuando lo fuera con todas las garantías. Reciente jurisprudencia la circunscribe al ámbito policial que inicia mediante ella una línea de investigación, pero sin que por ello queden viciados posteriores reconocimientos. Así, la del T.S. de 07-10-91 dice:

Quando se denuncia un hecho delictivo cuyo autor desconoce el denunciante o el testigo presencial, la Policía judicial debe iniciar un proceso de investigación cuyos primeros pasos consisten en mostrar a los perjudicados o testigos presenciales el álbum de fotografías de posibles sospechosos existentes en Comisaría o archivos policiales. Esta diligencia no tiene el más mínimo valor probatorio y ni siquiera tiene la consideración de una denuncia formal y concreta, sirviendo únicamente como pauta investigadora para que la Policía inicie su trabajo de investigación y localización del sospechoso.

Esta somera y dubitada identificación inicial tiene que ser corroborada a lo largo del desarrollo de las investigaciones, por lo que su práctica no sólo no vicia las posteriores identificaciones, sino que sirve para corroborar la firmeza y seguridad del testigo, de tal manera que la ley exige que se añadan una serie de dificultades y se tomen determinadas garantías en orden a una identificación más contrastada y consistente. Es en este momento procesal, en el que se va a llevar a efecto la identificación del señalado como autor, cuando deben adoptarse todas las previsiones que la Ley Procesal contempla a lo largo de los artículos 368 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si se cumplen estos requisitos, la diligencia será válida sin perjuicio de su posterior ratificación en las sesiones del juicio oral salvo los supuestos en que se haya practicado como prueba anticipada.

B) Reconocimiento a través de la voz reproducida por medios mecánicos

Carece, dice la sentencia del T.S. de 17-05-89 de perseidad probatoria al ser dato de común experiencia, las habituales y cada día más perfeccionadas técnicas de mixtificación tanto a partir de sustitución espúrea (imitación) como de intercambio de palabras para lograr un conjunto diferente al real (montaje). Sin embargo, reconoce la citada sentencia que las cintas reproductivas tienen una naturaleza común a las de cualquier documento en el doble sentido de tratarse de instrumentos muebles y reproducir más o menos fidedignamente algo. En todo supuesto documental es necesario un plus de credibilidad, que en el documento público escrito viene dado por la autoridad de la fe pública, en el privado por el reconocimiento de los intervinientes y subsidiariamente por la adveración pericial de la suscripción y en los supuestos de reproducción mecánica puede operar en dos direcciones distintas: a) como objeto de prueba, en cuanto pericialmente se estime que la voz corresponde efectivamente a la persona, b) como tal documento, cuando la reproducción que hace de un hecho pasado sea advenida por distintos medios probatorios, cual el testifical. Esto es lo que ocurrió en el supuesto contemplado en la sentencia, en el que el acto del juicio oral o plenario, el moderador de una tertulia radiofónica, tras la audición de la cinta manifestó que respondía a la realidad de lo expuesto por el procesado, por lo que la existencia de la prueba incriminatoria no viene dada por la cinta en sí misma, sino por una de carácter testifical.

No obstante, ello podría también haberse realizado la prueba mediante la comparación de la voz dubitada con otra indubitada, obtenida con las debidas garantías técnicas, pues la ciencia nos ofrece hoy la posibilidad de realizarla con una alta probabilidad de certeza.

C) Identificación telefónica

Es hoy día un procedimiento de gran importancia en la investigación criminal. Ahora bien, al tratarse de una intromisión de la intimidad personal (art. 18-1 CE), habrá de realizarse para que produzca los efectos perseguidos ajustándose a la más estricta legalidad. Hay que entender además que es una medida *post delictum*, adoptada des-

pués de tener el juez la noticia *criminis*. Así, el párrafo 3º del citado art. exige que sea mediante resolución judicial y lógicamente motivada, por imperativo del art. 120-3 de la CE. La motivación nos indicará de otro lado la proporcionalidad de la restricción de ese derecho, pues habrá que entender que sólo en supuestos de hechos graves y en razón de lo que se puede deducir o investigar se podrá conceder la autorización. También hay que destacar que las distintas fases de la intervención, como la de captación, grabación y transcripción, habrán de practicarse con todas las garantías tanto constitucionales como las de procedimiento, para que, como señala la sentencia del T.S. de 25-09-90, merezca la calificación de medio probatorio en orden a enervar la presunción de inocencia y siempre desde luego con la limitación temporal que impone el nº 3º del art. 579 de la LECrim. Nos estamos refiriendo a supuestos normales, no a intervenciones realizadas para la averiguación de delitos cometidos por bandas armadas o elementos terroristas que están sujetas a normativa especial. Respecto al valor probatorio de esta prueba, la S.T.S. de 14-11-90, que sigue la línea marcada por otras anteriores, nos lo describe gráficamente: "ante el Juzgado compareció un policía que manifestó haber actuado en las escuchas, las grabaciones y las transcripciones y ser veraz, lo aportado. Ese mismo agente compareció en juicio y cual testigo, art. 717 LECrim, declaró sobre ello. El secretario judicial a quien los arts. 281-1 y 473-1 de la L.O.P.J. atribuyen la fe pública, ha adverado la fidelidad de la transcripción. Por todo lo cual debe reconocerse al documento que contiene el traslado de las comunicaciones telefónicas, la virtualidad de un medio que, habiendo sido sometido desde el origen de su obtención hasta el juicio oral a las oportunas garantías constitucionales y ordinarias, ha podido tener fuerza probatoria.

Su valor es el de una prueba indiciaria, incluso en los casos en que el propio acusado haya manifestado en la conversación intervenida, que él realizó el acto delictivo.

D) Identificación dactiloscópica

El hombre lleva en sus manos el sello indeleble e irrepitable de su identidad, dice la S.T.S. de 05-02-91. Efectivamente, la existencia de ocho o diez puntos o características comunes entre la prueba encontrada en el lugar del crimen con la del acusado, con

igual emplazamiento morfológico y topográfico y sin ninguna desemejanza natural entre ellas, la hacen por entero fiable, por la absoluta e inequívoca singularidad de cada huella dactilar y su invariabilidad a lo largo de toda la vida humana. Son perennes, inmutables y diversiformes. Estos tres caracteres constituyen el dogma fundamental de la dactiloscopia que permitieron exclamar a Vucetich, citado por De Diego Díaz: "todo es mudable en la vida menos el esquema digital".

Los informes de identificación dactiloscópica de la policía tienen, *lato sensu*, carácter pericial, pues en ellos se consignan apreciaciones sobre los hechos, que se apoyan, antes que en la percepción sensorial del informante, en conocimientos técnicos especializados. Asimismo, este tipo de informes comparte con los test de alcoholemia la característica de que ambos tienen por objeto huellas de muy difícil conservación.

Esta última peculiaridad hace que se le pueda otorgar el carácter de prueba preconstituida. Así, la S.T.S. de 3-03-89 nos dice: "Sin que se pueda aceptar que al no ser reproducida en el acto del juicio oral se hayan dejado de observar o respetar los principios de contradicción, intermediación y oralidad, ya que todos ellos tienen como finalidad proscribir la indefensión, la que no pudo producirse, ya que el procesado conoció el resultado de la prueba con anterioridad a la formulación del escrito de conclusiones, por lo que tuvo ocasión de articular la conducente a contradecir lo que en el informe pericial se decía, o que no existía identidad o semejanza entre las huellas del procesado y las que fueron objeto de análisis y del correspondiente informe, por lo que, al no haber articulado prueba, ha de admitirse el valor total del mismo, sin que constituya óbice para estimarlo así el que los funcionarios que lo emitieron no hayan comparecido o ratificado el mismo en el acto del juicio oral.

Asimismo, por su naturaleza, tiene carácter de prueba incidiaria. "Acreditada por los informes periciales la coincidencia de la huella obtenida con la perteneciente al correspondiente dedo del sospechoso, lo único que queda probado es que dicho sospechoso estuvo en el lugar donde fue hallado el objeto." Esto no es una prueba directa de la participación en el hecho delictivo, sino sólo un indicio respecto de tal participación.

Respecto de su valor, numerosísima jurisprudencia la califica como "absolutamente

fiable", siempre, claro está, que haya sido practicada con las formalidades legales.

E) Identificación a través del semen

Los avances de la ciencia, en lo que a la biología se refiere, permiten hoy día, mediante el empleo de métodos muy avanzados, obtener una gran certidumbre en el diagnóstico individualizador a través de procedimientos para obtener la denominada huella genética y código genético. La evolución ha sido muy rápida en los últimos tiempos. Si hasta hace muy poco, a través del análisis de sangre, saliva o esperma, sólo se lograba descartar la participación de una persona en un hecho mediante la comparación de los grupos sanguíneos, hoy en día a través de los sistemas de Rh ABO, métodos eritrocitarios, HLA, etc., y últimamente, sobre todo, el DNA y ADN, según el idioma al que correspondan las siglas, se puede obtener una identificación prácticamente segura, con índices que llegan hasta el 99,9 por 100 de probabilidad. Estos métodos son muy usados también, en las acciones de filiación, tanto de reclamación como de impugnación.

En la S.T.S. de 13-07-92, de la que fue ponente Ruiz Vadillo, se valoró como indicio, que, junto a otras pruebas, determinó la condena de su autor como responsable de un delito de violación, la pericial realizada por la cátedra de Medicina legal de la Universidad de Zaragoza y la de Santiago de Compostela, en la que tras la comparación de las muestras tomadas en el curso de la autopsia procedentes de vagina, recto y tierra hallada en zona genital de la víctima que contenían esperma, con el del propio procesado, existían ocho marcadores genéticos que determinaban que la probabilidad de que en la población exista un individuo portador de esos marcadores sea de 1,28 por 100.

Veamos cómo razona la citada sentencia. En el fundamento séptimo párrafo, 7, se dice: "Dicha muestra de semen obtenida del trapo ocupado en el vehículo" (se da por indubitado que contenía esperma del procesado) fue analizada y se detectaron los ocho marcadores genéticos que a continuación se indican, presentes también en el interior de vagina y ano de la víctima y asimismo en la sangre del procesado: ABO, Alfa 1 Antitripsina, etc.

La probabilidad de que en la población exista un individuo portador de esos marca-

dores genéticos es, dentro de las apreciaciones científicas, del 1,23 por 100, si utilizamos para el cálculo de frecuencias la población gallega, y del 1,28 por 100 la aragonesa, es decir, en el segundo caso, que es el que nos interesa, de cada 100 personas segregadoras de semen, sólo en el 1,28 por 100 se cumpliría el análisis efectuado, lo que a su vez supone que de 100 personas que hubiesen pasado por aquel lugar, eliminando las mujeres y las personas del género

masculino no segregadoras de semen, era reducidísimo el número de valoraciones en los que el análisis se cumplía, siendo por consiguiente el porcentaje de error prácticamente inexistente.

Inferir de todo ello, como hace con acierto la sentencia de instancia, la autoría del procesado constituye la consecuencia de una reflexión llena de lógica y conforme a las reglas de la experiencia, donde prácticamente nada queda a la duda o incertidumbre. ■

LA POLICÍA Y LA INVESTIGACIÓN CRIMINOLÓGICA

ROSEMARY BARBERET

Licenciada en Sociología, Master en Sociología Aplicada.
Profesora Asociada del Master en Criminología

EL objetivo principal de este trabajo es proponer la tesis de que la actuación policial puede ser objeto de la investigación criminológica. Para ello, describo el papel que ha jugado la criminología norteamericana en las dos últimas décadas en la evaluación de modelos y estrategias policiales, y su consecuente repercusión en la seguridad ciudadana. Reseño asimismo brevemente las teorías criminológicas aplicables a este estudio de la actuación policial, y los problemas metodológicos que surgen en este tipo de investigación científica. Como conclusión sostendré que la criminología española debe ser admitida al círculo policial. Sostengo que con esta participación del criminólogo en la evaluación de la actuación policial, se lograrán mejoras en la eficacia policial y en los niveles de seguridad ciudadana.

EL APARATO POLICIAL ESTADOUNIDENSE

Como introducción al tema, pienso que es apropiado describir, brevemente, la estructura policial estadounidense, que, muy lejos de lo que se ve en las películas, tiene bastante en común con el sistema español. Hasta en una ocasión ha sido clasificada junto con la española como un "sistema múltiple descentralizado sin coordinación" por Bayley (1985:57). Una queja de los estudiosos del aparato policial español es que la solapación irracional de cuerpos y funciones ha dado lugar a un desarrollo poco eficiente de la profesión policial y a una distribución desigual (Martín Fernández, 1990). El sistema

estadounidense, por su parte, no prevé ninguna coordinación entre distintos cuerpos. No se puede hablar ni siquiera de un sistema. En los Estados Unidos no sólo tienen competencias en materia de policía todos los niveles de gobierno (local, estatal y federal), sino también cada ministerio u organismo autónomo. Sólo a nivel federal hay 20 cuerpos. A nivel estatal hay nueve posibles tipos de cuerpos, y a nivel local, siete. Si añadimos el sector privado, ya muy especializado, vemos que la situación se complica aún más. Aunque ciertos cuerpos tienen competencia sobre ciertas formas de delincuencia (el FBI se concentra, por ejemplo, en delitos de cuello blanco, tráfico de droga, espionaje, delincuencia organizada), es posible una acusación y posterior condena a la vez por un delito "estatal" y uno "federal". Por ejemplo, los que apalearon a Rodney King fueron acusados de un delito estatal (brutalidad policial), pero se les procesó luego en el tribunal federal por violación de derechos civiles (maltrato por discriminación racial, un delito federal).

No quiero tampoco dar la impresión de que existe anarquía policial en los Estados Unidos. El FBI, por ejemplo, recopila estadísticas unificadas de delincuencia, mantiene un laboratorio, unos archivos y un centro de formación que está a disposición de las policías locales y estatales, así como una División de Identificación que mantiene más de 200 millones de huellas dactilares a disposición también de otras agencias. Como es lógico, existen roces entre distintos cuerpos y existe una sensación de que los "Feds" (los cuerpos federales, sobre todo el FBI) son los que tienen el trabajo más "bonito", una formación más extensa y un personal más cualificado.

Aunque se admire al FBI, el ciudadano medio tiene más contacto con su policía local. La policía local puede ser, en zonas occidentales y sureñas de los Estados Unidos, el departamento del sheriff, quien es normalmente elegido por voto popular. En el noreste, sin embargo, los departamentos del sheriff son más bien agentes judiciales con poderes policiales limitados. Las grandes ciudades suelen tener policía municipal propia, con el jefe nombrado por el alcalde o por los concejales. Pero hay otros cuerpos especializados que pueden coexistir con una policía local. Por ejemplo, en un pueblo con universidad, la universidad puede tener su propia policía, que actúa —aunque no con exclusividad— en el ámbito del campus uni-

versitario. En ciudades con transporte público, puede haber cuerpos policiales adscritos al mismo, así como otros adscritos al organismo municipal de la vivienda.

Pero las grandes tareas diarias de seguridad ciudadana corresponden al policía municipal. A ese respecto, la policía local estadounidense podría parecerse, en una ciudad, al Cuerpo Nacional de Policía; en un pueblo, a la policía local o la Guardia Civil. Y quizá porque depende del alcalde y por consiguiente de un electorado, quizá porque es la más cercana al pueblo y la que mejor conoce su problemática, o quizá por el interés prestado por sus jefes, la policía local estadounidense es la que más ha participado en la investigación sobre la eficacia de sus actuaciones y los resultados de sus estrategias, desde los años 70 hasta el presente.

PRIMERAS INVESTIGACIONES

La patrulla en coche

La primera investigación clave fue la que investigó la práctica del patrullaje aleatorio en coche. Se tenía la impresión de que esta práctica prevenía la delincuencia y mantenía la policía alerta para cualquier intervención. Al mismo tiempo, debido a la creencia de que el policía en su coche patrulla se distancia cada vez más del ciudadano, y en parte a recortes presupuestarios, se quiso investigar el efecto disuasorio que puede tener la presencia de coches patrulla que circulan aleatoriamente por un barrio. El experimento de patrulla preventiva en Kansas City (Missouri), en 1974, varió el nivel de patrulla en tres grupos de cinco zonas y comparó los resultados con cientos de medidas de delincuencia. Durante un año, en tres grupos de cinco zonas de la ciudad, se fijaron unos niveles de patrullaje. En un grupo de cinco zonas, se fijó en nivel "normal" (de siempre). En otro grupo, de cinco zonas, no hubo nada de patrullaje, sólo para urgencias; y en el tercer grupo, de cinco zonas, se incrementó el nivel de patrullaje por un factor de 2 a 3.

La conclusión —aunque se critica sus muchas deficiencias metodológicas— era que incrementos modestos en el número de coches patrulla circulando no reducen la delincuencia; además, los ciudadanos no cambiaron su grado de satisfacción con la policía. El estudio concluyó que se puede dejar de patrullar un año entero sin afectar la opinión pública o la delincuencia. ¿Sacaría-

mos los mismos resultados aquí en España, donde hay más vida de calle?

Sin embargo, un experimento posterior en cuatro barrios de Nashville (Tennessee) demostró que un incremento importante del número de coches patrulla (en este caso, del 400 por 100), con un incremento del 3.000 por 100 en patrulla lenta (menos de 40 kilómetros por hora), reduce significativamente la delincuencia grave, pero sólo durante la noche (Schnelle *et al.*, 1977). Este experimento se llevó a cabo durante diez días. Pero al ser estos niveles de presencia policial poco viables por su elevado coste económico, los jefes de policía aceptaron mejor las consecuencias de los resultados sobre incrementos modestos. Ya hacía tiempo que sospechaban que el policía en coche patrulla no hacía uso eficaz de su tiempo, y que, entre llamadas de urgencia, el policía solamente esperaba la siguiente. Pero lo más importante de este estudio no eran sus resultados, que se han mediatizado en posteriores investigaciones, sino su precedente. Era la primera vez que la actuación policial se investigó por la criminología.

La respuesta rápida

Mientras que en España se fomenta el uso del 091, del 092 y las "líneas calientes", en Estados Unidos se ha llegado a hablar de la "tiranía del 911" (el número de emergencia para la Policía). Tantos ciudadanos llaman al 911, y se han acostumbrado a una respuesta inmediata en forma de un coche patrulla en su puerta en cuestión de unos momentos, que la policía local ha caído en un frenesí de "actuación inmediata". Desde hace tiempo la policía local se ha ido convirtiendo en una policía meramente reactiva, que espera la llamada del ciudadano para ir a toda velocidad al lugar del incidente. Ésta no es una mala política, en principio, porque forma el eje de un sistema de emergencia. Pero el primer estudio del tiempo de respuesta policial, llevado a cabo por la Policía Municipal de Kansas City (450.000 hab.), Missouri, en 1977 demostró que, primero, el ciudadano que llama al 911 ha esperado una media de 40 minutos antes de llamar, y segundo, que pocos casos se solucionan con una llegada rápida al lugar del incidente (la policía tardaba una media de nueve minutos en llegar al lugar del incidente). Este estudio se repitió con la Policía Local en San Diego, California (876.000 hab.); Peoria, Illinois (124.000 hab.); Jacksonville, Florida (541.000), y

Rochester, New York (242.000), con resultados parecidos. Algunos jefes de Policía veían como solución más concienciación del público para que llamaran con menos demora. Pero otros jefes de policía querían explorar alternativas al sistema de respuesta rápida. Para ser un servicio a la comunidad, la policía necesitaba salirse de la dictadura del número de emergencia y así poder prevenir el delito antes de que ocurriera, comprender a la comunidad y analizar los delitos en su totalidad. Pero esto exigía sustituir o suplementar al sistema de 911 para poder asignar agentes a otras funciones más "proactivas".

Al mismo tiempo, los jefes policiales temían que el cambio o la reducción de la respuesta policial en el servicio de 911, iba a disminuir la satisfacción y el apoyo a la Policía, muy necesitada del apoyo del presupuesto anual de la ciudad. Entonces se dio en la investigación un paso más. En experimentos con la Policía Local de Toledo, Ohio (355.000 hab.); Garden Grove, California (123.000), y Greensboro, Carolina del Norte (156.000), se implementó un sistema de respuestas aleatorias a un grupo experimental, que incluían la respuesta rápida tradicional; una respuesta especial por parte de una unidad que recogía la denuncia por teléfono; una respuesta con demora, donde se explicaba que la policía llegaría dentro de 30 ó 60 minutos; la fijación de una cita en comisaría; o la posibilidad de denunciar por correo. Mientras tanto, el grupo de control recibía la respuesta rápida tradicional. Los resultados demostraron que una gran cantidad de llamadas del tipo de emergencia se podrían desviar a una respuesta alternativa sin sacrificar la satisfacción del ciudadano, y no hubo incremento en la delincuencia.

La investigación policial

Ha existido siempre una mística acerca de la investigación policial que se ha perpetuado por las películas. Esta mística nos hace pensar que la mayoría de los casos se pueden esclarecer; que la mayoría de los casos de autores desconocidos se resuelven por una investigación de detective, con formación y habilidades especiales; y que todo los casos salvo los muy menores deben tener una investigación posterior a los hechos.

En 1975, la RAND Corporation, una empresa privada, estudió la investigación policial a través de una encuesta de 150 departamentos, y entrevistas y observación en 25 de ellos que consideraron representativos. Los

resultados desmitificaron la investigación policial. Por ejemplo, descubrieron que la información recogida por los policías al inicio es la clave para que la investigación posterior lleve a una aprehensión; que muchos delitos graves no se pueden resolver; y que sólo un pequeño porcentaje de detenciones por delitos graves resulta de investigaciones especiales descubren pocos delincuentes *desconocidos*. Los detectives SI son claves para recoger pruebas y presentarlas a las autoridades judiciales. El estudio sugirió unos cambios: involucrar al policía de patrulla en las investigaciones y filtrar los casos según su posibilidad de ser esclarecido. Al mismo tiempo, se realizó un estudio aparte sobre delitos de hurto y robo en domicilio que descubrió unos factores que predicen el 80 por 100 de las veces si un caso se va a esclarecer: si se sabe cuándo ocurrió, o por lo menos durante qué período de tiempo; si hubo testigos; si se recogieron huellas; y si se describió o se identificó un sospechoso.

Estas tres investigaciones fueron las primeras que demostraron que la actuación policial se puede evaluar científicamente por el criminólogo; que lo que se hace a nivel policial "de toda la vida" es cuestionable y verificable empíricamente en cuanto a su eficacia; y que quizás habría otras maneras de organizar las tareas policiales para su uso más fructífero.

La Policía orientada a la solución de problemas

El modelo de la "policía orientada a la solución de problemas" fue creado originalmente por Herman Goldstein en 1979. Este modelo postula que la actuación policial convencional se motiva por incidentes independientes y aislados; que el estilo suele ser reactivo; que el trabajo policial utiliza información muy limitada; que la resolución de problemas es siempre por la vía penal; y que su éxito se mide por estadísticas globales: es decir, la policía trabaja bien cuando la tasa de delincuencia es baja o cuando la tasa de detenciones es alta.

Goldstein presentó una alternativa en la que argumentaba que responder a las llamadas de urgencia era sólo el primer paso. Luego, hay que llegar a la raíz para poder solucionar el problema. Una serie de incidentes, que a primera vista parecen ser fenómenos muy distintos, pueden ser síntomas de un problema más global. Goldstein propuso un proceso de resolución de pro-

blemas: observación, análisis, intervención y evaluación. El modelo policial de resolución de problemas aporta más eficacia por su reconocimiento de condiciones subyacentes; se beneficia de un mayor reconocimiento y dependencia en la pericia y creatividad de agentes de bajo rango; e incluye una cooperación estrecha con el público para asegurar que está respondiendo a las necesidades del ciudadano.

Un buen ejemplo del proceso de observación y análisis es la investigación en Minneapolis, Minnesota, llevado a cabo por Sherman y sus colegas (1987, 1989) sobre llamadas reiteradas a la Policía. El análisis de estas llamadas durante un período de un año demostró el hecho enormemente útil de que un pequeño porcentaje de las direcciones atendidas consumían un gran porcentaje de las llamadas al 991: casi el 50 por 100 de las llamadas proceden de un 3 por 100 de las direcciones atendidas durante ese año.

Investigaciones posteriores en otras ciudades utilizando la llamada al 911, como unidad de análisis, demostraron resultados parecidos. Este tipo de información es más concreta que la información a nivel de barrio o zona, porque nos ayuda a identificar los "puntos negros" con más precisión. Por ejemplo, puede ser que el lugar de venta de droga no se concentre en un barrio, sino en un tipo de establecimiento comercial o una intersección en varios barrios. A través del análisis de direcciones se podría averiguar.

La puesta en práctica más conocida del modelo entero de Goldstein es el Newport News (155.000 habs.), Virginia (Eck *et al.*, 1987). Se creó un equipo de 12 policías para experimentar con el proceso de resolución de problemas. Este equipo, a través de la observación, identificó más de 25 "problemas", pero decidió concentrarse en tres: robos en pisos de la urbanización New Briarfield, robos relacionados con la prostitución, y robos de vehículos aparcados en el centro de la ciudad. Describiré la actuación de la Policía en el caso de la urbanización New Briarfield.

Identificado el problema por la observación, los policías del equipo pasaron al análisis. En vez de sólo recaudar datos policiales, entrevistaron a un tercio de los residentes y a funcionarios del Ayuntamiento. Vieron una relación entre el deterioro físico de la urbanización y los robos: el deterioro de ventanas y puertas facilitaba la entrada de ladrones, y los pisos vacíos, que ya no podían alquilarse, albergaban a drogadictos y la-

drones. La Policía movilizó al Ayuntamiento para la recogida de basuras y vehículos abandonados en la urbanización y el arreglo de las calles. Luego participaron, junto con los residentes, en un escrito al Ayuntamiento, pidiendo sustitución de la vivienda para los inquilinos. Se aprobó el permiso para la construcción de una nueva urbanización, junto con un colegio público y un centro comercial y se nombró a uno de los agentes para organizar a los residentes. Desde enero de 1985, cuando empezó la intervención, hasta junio 1986, los robos en domicilio descendieron un 35 por 100.

Los otros problemas tratados por el equipo de resolución de problemas también tuvieron éxito: los robos relacionados con la prostitución bajaron en un 39 por 100, y los robos del interior de vehículos en un 53 por 100.

No fue esta la primera vez que se incluyó el elemento "proactivo" en el modelo policial. El modelo policial en boga en los años 60 en los Estados Unidos incluía elementos proactivos, como la "interrogación en la calle" o retención de personas sospechosas para hacerles preguntas o identificarlas. En los Estados Unidos, la actuación policial proactiva, es decir, el impulso auto-iniciado de la Policía para actuar, en vez de un impulso iniciado por el ciudadano, es controvertido porque se ha asociado siempre con la restricción de libertades individuales. Se percibe la actuación policial reactiva como la más democrática y justa, y a la proactiva como la que más daña las relaciones entre la Policía y la comunidad, particularmente la Policía y las minorías. De hecho, se ha criticado de nuevo la actuación policial proactiva agresiva como la responsable del incidente de Rodney King.

Sherman (1986:357) argumenta que esta distinción es poco clara, dado que la mayoría de las sociedades tienen elementos de ambos estilos, y que las sociedades totalitarias tienen una capacidad escalofriante para inducir al ciudadano a proporcionar información a la Policía. Sin embargo, la capacidad para provocar disturbios se ha documentado a lo largo de la historia reciente de Estados Unidos.

Aunque se critique, la práctica de interrogación callejera es eficaz. Se evaluó en San Diego en 1975. El experimento comparó tres zonas policiales: una donde se interrumpieron los interrogatorios; otra donde se mantuvieron; y otra donde se formó a la Policía sobre cómo hacer las preguntas de una ma-

nera sensible y sin roces. Hubo poca diferencia en las tasas de delincuencia oficial entre las dos segundas áreas. Pero en un período de seguimiento de nueve meses, en la primera zona hubo un incremento significativo de delincuencia.

EL MODELO COMUNITARIO

Desde los años 60, cuando los disturbios raciales en las grandes ciudades norteamericanas provocaron un replanteamiento de la relación policía-ciudadano, la policía local, en cooperación con institutos de investigación públicos, privados y universitarios, empezó a experimentar con nuevas técnicas policiales, catalogadas casi todas bajo la rúbrica de "Community Policing", o, en la traducción de Rico y Salas (1988), el "Modelo Comunitario".

La patrulla a pie

Siguiendo el modelo comunitario, el argumento era, ¿cómo puede acercarse el policía al ciudadano si está siempre en su coche con el cristal subido y el aire acondicionado puesto? Aunque la policía local estadounidense era tradicionalmente una policía de patrulla a pie, a partir del invento del automóvil y sobre todo a partir de los años 50, con el bienestar y la profesionalización de la Policía, nace el policía patrulla, un policía que se ha aislado de su comunidad, a veces acusado de ser "un ejército de ocupación".

Un cuasi-experimento de la vuelta a la patrulla a pie se llevó a cabo con la Policía Municipal de Newark (329.000 habs.), New Jersey, a finales de los años 70, cuando un programa estatal que había instituido la patrulla a pie se llevaba más de cinco años en operación (Pate, 1981). Se dividieron unas zonas de la ciudad según tres condiciones. En unas zonas donde se había implementado ya la patrulla a pie, ésta se iba a prolongar; en otras, se iba a abandonar; y en otras, donde se había implementado la patrulla a pie, se iba a iniciar.

Los resultados demostraron que los ciudadanos residentes en todas las zonas percibieron correctamente la intervención. También se obtuvieron resultados positivos en cuanto a la reducción de la delincuencia percibida y en la reducción del desorden callejero observado por el ciudadano, en el nivel de seguridad ciudadana percibida por el mismo y en la posibilidad subjetiva de ser víctima de algún delito. Sin embargo, las

medidas objetivas de delincuencia (medidas de victimización personal y de delincuencia oficial) no demostraron ningún cambio significativo. Al mismo tiempo, los resultados más significativos se dieron en la zona donde se inició la patrulla a pie, y no tanto en las zonas donde se mantuvo o se eliminó. El estudio concluyó que, primero, el inicio de la patrulla a pie es percibido favorablemente por el ciudadano y sirve para paliar el miedo al delito y restaurar la confianza en la Policía. Al mismo tiempo, parece que mantener o eliminar la patrulla a pie no tiene graves consecuencias. Por lo tanto, el estudio postulaba que quizá la mejor estrategia sea implantar la patrulla a pie esporádicamente y por períodos limitados.

La patrulla en pareja

Otra estrategia para acercar la Policía a la comunidad es la policía de barrio en pareja. Ésta fue una de las primeras estrategias en el modelo comunitario. La idea era asignar grupos de parejas a ciertas zonas y darles estabilidad y flexibilidad para conocer el barrio a fondo y para comunicarse entre sí. Pero como toda innovación padeció de problemas a nivel de organización. Mientras que las parejas asistían a reuniones en el barrio, jugaban al baloncesto con los jóvenes marginados, o realizaban cualquier otra tarea, las llamadas al 911 seguían y los agentes no asignados al programa especial tenían que responder a las llamadas del barrio no atendidas. Esto creó resentimiento dentro del cuerpo. También se utilizó a sargentos como encargados de las parejas, lo cual presentó problemas de jerarquía, porque en la realidad se les daba más mando que a los tenientes y capitanes. Un proyecto se evaluó en Cincinnati, Ohio (385.000 habs.) en 1977, llegándose sólo a la conclusión de que, debido a problemas de implementación, no se había podido llevar a cabo una prueba de la teoría.

“Locales” policiales

Como parte del modelo comunitario, e integrando elementos de resolución de problemas, se ha experimentado con “locales” policiales en ciudades como Houston, Texas (1.800.000 habs.) y Newark, New Jersey (Skogan y Wycoff, 1986), Santa Ana, California (215.000 habs.) y Detroit, Michigan (1.203.000). El objetivo principal de estos locales era combatir el miedo al delito y

acercar el policía a la comunidad, y así reducir la delincuencia. Se había constatado que la comisaría, aunque estuviera ubicada en un barrio, era un lugar autoritario percibido más favorablemente por los propios policías que por los ciudadanos.

En Houston, se estableció un local en una zona y se eligió otra de comparación donde no iba a haber local. El local era la base de operaciones para un personal de cuatro policías más personal de apoyo, y estaba abierto al público de 10,00 a 21,30 horas en días laborables y hasta las 18,00 horas los sábados. Los policías asignados al local ya no tenían la responsabilidad de patrullar la zona (se encargaron otros agentes) ni de responder a las llamadas de urgencia, pero sí patrullaban de vez en cuando y respondían a las llamadas que llegaban directamente al local. Su trabajo era principalmente llegar a conocer el barrio y sus vecinos, desarrollar programas específicos y crear nuevas formas de respuesta a las necesidades de seguridad de la zona. Como programas específicos, hicieron lo siguiente:

1. Llevar a cabo reuniones mensuales con los residentes, donde se hablaba de la delincuencia en el barrio y de otros temas, y donde se invitaba a algún conferenciante de interés para la comunidad.
2. Llevar una relación estrecha con los directores de los colegios de la zona; como consecuencia, se empezó a trabajar en el tema de los novillos y a devolver al colegio los chicos que estaban en la calle en vez de en el colegio.
3. Llevar a cabo un programa de identificación mediante huellas dactilares de niños del barrio.
4. Llevar a cabo un programa de control de tensión sanguínea de los residentes del barrio.
5. Publicar boletines mensuales de divulgación.
6. Llevar a cabo un programa para restaurar la seguridad ciudadana en el parque público de la zona; después, se organizaron acontecimientos deportivos entre equipos de vecinos y equipos de la policía.
7. Llevar a cabo un programa de apertura policial donde el público podría acompañar al policía en su coche patrulla.

Los resultados demostraron que, primero, los residentes del barrio afectado notaron la

intervención. Sin embargo, las minorías, los de bajos ingresos, los jóvenes, y los de menos estudios no fueron afectados tan positivamente por el local como los blancos, los residentes de altos ingresos, los mayores y los de mayor nivel académico. El efecto del local fue diferencial. Los resultados de una encuesta de victimización también demostraron que hubo un descenso significativo en la zona afectada por el miedo al delito, en las conductas defensivas contra la victimización, en la cantidad percibida de problemas relacionados con delitos contra las personas y la propiedad en la zona, y con problemas de desorden público. Los niveles reales de victimización no cambiaron, sin embargo, en la zona afectada por el local.

La idea de comunidad

Vale la pena parar un momento y hablar de lo que quieren decir los estadounidenses con la palabra "comunidad". La idea de "comunidad" en la cultura estadounidense es equivalente geográficamente a la de barrio en las grandes ciudades, y, en el ámbito rural, al municipio mismo. Pero su significado se relaciona también a la idea de que en estas zonas existe una cierta organización vecinal, con unos líderes, y unas normas de actuación sostenidas por la mayoría de los vecinos y violadas por unos pocos. Es un concepto importante por lo que tiene de nostálgico, pues precisamente en muchas zonas urbanas ya no existe este tipo de organización vecinal. Comparado al típico barrio o pueblo español, estamos hablando de una cultura donde el fenómeno de la vecina asomada al balcón, hablando con la de enfrente y de paso vigilando la calle, ya es una curiosidad.

La sociedad española tiene unos rasgos que destacan cuando se compara a la estadounidense. Sólo citaré algunos. Es una sociedad homogénea en cuanto a etnia y religión, aunque esté en proceso de cambio. Por consiguiente, podríamos sostener que existe más homogeneidad de valores, control social y vigilancia informal. Además, debido a la situación laboral de la mujer española, diría que España tiene una larga deuda policial con sus amas de casa. Reitero las diferencias: el 33 por 100 de la población activa femenina española trabaja fuera del hogar, comparado con el 56 por 100 de las estadounidenses. Por último, en cuanto a lo que concierne a las ciudades, hay más mezcla de residencias, oficinas y

establecimientos en una misma zona, lo que ayuda a controlar los robos en estos últimos.

Las comunidades con más cohesión en los Estados Unidos son los llamados *suburbs*, las zonas periféricas a las ciudades donde viven mayoritariamente blancos, de clase media, pero aún en esas zonas, con el fenómeno de la incorporación de la mujer al mercado laboral, la cohesión vecinal es deficiente. Son estas las zonas donde precisamente se implantan programas de orientación comunitaria, porque lo piden los vecinos, conscientes de que viven en barrios donde por un lado hay mucho que robar y poca vigilancia, y por otro, la cohesión necesaria para organizar a los vecinos.

El modelo de "policía orientada a la comunidad" parece requerir precisamente una comunidad con un alto grado de cohesión y voluntad para poder compaginarse con una Policía sensible y asequible. Así, no es sorprendente que las minorías estadounidenses se quejen de que los programas del modelo comunitario se implantan en barrios estables blancos, no en barrios negros, inestables, con poca cohesión, pero donde hace falta más actuación policial. De hecho, en el experimento de patrulla a pie de Newark, pocos de los distritos seleccionados estaban en barrios inestables minoritarios. En barrios marginados, poco organizados, la idea de que el Policía debe acercarse más a la comunidad exige al policía en la realidad que busque restos de organización vecinal de un barrio, donde lo que queda es desconfianza ante la Policía, miedo al delito y retraimiento. En muchos casos, significa que más que acercarse a la "Comunidad", la tarea es descubrirla o crearla.

TEORÍAS Y MÉTODOS

Como investigación criminológica, todos estos estudios que he venido describiendo tienen sus perspectivas teóricas y una metodología. Las teorías criminológicas más aplicables al estudio de la actuación policial son las de prevención general, la de oportunidades, de elección racional y de desorganización social.

La teoría de prevención general postula que incrementando la severidad, la certeza, y la rapidez de aplicación de las sanciones, reduciremos la delincuencia. Traducido al terreno policial, si incrementamos las penas (dentro de la discrecionalidad que tiene el policía), si incrementamos el riesgo de aprehensión (poniendo más efectivos policiales,

por ejemplo), o si agilizamos el aparato represivo, conseguiremos una reducción de la delincuencia.

La teoría de oportunidades (también llamada teoría situacional o de actividades rutinarias) deja de lado las causas de la delincuencia y se concentra en la situación o en las condiciones necesarias para que haya un acto delictivo. Se aplica sobre todo a sociedades industrializadas y a la delincuencia predatoria contra la propiedad. Empieza con la observación de que la sociedad moderna (es decir, post-Segunda Guerra Mundial) se caracteriza por unos cambios en la vida cotidiana de la gente: movilidad: traslado de la residencia a zonas periféricas a la ciudad; entrada masiva de la mujer en el mercado de trabajo; y la producción de objetos cada vez más pequeños y de más valor (radiocassettes; compact discs; ordenadores portátiles; microtelevisores, etc.).

Para que haya un acto delictivo, hace falta la confluencia en TIEMPO y ESPACIO de tres condiciones; transgresores motivados, objetivos atractivos y ausencia de vigilancia.

Esta teoría nos permite planear la seguridad ciudadana sin tener que reconstruir la sociedad ni los individuos que forman parte de ella. Por ejemplo, lo podemos hacer mediante; "el endurecimiento del objetivo": alarmas, mejores cerraduras, mejor alumbrado; la mejora de la vigilancia: organizaciones de vecinos, diseño de residencias y parques para mejorar la vigilancia informal; y otras maneras de desincentivar al transgresor.

La teoría de elección racional supone que los delincuentes son hasta cierto punto racionales y que consideran muchos factores antes de cometer un acto delictivo, como pueden ser: las características de la víctima, los riesgos de ser descubierto, la disponibilidad de los objetivos, las posibles ganancias, el tiempo requerido, el peligro físico, la pericia que se necesita, y la familiaridad con el método. Modificando estas condiciones situacionales es como se pueden prevenir actos delictivos.

La teoría de desorganización social (también llamada ecología social o teoría de la transmisión cultural) es de las más antiguas de la criminología, pero está en la base de todo intento de revitalizar un barrio y fomentar el control social informal. La teoría postula que las zonas de una ciudad con tasas más altas de delincuencia suelen ser zonas en transición, con una población declive, deteriorada, habitada por una población heterogénea, de alta movilidad y de bajos in-

gresos, con abundantes problemas sociales. Pero estas características no fomentan la delincuencia en sí, sino que llegan a crear "desorganización social", una falta de control social informal; es decir, zonas donde las tradiciones convencionales se han perdido. En estas zonas los vecinos ya no sienten que el barrio es "suyo", se sienten sin derecho y obligación a vigilar lo que pasa en el barrio. Es esta desorganización social —vacío de normas— la que genera "tradiciones de delincuencia". Es decir, hay cada vez más oportunidades para delinquir (presencia de adultos criminales, falta de oportunidades legítimas, etc.). Una vez que la criminalidad se implante en el barrio, ocurre la *transmisión cultural* (se enseña de generación en generación).

La metodología de estas investigaciones consiste en las evaluaciones, entre las cuales aparecen, con mayor posibilidad para inferir causalidad, los experimentos y los cuasi-experimentos.

Un cuasi-experimento busca dos contextos parecidos; por ejemplo, dos zonas de una ciudad con características parecidas. En una de las zonas se aplica la intervención. La otra sirve de control.

En un experimento, existe una asignación aleatoria. Por ejemplo, en el experimento sobre la respuesta policial a la violencia doméstica, la decisión de detener al agresor, de separar, o de mediar era tomada al azar (Sherman, 1984).

Es siempre importante en estos estudios sobre la eficacia policial no utilizar como única variable dependiente cifras oficiales de la delincuencia. Por un lado, están casi siempre sesgadas dado que dependen en muchos casos de la voluntad del ciudadano de querer denunciar, y una encuesta de victimización es frecuentemente preferible; por otro, hay otras medidas tan importantes para juzgar el éxito de una intervención policial, como puede ser la satisfacción ciudadana y la reducción del miedo al delito.

CONCLUSIONES

Cito a uno de los duros críticos del aparato policial español, que es él mismo guardia urbano, Manuel Martín Fernández:

En resumen, la reforma del sistema policial actual tiene que empezar necesariamente por el replanteamiento detallado de los recursos humanos existentes, y su distribución y funciones. En España el

porcentaje de policías es superior al existente en otros países industrializados de Europa, pero la multiplicidad de cuerpos con funciones y territorios solapados en la práctica hace menos importante esta superioridad porcentual... (1990:109).

Si concordamos con Martín Fernández, parece ser que es doblemente importante en España planificar la actuación policial. Planificar significa evaluar para ver que da resultado. Por ejemplo, ¿funcionan de verdad los controles policiales o sólo desplazan la población delictiva? Dentro del modelo comunitario, ¿logra reducir la delincuencia y el miedo al delito, y a la vez consigue la satisfacción ciudadana la Policía de barrio? ¿Cómo debiera responder la Policía a ese problema tan nebuloso que es la violencia en el hogar?

Es precisamente una policía "científica" la que necesitamos, y aquí aludo a otro uso del término. Aunque se hayan desarrollado nuevos programas en el contexto español, nunca se ha utilizado una metodología experimental ni se han evaluado de alguna otra forma. Una policía "científica" sería más asequible a la investigación y la experimentación social, con estrecha colaboración con los criminólogos. Puede ser que muchos resultados estadounidenses sobre la eficacia policial no sean aplicables al caso español —pero todavía no se ha investigado. Experiencias, actuaciones novedosas, intervenciones no faltan en España— y bastante parecidas a las que acabo de relatar—, pero ninguna se está evaluando de forma rigurosa.

Las dificultades de colaborar en proyectos de investigación son muchas, pero no insuperables. Participar en investigaciones requiere el compromiso de los mandos y de los agentes de bajo rango. Significa, en términos generales, más trabajo para todos. Para que se llegue a probar bien un modelo o una estrategia, hay que implementarla *bien*, al 100 por 100, y hay que adherirse a la metodología del proyecto.

Pero las recompensas son muchas. El modelo comunitario suele crear policías entusiastas, con una mayor satisfacción laboral. El modelo de resolución de problemas cambia su rol y los convierten en seres creativos, innovadores, y no sólo cuerpos eficaces que reaccionan bien según los reglamentos del cuerpo. Significa, como se ha dicho, un cambio de valores más que un cambio de instrucciones y reglamentos. ■

BIBLIOGRAFÍA

- ARRIBAS MARTÍNEZ, Félix: *Identidad e imagen de la policía local*. Madrid, Academia Regional de Estudios de Seguridad de la Comunidad de Madrid, 1991.
- BAYLEY, David: *Patterns of Policing: An International Comparative Analysis*. New Brunswick: Rutgers University Press, 1985.
- BOYDSTUN, John E.: San Diego Field Interrogation: Final Report. Washington, D.C.: Police Foundation, 1975.
- ECK, John E.; SPELMAN, William; HILL, Diane; STEPHENS, Darrel W.; STEDMAN, John R., y MURPHY, Gerard R.: *Problem Solving: Problem-Oriented Policing in Newport News*. Washington, D.C.: Police Executive Research Forum, 1987.
- FOWLER, Floyd J., Jr., y MANGIONE, Thomas W.: A three-pronged effort to reduce crime and fear of crime: The Hartford experiment. Capítulo 5 en Dennis P. Rosenbaum (coord.), *Community Crime Prevention: Does it Work?* Newbury Park, CA: Sage, 1986.
- GOLDSTEIN, Herman: *Problem-Oriented Policing*. New York: McGraw-Hill, 1990.
- KELLING, George, PATE, Anthony M.; DIECKMAN, Duane, y BROWN, Charles. The Kansas City Preventive Patrol Experiment: Summary Report. Washington, D.C.: Police Foundation, 1974.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, Manuel: *La Profesión de Policía*. Madrid: CIS/Siglo XXI, 1990.
- PATE, Anthony: *The Newark Foot Patrol Experiment*. Washington, D.C.: The Police Foundation, 1981.
- RICO, José, y SALAS, Luis: *Inseguridad Ciudadana y Policía*. Madrid: Tecnos, 1988.
- SCHNELLE, John F., KIRCHNER, Robert E., Jr., CASEY, Joe D., USELTON, Paul H., Jr., y MCNESS, M. Patrick: Patrol evaluation research: A multiple-baseline analysis of saturation police patrolling during day and night hours. *Journal of Applied Behavioral Analysis*, 10:33-40, 1977.
- SHERMAN, Lawrence W.: Policing communities: What works? pp. 343-86, en Albert J. Reiss and Michael Tonry's. *Communities and Crime*. University of Chicago Press, 1986.
- *Repeat calls to the police in Minneapolis*. Washington, D.C.: Crime Control Institute, 1987.
- SHERMAN, Lawrence W., BERK, Richard A.: The specific deterrent effects of arrest for domestic assault. *American Sociological Review*, 49:261-72, 1984.
- SHERMAN, Lawrence W., GARTIN, Patrick R., y BUERGER, Michael E.: Hot spots of predatory crime: Routine activities and the criminology of place. *Criminology*, 27/1:27-55, 1989.
- SKOGAN, Wesley G., y WYCOFF, Mary Ann: Storefront police offices: The Houston Field Test. In Dennis P. Rosenbaum's. *Community Crime Prevention: Does it Work?* Beverly Hills, CA: Sage, 1986.

LA RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, SUS AUTORIDADES Y FUNCIONARIOS EN LA LRJ-PAC, LEY 30/92, DE 26 DE NOVIEMBRE

RAFAEL MATAMOROS MARTÍNEZ

Comandante Auditor

ACTIVIDAD EXPROPIATORIA Y RESPONSABILIDAD POR DAÑOS

Señala Garrido Falla que "la actual teoría de la responsabilidad patrimonial de la Administración tiene su origen en el reconocimiento, y posterior expansión, de la indemnización expropiatoria" (1), pero estas dos instituciones deben quedar claramente diferenciadas.

Las Administraciones Públicas pueden atentar contra el patrimonio del ciudadano, en primer lugar, privándole de determinados bienes o derechos por razones superiores de interés social. Para garantizar en estos casos de lícita intervención administrativa, la integridad patrimonial del particular afectado apareció en el seno del Derecho Administrativo el instituto de la expropiación forzosa, cuya finalidad es asegurar no sólo la verdadera existencia de las causas "sociales" de la privación, sino también la compensación por ésta.

Pero, además, las Administraciones, en su actuar, generan constantemente riesgos para la esfera patrimonial —y aun la propia integridad personal— de los ciudadanos y producen, inevitablemente, daños "residuales", no queridos. Con independencia de la legalidad o ilegalidad de estas actuaciones administrativas, es clara la necesidad de arbitrar un sistema de reparación de las lesiones causadas, y a esta necesidad obedece la existencia de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones.

Se parecen las figuras de la expropiación y de la responsabilidad en "la referencia común a la lesión patrimonial de un administra-

do producida por la actuación administrativa" (2), pero difieren tanto en el modo en que se produce el perjuicio que vienen a compensar cuanto en el momento en que se indemniza tal daño; en la expropiación, la compensación es anterior a la privación de bien o derecho, mientras que en el instituto de la responsabilidad patrimonial, la lesión ha de ser, obviamente, previa a la reparación (3).

El fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, figura a cuyo tratamiento se dedica este trabajo, está íntimamente ligado al principio de igualdad ante la Ley: en principio, todos los ciudadanos tienen la obligación de soportar la actividad de las Administraciones Públicas, que sirven al interés general. Sin embargo, salvo en los casos en que la Ley así lo imponga, a nadie cabe exigir un sacrificio suplementario consistente en verse singularmente perjudicado por actuaciones administrativas que, desarrolladas a beneficio o en interés de todos, veñgan a lesionar de modo especial a su persona o patrimonio. Deberá, por lo tanto, ser indemnizado quien sufra esos daños o perjuicios que no tiene el deber de soportar (4).

BREVE RESEÑA DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL INSTITUTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

El principio de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, hoy consagrado por nuestro ordenamiento jurídico y de cuya necesidad y racionalidad nadie duda, es el fruto de un largo proceso evolutivo.

Los Estados modernos occidentales hicieron suyos los postulados medievales sobre absoluta irresponsabilidad del Monarca o la Corona por las actuaciones lesivas para sus súbditos. El aforismo británico "*the King can do not wrong*" (el Rey no puede hacer ilícito) tenía validez prácticamente universal y la mantuvo hasta finales del siglo XIX.

Por lo que a España concierne, tal estado de cosas pudo haber cambiado con la promulgación, en 1889, del vigente Código Civil (CC).

En efecto, su artículo 1902 vino a establecer la responsabilidad extracontractual de quienes por su actuar negligente (o doloso) perjudicaran a otro: "el que por acción u

omisión", dice este precepto, "cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado".

El artículo 1903, por su parte, extendió esa responsabilidad a los daños causados por los actos "de aquellas personas de quienes se debe responder" (párrafo primero), precisando, en cuanto al Estado, que sería "responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial; pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponde la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior" (párrafo quinto, hoy derogado).

En su conjunto, ambos artículos permitían una doble interpretación. Cabría, en primer lugar, entender que el Estado respondería de los daños causados por "agente especial" como dimanantes de actos de otro de quien se debe responder (art. 1903) y de los daños provocados por sus funcionarios como derivados de actos propios (art. 1902). Pero, desde otro punto de vista, era posible considerar que la responsabilidad del Estado quedaba limitada a los supuestos de daños ocasionados por sus "agentes especiales", en tanto que los debidos a la acción de sus funcionarios sólo eran imputables a éstos, personal y directamente.

Tras unos comienzos vacilantes, la jurisprudencia se decantó por la segunda de las soluciones (6), consagrando así, de hecho, la irresponsabilidad del Estado puesto que, "en la práctica no se localizó nunca a un verdadero agente especial" (7). De los daños ocasionados por la intervención administrativa habrían de responder los funcionarios actuantes. El particular perjudicado se veía obligado a interponer una demanda civil contra el funcionario —si es que lograba identificarle—, cumplimentando previamente los requisitos de procedibilidad que, a modo de obstáculos, dispuso la Ley de 5 de abril de 1904.

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones hizo su entrada en nuestro ordenamiento jurídico de la mano de la Ley de Régimen Local de 1950 (arts. 405 al 409), tras de un débil y no culminado esbozo por parte del art. 41.3 de la Constitución que la II República se diera en 1931. Sin embargo, habrían de ser las Leyes de Expropiación Forzosa (LEF) de 1954 y, sobre todo, de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE) de 1957 las que, en sus arts. 121 y 40, respectivamente, provocarían "la quiebra de las viejas ideas" (8), configuran-

do una responsabilidad directa y, en buena medida, objetiva de las personas públicas.

Tal régimen de responsabilidad fue elevado al máximo rango por la Constitución de 1978 (art. 102.2) y, con las innovaciones —algunas, ciertamente, de importancia— que se verán, pervive en las normas que, con derogación de las contenidas en las disposiciones legales antes citadas, establecen:

- Los arts. 139 al 144 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC).
- Y el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP), aprobado por Real Decreto 429/93, de 26 de marzo, cuya entrada en vigor ha activado en este punto las previsiones de la LRJ-PAC, dormidas entre tanto por obra del juego conjunto de sus disposiciones transitoria segunda y adicional tercera (9).

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN

Las Administraciones Públicas deben, por imperativo del art. 103.1 de la Constitución, servir con objetividad los intereses generales, guiadas por, entre otros, el principio de eficacia y siempre con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico. Cabe, con el profesor Martín Rebollo, afirmar que "los dos pilares constitucionales derivados del artículo 103.1" son "eficacia y control"; el control, "reverso de la eficacia", se plasma en las figuras de la responsabilidad patrimonial y la justicia administrativa (10).

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones, anticipada ya por el art. 9.3 de nuestra Ley Fundamental, que garantiza "la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos", aparece consagrada en su art. 106.2, a cuyo tenor:

"Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos."

Este sistema de responsabilidad patrimonial debe, por lo demás, ser común a todas las Administraciones Públicas, porque así lo quiere el art. 149.1.8 de la propia Carta Magna.

La referencia del art. 106.2 a "la Ley" constructora del régimen se entendía, naturalmente, hecha a los arts. 121 LEF y, especialmente, 40 y siguientes LRJAE, padres de la norma constitucional y, en ausencia de normas legales posteriores, hijos adoptivos de aquélla. En su conjunto, establecían un sistema de responsabilidad "en términos amplios y generosos" (11).

La LRJ-PAC, en su título X (arts. 139 al 146), ha venido a sustituir a las anteriores como norma de desarrollo del art. 106.2 de la Constitución para hacer realidad "el establecimiento de un sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas", como afirma su Exposición de Motivos. Sin renunciar a su herencia histórica, "la nueva normativa se caracteriza por incorporar al Derecho positivo los pilares fundamentales de esta institución tal y como han sido contruidos por la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria" (12).

Importa, finalmente, destacar, al hilo de lo que al comienzo del presente trabajo se expuso, que el instituto de la expropiación forzosa no tiene cabida dentro del art. 106.2 de la Ley Fundamental sin que encuentra acogida en su art. 33.3, que determina que "nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social y de conformidad con lo dispuesto por las leyes".

SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Planteamiento

La LRJ-PAC conserva, en sus arts. 139.1 y 144, el principio de la responsabilidad directa de las Administraciones por los daños causados por ellas mismas o sus agentes en relaciones tanto de Derecho Administrativo cuanto sometidas al Derecho Privado. Como novedad, unifica los procedimientos para exigir tal responsabilidad, que serán siempre administrativos, y atribuye, en todo caso, la competencia revisora de las resoluciones dictadas en aquéllos a los Tribunales del Orden Contencioso-Administrativo, rompiendo con el precedente constituido por el art. 41 LRJAE, que la residenciaba en los "Tribunales Ordinarios" cuando la actuación cau-

sante de la lesión fuera de las reguladas por el Derecho Privado.

Novedosa es, también, la regulación de la responsabilidad concurrente de las Administraciones efectuada por los arts. 140 LRJ-PAC y 18 RPRP.

De todo ello se trata a continuación.

Responsabilidad en actuaciones de derecho público

La actividad de la Administración estará sometida al Derecho Administrativo cuando "los sujetos administrativos se encuentren... actuando en el ámbito de lo que constituye su giro o tráfico específico" (13), es decir, "en ejercicio de una función pública típicamente administrativa" (14).

Para estas actuaciones establece el art. 139.1 LRJ-PAC la regla siguiente:

"Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos."

La redacción del precepto es, prácticamente, idéntica a la del art. 40.1 LRJAE, al que viene a sustituir. Suprime, eso sí, como ya hiciera el art. 106.2 de la Constitución, la mención de "la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa" como causa de la lesión resarcible, lo que no significa que dichas medidas, en el improbable caso de que pervivan en nuestro ordenamiento, "no sean o no puedan ser causa de responsabilidad" (15).

Esta igualdad terminológica permite trasladar de forma casi íntegra al art. 139.1 LRJ-PAC las pautas interpretativas establecidas por la jurisprudencia y la doctrina en relación con el art. 40.1 LRJAE y, en primer lugar, resucita la cuestión de si se está declarando de modo absoluto la responsabilidad objetiva o sin culpa de la Administración, como afirman tratadistas de la talla de García de Enterría y Fernández (16), Leguina (17), o Martín Rebollo (18) y un considerable número de sentencias de Tribunal Supremo, o si aún existe algún resquicio donde tenga cierta validez la culpabilidad.

Parece indudable que tanto el art. 106.2 de la Constitución como el art. 40.1 LRJAE, antes, y el art. 139.1 LRJ-PAC ahora sientan un principio de responsabilidad objetiva, pero la idea de culpa no está por completo ausente de ellos.

La sentencia de la Sala 3ª, Sección 6ª, de 29 de mayo de 1991, en su Fundamento Jurídico Segundo indica que "la Administración responde de manera directa y objetiva... de toda lesión que los particulares sufran siempre que sea consecuencia del funcionamiento, tanto normal como anormal, de los servicios públicos, prescindiendo de toda suerte de ilicitud o culpa, esto es, al margen de cuál sea el grado de voluntariedad y previsión del agente, incluso cuando la acción originaria es ejercida legalmente". Pero, seguidamente, aclara que se trata de reparar "tanto los daños ilegítimos derivados de una actuación lícita e irreprochable de los servicios de la Administración, con la sola exclusión de la presencia del caso fortuito, como resultantes de un riesgo creado por la simple creación (entiéndase prestación) de servicios".

Así pues, como señala Garrido Falla, "a los efectos de conseguir la indemnización subsiguiente a una reclamación de responsabilidad patrimonial no es indiferente que el servicio haya funcionado de forma normal o anormal" (19); coexisten, por lo tanto, dentro del art. 139.1 LRJ-PAC varios supuestos de responsabilidad que, siguiendo al citado profesor, pueden clasificarse así:

1. Responsabilidad causada por la actuación negligente de la Administración:
 - a) Responsabilidad por actos administrativos ilegales, anulados posteriormente. Aunque "la anulación en vía administrativa o por el Orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a indemnización" (arts. 142.4 LRJ-PAC y 4.2 RPRP), no por ello queda cerrada la posibilidad de lograr la reparación. "Simplemente, no se establece como regla general", pero "si el particular demuestra que el daño causado por el acto administrativo ilegal es "efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas", está claro que la indemnización deberá concederse" (20).
 - b) Responsabilidad por el funcionamiento anormal de los servicios públicos, conectada por el Tribunal Supremo con la negligencia de la Administración (21). En estos casos, no existiría

para el perjudicado el derecho al resarcimiento si el servicio en cuestión hubiera funcionado bien.

2. Responsabilidad objetiva de la Administración.

- a) Responsabilidad por el funcionamiento normal de los servicios públicos, cuando de la actuación administrativa resultaren daños para terceros. El fundamento de esta causa de responsabilidad se halla "en un principio de solidaridad y de reparto entre los administrados de los perjuicios que puedan causar los servicios públicos y las obras públicas" (22).
- b) Responsabilidad por los riesgos que compartan determinados servicios públicos. Normalmente, tales riesgos estarán regulados por disposiciones específicas, pero en los casos en que no ocurriese así, quedarían amparados por la cláusula general de imputación del art. 139.1 LRJ-PAC (23).

Responsabilidad en actuaciones de Derecho Privado

La actividad de las Administraciones Públicas no está siempre sometida al Derecho Administrativo. Frecuentemente llevan a cabo actuaciones que no consisten en el ejercicio de una función pública administrativa, obrando "como persona jurídica, es decir, como sujeto de derechos y obligaciones" (24). Así, cuando entran en relaciones contractuales civiles, mercantiles o laborales, cuando gestionan su patrimonio privado...

Pues bien, en tales supuestos la acción de las Administraciones queda regulada por el Derecho Privado. Correlativamente, la responsabilidad en que puedan incurrir por razón de los daños causados a terceros se rige por lo que para la responsabilidad civil extracontractual determinan los arts. 1902 y siguientes del Código Civil, con una importante salvedad, ya establecida por el art. 41 LRJAE y reproducida por el art. 144 LRJ-PAC: las Administraciones "responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la acción del mismo como actos propios de la Administración".

Esta responsabilidad es, como toda la civil extracontractual, de tipo culpabilista (25), de suerte que será precisa la existencia de

dolo, culpa o negligencia por parte del empleado de la Administración cuya acción u omisión cause el daño para que aparezca para aquélla el deber de reparar.

No obstante, el carácter civil de la responsabilidad de la Administración en actuaciones de Derecho Privado, los procedimientos para exigirla son de carácter administrativo (los mismos que para declarar la responsabilidad surgida de actuaciones de Derecho Público) y la competencia para revisar las decisiones adoptadas en ellos corresponde a los órganos jurisdiccionales del Orden Contencioso-Administrativo, innovaciones estas introducidas, como ya se expuso, por el propio art. 144 LRJ-PAC.

Responsabilidad concurrente de las administraciones

La LRJ-PAC se refiere, en el artículo I de su título I, a diversas fórmulas de colaboración y concurrencia interadministrativa "para", como indica la Exposición de Motivos, "articular el ordenado desenvolvimiento de la actividad administrativa desde el momento en que coexiste una diversidad de Administraciones que proyectan su actividad sobre el mismo ámbito territorial, personal y, en ocasiones, material, actividad que a la vez debe cumplir criterios de eficacia sin menoscabo de competencias ajenas".

Es, por ende, consecuente la introducción, en su art. 140, de una regla que, siguiendo las pautas ya establecidas para la jurisprudencia y la doctrina anteriores, resuelve de modo expreso el problema de la responsabilidad por los daños derivados de la actividad colegiada de varias Administraciones. En tales supuestos, responderán solidariamente todas ellas. De este modo, se asegura el ejercicio del derecho al resarcimiento por el perjudicado.

Para determinar la distribución interna de las responsabilidades entre las distintas Administraciones implicadas, se estará, según el art. 18.3 RPRP, a "los criterios que establezcan las fórmulas colegiadas".

Los procedimientos para la declaración de la responsabilidad concurrente serán los mismos que con carácter general establece la LRJ-PAC y detalla el RPRP, que incoará la Administración predeterminada en los Estatutos o Reglas correspondientes o, en ausencia de previsión al respecto, la que mayor participación tuviere en la financia-

ción del servicio; las demás Administraciones participes serán consultadas a lo largo del expediente (art. 18, números 1 y 2, RPRP).

ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES (26)

La lesión resarcible

A) Los arts. 139.1 LRJ-PAC y 2.1 RPRP configuran como presupuesto necesario para que aparezca la responsabilidad patrimonial de la Administración a la existencia de una lesión en los bienes o derechos del particular afectado.

Conviene, sin embargo, precisar que la "lesión" a la que se refieren los preceptos citados no es, sin más, cualquier daño o perjuicio que se siga de la actuación de la Administración. Lesión, en sentido técnico, es el daño o perjuicio antijurídico. Por eso, el art. 141.1 LRJ-PAC determina que sólo son indemnizables "las lesiones producidas al particular que éste no tenga la obligación de soportar de acuerdo con la Ley", idea en la que insiste el art. 2.1 RPRP.

La antijuridicidad que caracteriza a la lesión es, pues, objetiva y no subjetiva; el centro de atención es el patrimonio del perjudicado y no la ilicitud del comportamiento causante del daño (27) porque, como ya se vio, las Administraciones responden también en supuestos de actividad perfectamente ajustada a Derecho (funcionamiento normal de los servicios públicos).

El requisito de la antijuridicidad, que ahora se plasma en normas positivas, ya había sido puesto de relieve por la jurisprudencia y la doctrina al interpretar el art. 40.1 LRJAE.

B) Para que el daño o perjuicio antijurídico resulte indemnizable deberá ser, además, "efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas" (art. 139.2 LRJ-PAC).

Las notas de efectividad y evaluabilidad económica no presentan especiales complicaciones. Baste aquí con indicar que pueden predicarse tanto de los perjuicios materiales cuanto de las lesiones corporales, físicas o mentales, y de los denominados daños morales (28). Sólo se excluyen los "daños eventuales o simplemente posibles, pero no actuales... ni seguros en cuanto a su producción" (29).

El daño o perjuicio será individualizado cuando recaiga directamente sobre el pa-

trimonio del o de los perjudicados, excediendo de lo que constituyen "cargas comunes de la vida social" para entrañar "un sacrificio excesivo y desigual para algunos de los administrados" (30).

C) Por último, los actos necesariamente productores de la lesión han de ser imputados a la Administración para que pueda declararse la responsabilidad de ésta (31). Los títulos de imputación de la actuación lesiva a la Administración se corresponden con los supuestos de responsabilidad antes examinados.

El empleo de los términos "actos" y "actuación" no debe inducir a error. La imputación se refiere al funcionamiento de los servicios públicos, entendiendo en su más amplio sentido que incluye el no funcionamiento o la pasividad en los casos en que fuera obligada la intervención o, al menos, la vigilancia administrativa (32). Por lo tanto, también las omisiones o inacciones pueden ser imputadas a la Administración cuando fueran generadoras de la lesión.

La relación de causalidad

Sentada la existencia de una lesión resarcible, el elemento lógico de la responsabilidad de las Administraciones es la relación de causa a efecto entre la actuación administrativa y la lesión.

Los arts. 139.1 LRJ-PAC y 2.1 RPRP se refieren a la causalidad adecuada: la acción u omisión de la Administración ha de ser idónea para producir el daño o perjuicio.

Ambos preceptos señalan a la fuerza mayor como supuesto de inexistencia o ruptura de la relación causal y que, por lo tanto, elimina la responsabilidad de las Administraciones. Consiste la fuerza mayor en un evento exterior o extraño a la organización administrativa, normalmente imprevisible y siempre irresistible, es decir, en "aquel suceso que está fuera del círculo de actuación del obligado, que no hubiera podido prevenirse o que, previsto, fuera inevitable, que haya causado un daño material o directo que exceda visiblemente los accidentes propios del curso normal de la vida por la importancia o trascendencia de su manifestación" (33).

No destruye, en cambio, el nexo causal el caso fortuito, hecho relacionado con el propio funcionamiento u organización de la Administración, no previsto pero previsible y, en todo caso, evitable (34).

Tampoco queda interrumpida la relación de causalidad por la contribución al resulta-

do dañoso de la culpa de la propia víctima o del hecho de un tercero, siempre, claro está, que el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos haya intervenido decisivamente en la causación de la lesión.

La existencia demostrada de culpa contributiva del perjudicado se traducirá, a lo más, en una "distribución de la carga indemnizatoria" (35), moderando la responsabilidad de la Administración y minorando la indemnización que se conceda.

En la hipótesis de responsabilidad concurrente de un tercero, "la Administración debe asumir igualmente la totalidad del resarcimiento, sin perjuicio de ejercitar (contra ese tercero) las acciones de regreso que sean pertinentes" (36). La solución, pues, es semejante a la que el art. 140 LRJ-PAC establece para los supuestos de acción colegiada de varias Administraciones.

Cosa distinta será que el evento dañoso se haya debido de forma exclusiva y excluyente a la culpa del perjudicado o a la acción del tercero, en cuyo caso quedará rota o, simplemente, no existirá el nexo causal con la intervención administrativa.

Los sujetos de la relación jurídica

A) Los sujetos obligados a indemnizar serán siempre las Administraciones Públicas y, en concreto, aquella o aquellas a las que corresponda la gestión del servicio público cuyo funcionamiento hubiere ocasionado la lesión, tal y como resulta de los arts. 139 LRJ-PAC y 2.1 RPRP.

Por Administraciones Públicas debe entenderse, a tenor del art. 2 de la propia Ley:

- La Administración del Estado,
- las de las Comunidades Autónomas,
- las que integran la Administración Local,
- y, exclusivamente cuando "ejercen potestades administrativas", las Entidades Autónomas vinculadas a cualquiera de las Administraciones antes mencionadas.

A todas las Administraciones Públicas es común el sistema de responsabilidad patrimonial establecido por la LRJ-PAC y completado por el RPRP, con ciertas peculiaridades en lo que a los procedimientos declarativos concierne.

Como ya se puso de relieve, la responsabilidad de las Administraciones es directa; es decir, la Administración correspondiente

deberá indemnizar aun cuando se haya podido identificar —lo que no siempre sucederá— a las autoridades, funcionarios o empleados cuya actuación dolosa o culposa hubiere dado lugar a la irregularidad causante de la lesión. En tales casos, después de hacer efectiva la indemnización al perjudicado, podrá la Administración ejercitar la acción de regreso contra la persona a su servicio que hubiere obrado con "dolo, culpa o negligencia grave" (arts. 145.2 LRJ-PAC y 19 RPRP).

Si la conducta del servidor público generadora de la lesión fuere constitutiva de infracción criminal, podrá ser exigida al afectado la responsabilidad de esta clase, pero la incoación del proceso penal no impedirá tramitar y resolver el expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración, a menos que "la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial" (art. 146.2 LRJ-PAC).

Importa precisar que la ausencia de responsabilidad penal de las Autoridades y personal al servicio de la Administración que participe en una acción administrativa concreta con resultado lesivo no será óbice para que pueda declararse la responsabilidad patrimonial de la Administración (37).

B) Sujetos con derecho al resarcimiento lo serán los "particulares" perjudicados (arts. 139.1 LRJ-PAC y 2.1 RPRP).

El concepto de "particular" no es pacífico. Una importante tendencia doctrinal y jurisprudencial lo ha venido entendiendo en sentido amplio, como comprensivo de toda clase de personas, físicas y jurídicas, públicas y privadas, nacionales y extranjeras; incluso las Administraciones Públicas serían "particulares" a efectos de la reclamación de la responsabilidad patrimonial de otras Administraciones (38). Por contra, el Consejo de Estado ha mantenido una interpretación estricta, afirmando que sólo las personas privadas, físicas o jurídicas, son, a los efectos que nos ocupan, "particulares" (39).

Y los funcionarios públicos, ¿podrán ser "particulares" respecto de las Administraciones a las que sirven?, ¿podrán acogerse al régimen general de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas para obtener indemnización por las lesiones sufridas durante o por razón de la prestación del servicio? La respuesta debe ser afirmativa. El Estado tiene, a tenor del art. 63.1 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, texto articulado de 1964, la obligación de

dispensar a sus funcionarios "la protección que requiere el ejercicio de sus cargos". Este mandato se plasma en diversas manifestaciones normativas y, entre ellas, en el establecimiento de regímenes específicos de compensación de daños a los servidores públicos, algunos directos y otros indirectos, según veremos. Pues bien, la completa efectividad del principio de protección exige que, en los supuestos lesivos conectados con el desempeño de sus funciones oficiales y no amparados por un régimen singular de cobertura, quepa a los servidores públicos acudir al sistema general de responsabilidad patrimonial de la Administración. Este argumento tiene validez no sólo para la Administración del Estado y sus funcionarios civiles, sino también para las demás Administraciones Públicas y para todos los servidores públicos, civiles y militares.

Por otra parte, el carácter directo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones tiene como contrapartida para los "particulares" la exclusión de cualesquiera otras vías de reclamación distintas de los procedimientos establecidos en la LRJ-PAC y detallados en el RPRP, que deberán dirigirse necesariamente contra la Administración correspondiente; así resulta de los arts. 145.1 LRJ-PAC y 1.1 y 2.1 RPRP). Es, por ello, harto dudoso que subsista la posibilidad de exigir ante los Tribunales del Orden Civil la responsabilidad civil del persona al servicio de las Administraciones por los hechos lesivos que hubieren llevado a cabo en el ejercicio de sus cometidos, aunque de modo expreso parezca admitir dicha alternativa el art. 146.1 LRJ-PAC.

C.) Los elementos subjetivos son los mismos en los supuestos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones en actuaciones sometidas al Derecho Privado (arts. 144 LRJ-PAC y 1.2 y 2.1 RPRP).

LA INDEMNIZACIÓN

Indemnización y reparación

La indemnización dineraria era el único medio resarcitorio contemplado por los arts. 121 LEF y 40 y siguientes LRJAE. La LRJ-PAC, en su art. 141.4, y el RPRP, en su art. 2.2, mantienen la indemnización en metálico como forma normal de reparar las lesiones causadas por las Administraciones Públicas pero junto a ella dan entrada a dos posibilidades más:

- el resarcimiento mediante pagos periódicos,
- y la compensación en especie.

Con todo, la indemnización sólo podrá ser sustituida por alguno de estos medios especiales si concurren tres requisitos:

- a) que resulte más adecuado para lograr la reparación de la lesión,
- b) que su empleo sea más conveniente para el interés público, y
- c) que el interesado lo acepte.

La formulación de alternativas a la indemnización responde a la evaluación de un sistema de responsabilidad "que pretende, tendencialmente, una reparación integral" (40).

Cálculo de la indemnización

A) El alcance de la indemnización depende de la "naturaleza de la causa desencadenante de la lesión; si obedece al funcionamiento normal de los servicios públicos, la indemnización deberá cubrir únicamente "los perjuicios *directos* sufridos por el lesionado —daño emergente y lucro cesante—"; en cambio, si fue debida al funcionamiento anormal de la Administración, se extenderá la indemnización a "todos los perjuicios que *conocidamente* —esto es, probados y acreditados— se deriven de dicho actuar anormal e ilegal" (41).

Fijado de este modo el horizonte indemnizatorio, ordena el art. 141.2 LRJ-PAC que el cálculo del "quantum" se efectúe aplicando los criterios establecidos en la legislación sobre expropiación forzosa, la legislación fiscal y las "demás normas aplicables", pero permite tener también en cuenta "las valoraciones predominantes en el mercado", lo que, como apunta Sanz Gandásegui (42), equivale a dar entrada a la libre estimación de la indemnización.

B) Uno de los problemas que suscitaba el art. 40 LRJAE era el del momento al que debiera referirse el cálculo de la indemnización. El Tribunal Supremo, en diversas decisiones (43), había establecido como tal el de la resolución declaratoria de la responsabilidad de la Administración, con el propósito de compensar al perjudicado por la pérdida de valor adquisitivo del dinero o el aumento de precios o costos entre el instante del daño y el, a veces muy posterior, del señalamiento de la indemnización. Con esta línea

interpretativa parece romper el art. 140.3 LRJ-PAC, al disponer que la cuantía de la indemnización se determinará "con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo".

La razón de dicha regla pudiera, tal vez, hallarse en la confianza del legislador en que las Administraciones cumplirán con rigor los breves plazos de tramitación de los procedimientos resarcitorios. En cualquier caso, el retraso indebido en la resolución de aquéllos pudiera, en sí mismo, constituir causa de ulterior responsabilidad patrimonial de la Administración implicada, exigible separadamente (44).

Más sencillo, sin duda, hubiera resultado que la LRJ-PAC previera "algún criterio de actualización de la indemnización desde el momento en que se produce la lesión hasta cuando se resuelve, como podía ser el criterio del Índice de Precios al Consumo, que compensaría la pérdida del valor del dinero por la inflación" (45).

El retraso de la Administración en el pago de la indemnización ya determinada generará intereses de demora, al tipo del interés legal del dinero en cada momento, desde que el perjudicado lo reclame por escrito, lo que no podrá efectuar válidamente hasta pasados tres meses (arts. 141.3 LRJ-PAC y 45, en relación con el 36.2 de la Ley General Presupuestaria, texto refundido de 1988).

LOS PROCEDIMIENTOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES

Los procedimientos previstos en la LRJ-PAC y desarrollados por el RPRP son comunes a todas las Administraciones Públicas y constituyen la única vía para declarar la responsabilidad patrimonial de éstas, ya derive de intervenciones sometidas al Derecho Público, ya de actuaciones regidas por el Derecho Privado (art. 1, número 1 y 2, RPRP).

Presentan o pueden presentar, sin embargo, ciertas especialidades:

- los procedimientos tramitados por las Comunidades Autónomas con competencias normativas en materia de responsabilidad patrimonial, si dichas Comunidades optan por introducir especialidades procedimentales (art. 1.2 RPRP);
- y los procedimientos para determinar la responsabilidad de las Administra-

ciones Públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos siempre que sean consecuencia de órdenes de la Administración o de vicios del proyecto por ella elaborado. En estos procedimientos, además de las peculiaridades que deriven de la normativa sobre contratos de las Administraciones, existirá siempre la consistente en oír al contratista, que podrá, además, personarse en el expediente (art. 1.3 RPRP).

Las líneas maestras de la LRJ-PAC y el RPRP en lo que a procedimientos de responsabilidad patrimonial se refiere pueden quedar sintetizadas como sigue:

- a) Existen dos clases de procedimiento, el general y el abreviado.
- b) El procedimiento general podrá incoarse a solicitud del interesado o, y ésta es una importante novedad, de oficio por la propia Administración involucrada.
- c) El procedimiento abreviado, figura inexistente con anterioridad en los términos en que se concibe, se iniciará de oficio cuando, durante la tramitación de un procedimiento general, aparezcan indubitadas la existencia de responsabilidad y la valoración del daño o perjuicio.
- d) Ambos tipos de procedimiento están sometidos al régimen de silencio negativo: la ausencia de resolución expresa dentro de los plazos máximos de tramitación producirá efectos de negatorios del resarcimiento al particular.
- e) Las resoluciones, expresas y presuntas, recaídas en estos procedimientos ponen fin a la vía administrativa y son directamente impugnables ante los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo.

Examinemos con mayor amplitud todo lo dicho.

La acción de responsabilidad

El derecho a reclamar la reparación de los daños y perjuicios imputados a la Administración "caducará", decía el art. 40.3 LRJAE, "al año del hecho que motivó la indemnización". Pese al tenor literal de este precepto,

la jurisprudencia y la doctrina habían entendido que ese plazo de un año no era de caducidad, sino de prescripción, matiz importante por cuanto la caducidad opera de modo automático y continuado, mientras que la prescripción puede, en determinados supuestos, quedar interrumpida (46).

La LRJ-PAC, en su art. 142, números 4 y 5, secundada por el art. 4.2 RPRP, declara expresamente que el término durante el cual pueden los particulares ejercitar frente a las Administraciones Públicas la acción de responsabilidad patrimonial, que sigue siendo de un año, es de prescripción y se contará desde los momentos siguientes:

A) Cuando el origen de la lesión sea un simple hecho o un acto administrativo no impugnado en la vía judicial.

1. Si produjo un daño material inmediato, desde el instante en que se produjo el hecho o ganó eficacia el acto.
2. Si generó un daño material no manifestado hasta un tiempo posterior, desde el instante en que se hizo patente el daño.
3. Si ocasionó un daño personal, desde el día de la completa curación o de la determinación de las secuelas definitivas.

B) Cuando la causa del perjuicio sea un acto administrativo impugnado ante los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, desde la fecha en que ganara firmeza la sentencia anulatoria del acto.

El plazo de prescripción de la acción de responsabilidad vincula también a las Administraciones Públicas, que sólo podrán iniciar de oficio el procedimiento para declararla "mientras no haya prescrito el derecho a la reclamación del interesado" (art. 4.2 RPRP).

Quedará interrumpida la prescripción desde que el interesado entable negociaciones con la Administración para concordar el sistema de preparación (47). En cambio, la apertura de un proceso penal contra los servidores públicos cuya actuación hubiere sido la causa inmediata de la lesión no interrumpe el término extintivo, salvo si la determinación de los hechos en la vía judicial es "necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial" (art. 146.2 LRJ-PAC).

El procedimiento general

Su sustentación responde al siguiente esquema:



A) Generalidades

a. El plazo máximo de tramitación del procedimiento es de seis meses, incrementados, en su caso, por el tiempo de duración del período extraordinario de prueba que se hubiera habilitado. Transcurrido dicho término sin que exista resolución o se formalice acuerdo de terminación convencional, se producirá el efecto de silencio negativo en relación con la pretensión de resarcimiento (arts. 13.3 RPRP y 142.7 LRJ-PAC).

b. La competencia para acordar la iniciación del expediente corresponde al órgano que las normas de atribución o delegación especifiquen; en la Administración del Estado, salvo previsión en otro sentido, será competente el ministro del Departamento (arts. 3.1 RPRP y 12, 13 y 142.2 LRJ-PAC).

c. La instrucción de los procedimientos corresponderá al órgano o persona designados al efecto por las normas de atribución de competencias o por el propio órgano competente para la incoación (arts. 3.1 RPRP y 12 y 13 LRJ-PAC).

d. La resolución de los procedimientos compete, en la Administración del Estado, al ministro del ramo, a menos que por Ley venga atribuida tal facultad al Consejo de Ministros (arts. 142.2 LRJ-PAC y 3.2 RPRP).

B) Inicio del procedimiento

a. Lo acordará el órgano competente cuando reciba una solicitud de persona interesada que reúna los requisitos siguientes:

- Los que determina el art. 70 LRJ-PAC. Si el interesado es militar y se dirige a la Administración Militar, la instancia será individual; si, además, se refiere a actos relacionados con la disciplina o el servicio, deberá cursarla por el conducto regular (Instrucción del Secretario de Estado de Administración Militar 25/93, de 18 de marzo, y arts. 202 al 204 de las Reales Ordenanzas Militares).
- Los expresados por el art. 6.1, párrafo segundo, RPRP:
 - Expresión del daño, su evaluación económica, el momento en que se produjo y la relación de causalidad con el servicio público.
 - Propuesta de la prueba de la que pretenda valerse el solicitante.
 - Acompañamiento de las alegaciones, documentos e informaciones que al derecho del interesado convengan.

Alternativamente, podrá el órgano competente para la incoación del expediente inadmitir la instancia, si la considera infundada o improcedente (art. 6.2 RPRP). En la Administración del Estado, si el órgano que dictó el acuerdo de inadmisión fue el ministro, su resolución pondrá fin a la vía administrativa y contra ella cabrá interponer recurso contencioso-administrativo (art. 109 c/ y disposición adicional 9ª LRJ-PAC y art. 37.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956. LJCA...). Si se trató de un órgano de inferior nivel, contra su decisión procederá el recurso administrativo ordinario (arts. 107.1, 109, "a contrario" y 114 y siguientes LRJ-PAC).

b. El órgano competente para la incoación podrá, también, acordarla de oficio, cuando (art. 5, números 1 y 2, RPRP):

- Considere que se ha producido una lesión resarcible en los bienes o derechos de algún particular; a esta conclusión podrá llegar por propia iniciativa, a causa de una denuncia o en virtud de propuesta razonada de otro órgano, que exprese la lesión producida, su relación de causa a efecto con el funcionamiento administrativo, la evaluación del daño y el momento en que se produjo.
- Lo ordene un órgano superior.

El acuerdo de incoación de oficio se notificará al interesado, concediéndole el plazo de siete días para que formule alegaciones, aporte documentos y proponga las pruebas que a su derecho convinieron (art. 5.3 RPRP).

La falta de personación en el procedimiento por parte del interesado no impedirá su tramitación (art. 5.3, "in fine", RPRP).

C) Instrucción

a. Correrá a cargo del órgano o persona designados. Rige, como en todos los procedimientos administrativos, el principio de impulsión de oficio y se aplicarán las normas comunes sobre derechos de los interesados, lengua del procedimiento y, en general, las que la LRJ-PAC establece en relación con la tramitación procedimental (art. 7 RPRP).

b. Las pruebas pertinentes se practicarán dentro de un plazo de treinta días. Podrá, no obstante, el órgano instructor disponer la apertura de un período extraordinario de prueba, cuya duración será la adecuada, sin limitación de tiempo, cuando lo soliciten los interesados y no lo estime improcedente. El tiempo al que alcance el período extraordinario incrementa, como se vio, el plazo máximo de tramitación del expediente (arts. 9 y 13.3 RPRP).

Podrán ser utilizados todos los medios de prueba admisibles en Derecho (art. 80.1 LRJ-PAC).

c. El órgano instructor solicitará obligatoriamente informe sobre el objeto del procedimiento al servicio causante de la lesión y podrá recabar los demás que considere precisos, concediendo para su emisión un plazo de diez días; este término podrá reducirse o ampliarse hasta un mes (art. 10 RPRP).

No podrá prescindirse el informe del servicio causante, aunque no lo emita éste dentro del plazo. En cuanto a los demás informes solicitados, transcurrido el término concedido para formularlos sin que se hayan recibido, se continuará la tramitación del expediente, incorporándolos a las actuaciones si llegaran antes de su conclusión o prescindiendo de ellos, en otro caso, sin perjuicio de la responsabilidad de los causantes de la demora (art. 83.3 LRJ-PAC).

d. El trámite de audiencia de los interesados, que se llevará a cabo cuando se considere completo el procedimiento, consistirá en (art. 11.1 RPRP):

- Ponerles de manifiesto el expediente, salvo las informaciones y datos reservados o secretos a los que se refiere el art. 37.5 LRJ-PAC).
- Entregarles una relación de los documentos obrantes en el expediente, para que puedan pedir copia de los que les convengan.
- Concederles un plazo de duración comprendida entre diez y quince días, que fijará concretamente el instructor, para que puedan formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

e. Cumplido el trámite de audiencia o concluso el plazo de alegaciones sin que hayan formulado ninguna los afectados, el instructor, dentro del término de diez días, formulará propuesta de resolución y, en la Administración del Estado elevará el expediente al órgano que le nombró, para su curso al Consejo de Estado (arts. 12.1 RPRP y 22.13 de la L.O. 3/80, de 22 de abril, del Consejo de Estado, LOCE).

f. Cabe la posibilidad de acuerdo de terminación convencional entre la Administración y los interesados:

- Por iniciativa de los propios interesados, expresada antes del trámite de audiencia o en el transcurso del plazo concedido en éste para formular alegaciones. El instructor valorará la oferta, completará o no la prueba y formulará al respecto propuesta, pronunciándose sobre la conveniencia de terminar el procedimiento mediante acuerdo o por resolución de la Administración (arts. 8 y 11 y 11.2 RPRP).
- Por iniciativa del instructor, antes del trámite de audiencia. En tal supuesto, el instructor elevará al órgano compe-

tente para resolver la correspondiente propuesta. Si este órgano fuera de conformidad, concertará con el interesado los términos del acuerdo y, de alcanzarse éste, se elevará, en la Administración del Estado, el proyecto de convenio al Consejo de Estado (arts. 8 RPRP y 22.13 LOCE).

g. En los procedimientos iniciados de oficio, si los interesados no llegaran a personarse en el trámite de audiencia ni en ninguno de los anteriores, se acordará el archivo provisional del expediente. Este archivo se convertirá en definitivo cuando transcurra íntegramente el plazo de prescripción del derecho al resarcimiento. Si antes de la conclusión de tal término comparecieran los interesados, se reabrirían y continuarían las actuaciones a partir del trámite de audiencia (art. 11.3 RPRP).

D) Terminación

a. En la Administración del Estado es, como ya se ha indicado, preceptivo el Dictamen del Consejo de Estado antes de la resolución de los procedimientos sobre responsabilidad patrimonial (art. 22.13 LOCE). El plazo de que dicho Alto Órgano Consultivo dispone para pronunciarse es, en el procedimiento ordinario, de dos meses. Su dictamen deberá referirse a:

- la relación de causalidad entre la actividad de la Administración y la lesión;
- la valoración de los daños;
- el modo en que deba llevarse a cabo la reparación;
- y, en su caso, la pertinencia del acuerdo de terminación convencional propuesto (art. 12.2 RPRP).

b. Recibido el dictamen del Consejo de Estado, el ministro (o el Consejo de Ministros, si fuere el caso) adoptará dentro de los veinte días siguientes una de estas decisiones:

- Dictar resolución motivada que ponga fin al procedimiento.
- O encargarse de la gestión del acuerdo de terminación convencional, para que sea formalizado por el interesado y el órgano competente para suscribirlo (art. 13, números, 1 y 2, RPRP).

El procedimiento abreviado

El art. 143 LRJ-PAC ordena el establecimiento de un procedimiento abreviado para

declarar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, que aparece regulado en los arts. 14 al 17 RPRP. En la Administración del Estado, sus rasgos generales son los siguientes:

a. El plazo máximo de tramitación es de treinta días, transcurridos los cuales se produce el efecto de silencio negativo.

b. Este procedimiento sólo puede iniciarse de oficio y como consecuencia de la tramitación de un procedimiento general. Cuando el instructor de éste, antes del trámite de audiencia, considere inequívocas.

- la relación de causalidad,
- la valoración del daño, y
- la cuantía de la indemnización,

acordará la incoación de procedimiento abreviado, quedando, entre tanto, suspendido el procedimiento general que se venía siguiendo por la misma causa.

c. Se dará inmediatamente audiencia al interesado, con notificación del acuerdo de incoación y entrega de la relación de documentos obrantes en el procedimiento (que serán copia de los obrantes en el procedimiento general), para que en el plazo de cinco días formulen alegaciones y presenten documentos y justificaciones. Durante ese término podrán el instructor y el interesado fijar los términos de una propuesta de terminación convencional.

d. Evacuado el trámite de audiencia y dentro de los siguientes cinco días, el instructor formulará propuesta de terminación y elevará las actuaciones al órgano que le designó, para su curso al Consejo de Estado.

e. El Consejo de Estado emitirá su dictamen en el plazo de diez días. Si no lo hace, se prescindirá de él.

f. Recibido el dictamen o transcurrido el plazo, el ministro (o el Consejo de Ministros):

- Acordará el levantamiento de la suspensión del procedimiento general y su continuación, con incorporación de las actuaciones que hubieren compuesto el procedimiento abreviado. Tal decisión deberá adoptarse necesariamente cuando no se haya recibido el dictamen del Consejo de Estado o si dicho Alto Órgano Consultivo discrepa de lo propuesto por el instructor.
- Adoptará resolución concesoria del resarcimiento.

- O someterá el acuerdo de terminación convencional, para su formalización, al interesado y al órgano competente para suscribirlo.

La revisión jurisdiccional

Las resoluciones y convenios que pongan fin a los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones agotan la vía administrativa y contra ellos interponer recurso contencioso-administrativo (arts. 142.6 LRJ-PAC, 2.3 RPRP y 37.1 LJCA).

REGÍMENES ESPECIALES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

La posible especialidad del régimen de responsabilidad por los errores en materia disciplinaria militar

El derecho de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil de ser resarcidos por los daños y perjuicios derivados de una inadecuada aplicación de las Leyes Disciplinarias a las que, respectivamente, están sometidos (Ley Orgánica 12/85, de 27 de noviembre —LDFAS—, para los primeros y Ley Orgánica 11/91, de 17 de junio —LDGC—, para los segundos) tiene indudable acomodo dentro del principio general consagrado por el art. 106.2 de la Constitución.

La Ley Orgánica 2/89, de 13 de abril, Procesal Militar (LPM) contempla la indemnización de tales daños y perjuicios desde una doble perspectiva:

- Como pretensión que cabe deducir ante los Tribunales Militares en el seno de un recurso contencioso-disciplinario militar (art. 469).
- Y, correlativamente, como pronunciamiento que puede efectuar la sentencia estimatoria de un recurso de esa clase (arts. 495.b/ y 510).

No existe, pues, cuestión en cuanto a la posibilidad de obtener el resarcimiento por errores disciplinarios en la vía judicial militar. Sin embargo, ocurre que ni todos los que en ella logran la anulación de las sanciones que les hubieren sido impuestas reclaman simultáneamente la reparación de los daños y perjuicios, ni siempre tiene sentido o es posible interponer recurso contencioso-disciplinario.

Es forzoso admitir que, a falta de un sistema específico de compensación administrativa, en todos los casos en que, por imposibilidad o inconveniencia y pese a la declaración de nulidad de una sanción impuesta y ya cumplida, no se hubiere solicitado de los Tribunales Militares la indemnización de los daños efectivamente sufridos, podrá el interesado acogerse al régimen común de responsabilidad de las Administraciones Públicas e instar de la Administración Militar la incoación del procedimiento general de resarcimiento; y no es descabellado suponer que, en algunos casos, pudiera partir la iniciativa de la propia Administración Disciplinaria.

La competencia para resolver estos procedimientos de responsabilidad patrimonial corresponderá al ministro de Defensa, tanto si el sancionado-perjudicado pertenece a las Fuerzas Armadas como si es miembro de la Guardia Civil. En este último caso, debe tenerse en cuenta que el régimen disciplinario del Instituto, de cuya aplicación, bien que incorrecta, derivará la posible lesión resarcible, aparece tratado por la Ley Orgánica 2/86, de 3 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en su art. 15.1, fuera, por lo tanto, del reparto de campos de actuación entre los Ministerios de Defensa y del Interior establecido en el art. 14 de la propia Ley Orgánica; y que el ministro de Defensa culmina la pirámide disciplinaria de la LDGC (arts. 20, 29, 52.3 y 66).

Mención aparte merece el problema de la revisión jurisdiccional de las resoluciones y acuerdos de terminación adoptados en tales procedimientos. El juego de los arts. 142.6 LRJ-PAC, 2.3 RPRP y 37.1 LJCA atribuye esa función revisora a los órganos jurisdiccionales del Orden Contencioso-Administrativo. La pretensión de resarcimiento, empero, tiene su origen en la aplicación de alguna de las Leyes Disciplinarias Militares y, por lo mismo, es, en mi opinión, de las que vienen atribuidas al conocimiento de la Jurisdicción Militar por los arts. 17 de la Ley Orgánica 4/87, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LOCOM), a cuyo tenor:

"Corresponde a la Jurisdicción Militar la tutela de los derechos de quienes recurran contra sanciones impuestas en aplicación de las LDFAS, de los derechos que concedan las normas de su desarrollo..."

"La Jurisdicción Militar, en materia contencioso-disciplinaria militar, conocerá de las pretensiones que se deduzcan en rela-

ción con los actos recurribles de las Autoridades y Mandos sancionadores..."

Por lo tanto, y siempre a juicio de quien esto escribe, el recurso procedente contra los actos y convenios que pongan fin a los procedimientos de responsabilidad patrimonial de la Administración Disciplinaria Militar ha de ser el contencioso-administrativo, pero interpuesto y sustanciado ante la Jurisdicción Militar, representada por la Sala 5ª del Tribunal Supremo (art. 23.6 LOCOM).

Sería deseable, para evitar estas disfunciones, el establecimiento de un procedimiento administrativo específico para la declaración de la responsabilidad patrimonial del Estado por los errores disciplinarios y, en todo caso, una reforma de la LPM que permitiese que el procedimiento contencioso-disciplinario militar ordinario fuera aplicable no sólo, como quiere su art. 453, párrafo segundo, "a toda pretensión que se deduzca contra la imposición de cualquier sanción por falta grave militar o por la imposición de sanciones extraordinarias", sino, precisamente, a toda pretensión que se deduzca con motivo de la imposición de cualquier sanción disciplinaria.

Los demás regímenes especiales

El resarcimiento de las lesiones causadas a los particulares por el funcionamiento del Estado, en cuanto tal, o de las Administraciones Públicas, no siempre se somete a las reglas de la LRJ-PAC del RPRP que se han examinado. Existe una gran variedad de regímenes especiales, no derogados por aquéllas. Mencionaré alguno de los más interesantes.

A) Responsabilidad del Estado-Juez

La responsabilidad del Estado por los daños causados por la actividad del Poder Judicial aparece reconocida en el art. 121 de la Constitución:

"Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia darán derecho a una indemnización a cargo del Estado conforme a la Ley".

La Ley reguladora a la que se refiere el precepto constitucional es la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985 (LOPJ), a la que expresamente remite el art. 139.4 LRJ-PAC.

Se ocupan, dentro de la LOPJ, específicamente de este especial régimen de responsabilidad los arts. 292 al 297, que, en esen-

cia, exigen la declaración expresa del error cometido por la Administración de Justicia por la Sala del Tribunal Supremo correspondiente al mismo Orden Jurisdiccional que el órgano a quien se imputa el error, y la posterior tramitación, ante el Ministerio de Justicia, de un procedimiento de responsabilidad patrimonial con arreglo a las normas que lo regulen con carácter general (ahora, la LRJ-PAC y el RPRP). Será preceptivo en este expediente el informe del Consejo General del Poder Judicial (disposición adicional 2ª RPRP) (48). En el ámbito de la Jurisdicción Militar, la pretensión de declaración del error judicial previa a la reclamación de resarcimiento debe deducirse ante la Sala 5ª del Tribunal Supremo (art. 22.8 LOCOM), y el procedimiento de responsabilidad patrimonial consecuente será resuelto por el ministro de Defensa.

B) Responsabilidad del Estado-Legislador

Tres son las vías a través de las cuales puede, según el Tribunal Constitucional (49), aparecer la responsabilidad patrimonial del Estado por la adopción de disposiciones con rango de Ley:

a. Promulgación de Leyes de contenido expropiatorio de derechos. En tal supuesto, la indemnización se ajustará al sistema prevenido para compensar por la expropiación forzosa de bienes y derechos, que es, como sabemos, distinto del articulado para establecer la responsabilidad patrimonial de las Administraciones.

b. Aplicación de Leyes inconstitucionales. Si la reparación de los perjuicios ocasionados no se plantea y resuelve dentro del mismo procedimiento declarativo de la inconstitucionalidad de esas normas por el Tribunal Constitucional, pudieran los perjudicados reclamar el resarcimiento de la Administración que aplicó la Ley, una vez declarada su inconstitucionalidad, a través del mecanismo de responsabilidad patrimonial regulado en la LRJ-PAC y el RPRP.

c. Publicación de leyes no expropiatorias cuya aplicación haya de producir unos graves y ciertos perjuicios. Para este supuesto, el art. 139.3 LRJ-PAC dispone que "las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los

términos que especifiquen dichos actos". Es decir, por una parte será requisito indispensable para que pueda nacer el derecho a la reparación que los perjudicados, además de efectivos, evaluables económicamente e individualizados sean antijurídicos; pero, además, la reparación se concederá sólo si la Ley en cuestión así lo establece, y en los términos y circunstancias que en ella se determinan.

C) Reclamación a militares por los daños y perjuicios sufridos con ocasión o por razón del servicio

Los sistemas de resarcimiento a militares más significativos son los siguientes:

a. Compensación por muerte y lesiones que determinen el retiro forzoso, producidas en acto de servicio, a través de las pensiones que determina la Ley de Clases Pasivas del Estado, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 640/87, de 30 de abril. Es también de aplicación a los funcionarios civiles del Estado.

b. Compensación por muerte y lesiones en acto de servicio, concurriendo excepcionales o singulares circunstancias de mérito, a través de las recompensas militares pensionadas previsto en la Ley 15/70, de 4 de agosto, en relación con la disposición final 1ª de la Ley 17/89, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional.

c. Resarcimiento a miembros de la Guardia Civil por los daños materiales sufridos con ocasión del servicio o, y ésta es una peculiaridad interesante y apropiada, por razón de su pertenencia al Instituto, al amparo de los arts. 6 al 23 del Real Decreto 485/80, de 22 de febrero.

d. Resarcimiento a miembros de la Guardia Civil por los daños personales que en acto o con ocasión del servicio les sobrevinieren mediante la aplicación analógica de lo prevenido en el art. 180 del Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa, aprobado por Real Decreto 2038/75, de 17 de julio. Concorre la singular circunstancia de que dicho Reglamento, ya derogado como consecuencia de los cambios normativos que en relación con los miembros de lo que ahora son Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y, en particular, del Cuerpo Nacional de Policía, fue "resucitado" por el Consejo de Estado y extendidas sus previsiones en este concreto punto también a los miembros

de la Guardia Civil (50), sin que esta beneficiosa doctrina se haya visto contradicha hasta el momento.

D) Algunos otros regímenes especiales

Sin ánimo exhaustivo cabe enumerar los siguientes:

a. Resarcimiento por los daños bélicos. Ni en la doctrina ni en la legislación de los países de nuestro entorno y, en particular, de los que tomaron parte en la última contienda mundial, ha llegado a reconocerse de forma indubitada el derecho de los perjudicados no combatientes a obtener la reparación. En algunos casos, se han dictado disposiciones concesorias de indemnizaciones, pero dista ello de ser la pauta general. Tampoco en España existen normas que regulen genéricamente los daños de guerra ni una práctica jurisprudencial al respecto, sin perjuicio del gran número de disposiciones legales y reglamentarias que, en relación con la Guerra Civil, se han venido dictando para resolver situaciones de lo más variado. Parece claro que los daños de guerra no tienen cabida dentro de la LRJ-PAC, por quedar comprendidos dentro de la excepción de fuerza mayor en su causación y que los que llegaran a producirse podrían llegar a ser indemnizados si y sólo si alguna norma específicamente dictada al efecto así lo determinara (51).

b. Reparación por los daños terroristas. Aun cuando los daños terroristas no pueden ser imputados a las Administraciones Públicas, algunas de ellas han asumido su compensación. Por lo que a la Administración del Estado concierne, esto se traduce en la concesión de:

- Indemnización de los daños corporales y materiales, por aplicación del art. 64.1 de la Ley 33/87, de 23 de diciembre, de Presupuestos para 1988, reformado por la disposición adicional 19ª de la Ley 31/91, de 30 de diciembre, de Presupuestos para 1992, y del Real Decreto 637/92, de 19 de junio, dictado en su desarrollo.
- Pensiones extraordinarias, al amparo de la disposición adicional 28ª de la misma Ley 30/91, desarrollada por el Real Decreto 851/92, de 10 de junio.

c. Reparación de los daños causados por los vehículos oficiales de los Ministerios de

Defensa, a través de la Orden de 9 de mayo de 1984; y del Interior, por medio de la Orden de 30 de julio de 1987.

d. Compensación por la muerte y lesiones corporales producidas durante la prestación del servicio militar o la permanencia en Centros Docentes Militares de Formación, a través de las pensiones e indemnizaciones reguladas en el Real Decreto 1234/90, de 11 de octubre, la Orden 40/92, de 25 de mayo, y la disposición adicional 7ª de la Ley 31/90, de Presupuestos para 1991. Este sistema se refiere tanto a las Fuerzas Armadas como a la Guardia Civil.

e. Reparación de los daños ocasionados por las Fuerzas Armadas de los EE.UU. de América en España, por mediación del art. 44 del Convenio de Cooperación para la Defensa entre ambos Estados, de 1 de diciembre de 1988, en relación con el art. VIII del Convenio sobre el Estatuto de las Fuerzas de la OTAN, hecho en Londres en 1951.

f. Reparación de los daños siniestros extraordinarios, amparados por el Consorcio de Compensación de Seguros, a través de las indemnizaciones establecidas en la Ley de 16 de diciembre de 1954, la Ley 50/80, de 8 de octubre, el Real Decreto 2022/86, de 29 de agosto, y el Real Decreto 731/87, de 15 de mayo.

g. Indemnización de los daños y perjuicios sufridos por medios de transportes extranjeros en territorio nacional, determinada por la Ley 52/84, de 26 de diciembre.

LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LAS AUTORIDADES Y PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES

La acción de regreso

Ha quedado reiteradamente expuesto el carácter directo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, aun cuando la acción u omisión causante del daño al particular fuera específicamente atribuible a una persona determinada, al servicio de la Administración correspondiente (arts. 145.1 LRJ-PAC y 19 RPRP). No se trata, como señala García de Enterría y Fernández, de proteger injustificadamente a los servidores públicos, sino de articular la mejor garantía del ciudadano (52).

Ahora bien, que las Administraciones Públicas estén, como lo están, obligadas a ha-

cer efectivo en primer lugar el resarcimiento no significa que siempre deban sufrir definitivamente la disminución patrimonial que la reparación comporta. Por el contrario, en aquellos casos en que la actuación de la autoridad, funcionario o empleado público generadora del daño al particular hubiera sido afectada mediando dolo, culpa o negligencia grave, podrá la Administración correspondiente, después de indemnizar al perjudicado, exigir de la persona a su servicio el reembolso de la cantidad abonada (arts. 145.2 LRJ-PAC y 19 RPRP).

El ejercicio de la acción de regreso contra el servidor público cuya conducta hubiere determinado el resultado lesivo constituye una potestad que, por razones de equidad, debe considerarse reglada y no discrecional: si existió dolo, culpa o negligencia por parte de aquél, es obligado poner en marcha la vía de regreso. Para la exacción de esta responsabilidad deben, a tenor del mismo art. 145.2 LRJ-PAC, considerarse los factores siguientes:

- la entidad del resultado dañoso,
- la intencionalidad del servidor público,
- su responsabilidad profesional,
- y la relación de su comportamiento con la producción de la lesión resarcible (e indemnizada).

La vía de regreso es compatible con la exigencia de responsabilidad penal por los mismos hechos a las autoridades, funcionarios o empleados públicos afectados. De hecho, si la Administración apreciara responsabilidad criminal en la actuación de aquéllos, deberá pasar el tanto de culpa a los Tribunales competentes. Sólo cuando la determinación de los hechos en el Orden Penal sea necesario para la fijación de la responsabilidad administrativa deberá esperarse a la terminación del proceso criminal (arts. 145.5 y 146.2 LRJ-PAC).

El plazo para ejercitar la acción de regreso, plazo de prescripción, es, en ausencia de determinación expresa por parte de la LRJ-PAC o el RPRP, el general de cinco años que para "reconocer o liquidar créditos" a favor de la Hacienda Pública dispone el art. 40.1 a) de la Ley General Presupuestaria, contando desde el pago de la indemnización al particular.

La exigencia al servidor público causante de la lesión del reintegro se realizará a través del procedimiento determinado en los arts.

145, números 1 y 4, LRJ-PAC y 19 y 21 RPRP, cuyos rasgos generales son:

a. Acordará su incoación el órgano al que se haya atribuido tal competencia. En defecto de normas específicas al respecto y por lo que a la Administración Militar concierne, han de entenderse competentes, por aplicación de lo ordenado en el art. 12.3 LRJ-PAC, los Jefes de las Regiones y Zonas Militares, Marítimas y Aéreas, los Jefes de los Estados Mayores de los Ejércitos, el Director General de la Guardia Civil, el Secretario de Estado de Administración Militar y el Ministro de Defensa, cada uno respecto del personal que de él dependa.

b. La orden de inicio se notificará al expedientado, para que en quince días aporte alegaciones, documentos y justificaciones y proponga la prueba que le convenga.

c. Las pruebas pertinentes se practicarán dentro de un plazo de quince días.

d. Será preceptivo el informe del Servicio cuyo funcionario hubiese causado la lesión indemnizada.

e. Conclusa la instrucción, se dará audiencia al expedientado, con exhibición de las actuaciones y concesión del plazo de diez días para que presente las alegaciones que a su derecho interesen.

f. Cumplido el trámite de audiencia, deberá el instructor formular propuesta de resolución en el plazo de cinco días.

g. Si no existe norma que atribuya a otro órgano la competencia al efecto, resolverá el mismo que dispuso la incoación, dentro del plazo de cinco días. Si su decisión declara la responsabilidad del interesado, pondrá fin a la vía administrativa y podrá impugnarse en la contencioso-administrativa.

RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A LAS ADMINISTRACIONES

A) Régimen general

Las Administraciones Públicas podrán, según los arts. 145.3 LRJ-PAC y 20 RPRP, exigir a las autoridades, funcionarios y empleados públicos responsabilidad por los daños causados en sus bienes y derechos. Se trata, al igual que en el caso de la vía de regreso, de una potestad reglada, cuyo presupuesto necesario es la concurrencia de dolo, culpa o negligencia grave e la conducta dañosa del servidor público. En el ejercicio de tal potestad deberán ponderarse los

mismos elementos ya señalados al examinar la acción de regreso.

Esta acción de responsabilidad es compatible con la exigencia simultánea de responsabilidad penal o disciplinaria al interesado, de cuya conducta se dará cuenta a los Tribunales competentes o, en la Administración Militar, a las Autoridades Disciplinarias, si se estima pudiera integrar delito o falta disciplinaria militar (arts. 145.5 y 146.2 LRJ-PAC, 18 LDFAS y 18.1 LDGC). Únicamente cuando la declaración judicial de hechos sea precisa para la fijación de la responsabilidad deberá quedar paralizado el expediente de responsabilidad administrativa, a la espera de la resolución penal definitiva (art. 146.2 LRJ-PAC).

El plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de responsabilidad, el procedimiento "ad hoc" y las competencias para iniciarlo y resolverlo son, asimismo, idénticos que en la vía de regreso (art. 21 RPRP).

La resolución declarativa de responsabilidad del servidor público pone fin a la vía administrativa y será impugnabile en la contencioso-administrativa (art. 145.4 LRJ-PAC).

B) Regímenes especiales

Constituyen sistemas especiales para la declaración de la responsabilidad de los servidores públicos por los daños irrogados a la Administración, entre otros y por señalar los más interesantes:

a. El régimen de responsabilidad contable, que, a tenor del art. 20 RPRP, viene determinado por los arts. 140 y siguientes de la Ley General Presupuestaria; la Ley Orgánica 2/82, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas; la Ley 7/88, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas; y el Real Decreto 700/88, de 1 de julio.

b. El régimen de responsabilidad de los militares por la pérdida o deterioro de material o efectos oficiales que tuvieran bajo su custodia, regulado para las Fuerzas Armadas por el Real Decreto 567/79, de 22 de febrero, y para la Guardia Civil por el mismo y por los arts. 1 al 5 del ya mencionado Real Decreto 485/80. No existen, en mi opinión motivos para considerar derogado a ninguno de ellos por la LRJ-PAC o el RPRP, dado el carácter general y permisivo de sistemas especiales que estas últimas disposiciones tienen.

RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL

El art. 146.1 LRJ-PAC declara que "la responsabilidad civil y penal del personal al

servicio de las Administraciones Públicas se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente".

Es conveniente recordar ahora lo que ya se indicó anteriormente en cuanto a la responsabilidad civil de los servidores públicos (53). Lo tajante del art. 145.1 LRJ-PAC, secundado por los arts. 1.1 y 2.1 RPRP no parece dejar lugar a dudas: el particular lesionado deberá reclamar directamente de la Administración correspondiente el resarcimiento, sin que pueda ya optar por dirigirse contra el funcionario mediante demanda civil ante los Tribunales de ese Orden. Es, en este sentido, significativo de la postura que pueden optar los órganos jurisdiccionales de lo Civil, el Auto dictado en fecha 7 de mayo de 1993 por el Juzgado de 1ª Instancia número 1 de Huesca que, admitiendo la excepción dilatoria opuesta por el Letrado del Estado, declaró su falta de jurisdicción para seguir conociendo de la demanda interpuesta por un miembro de la Guardia Civil contra la Administración y dos componentes más del Instituto por los daños sufridos mientras prestaban un servicio que reglamentariamente le había sido ordenado. Recuerda dicha resolución que la LRJ-PAC ha reconducido este tipo de pretensiones a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, previo el agotamiento de la vía administrativa correspondiente.

Así pues, la responsabilidad civil de los servidores públicos exigible ante los Tribunales Civiles sólo podrá ser aquella en que incurrieren por razón de acciones y omisiones no relacionadas o conectadas en modo alguno con el servicio propio de sus cargos.

En cambio, la responsabilidad penal de las Autoridades, funcionarios y empleados públicos por hechos realizados durante o con ocasión del servicio es independiente de y compatible con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones y con la responsabilidad administrativa de los propios servidores públicos exigible en las vías de regreso y reparación de daños en bienes y derechos de la Administración (art. 146.2 LRJ-PAC). La tramitación de los procedimientos penales, ante la Jurisdicción Ordinaria o la Militar sólo interrumpirá los plazos de prescripción para el ejercicio por las Administraciones o los particulares de las acciones de responsabilidad que, respectivamente, les concede la LRJ-PAC salvo, como el mismo precepto declara, en aquellos casos en que la declaración judicial de hechos resultara necesaria para la fijación de la responsabilidad.

Téngase en cuenta que como consecuencia de la condena en la vía penal de las autoridades, funcionarios y empleados públicos puede surgir la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, que debería ser objeto de compensación con las indemnizaciones ya satisfechas, en su caso, en la vía administrativa de responsabilidad patrimonial. ■

NOTAS

- (1) "Constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado", en *Estudios sobre la Constitución Española*, coord. por MARTÍN RETORTILLO, tomo III, Madrid, 1991, pp. 2827-2861, 2028-2029.
- (2) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Madrid, 1987, p. 322.
- (3) Cfr. LEGUINA, *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, Madrid, 1970, p. 168.
- (4) Vid. ENTRENA, "Curso de Derecho Administrativo", vol. 1/1, Madrid, 1986, pp. 398-399.
- (5) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso...*, o.e., p. 332.
- (6) Id. id.
- (7) Ibid.
- (8) GARRIDO FALLA, *Constitucionalización...*, o.e., p. 2845.
- (9) Este ha sido el criterio que sobre la aplicabilidad de la LRJ-PAC ha mantenido el Ministerio para las Administraciones Públicas en la Instrucción de su Subsecretaría de 24 de febrero de 1993.
- (10) "Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas", en *Estudios...*, o.e., pp. 2785-2826, 2790-2791.
- (11) MARTÍN REBOLLO, "Nuevos planteamientos...", o.e., p. 2792.
- (12) SANZ GANDASEGUI, "Notas sobre las principales modificaciones introducidas por la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en materia de procedimiento, actos administrativos, sanciones y responsabilidad patrimonial", en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, número 1665, pp. 1358-1371, 1369.
- (13) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso...*, o.e., p. 346.
- (14) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de 28 de junio de 1983, cit. por SANTOS BRIZ, *La responsabilidad Civil*, tomo II, Madrid, 1989, p. 766.
- (15) GARRIDO FALLA, *Constitucionalización...*, o.e., p. 2847.
- (16) *Curso...*, o.e., pp. 335 y ss.
- (17) *La responsabilidad...*, o.e., p. 171.
- (18) *Nuevos planteamientos...*, o.e., p. 2794.
- (19) *Constitucionalización...*, o.e., p. 2848.
- (20) GARRIDO FALLA, *Constitucionalización...*, o.e., p. 2851.
- (21) Así, sentencias de la Sala 4ª de 25 de enero de 1974, 18 de junio de 1983, 22 de julio de 1987, 26 de enero de 1988, 18 de junio de 1988 y 22 de julio de 1988, comentadas por GARRIDO FALLA en *Constitucionalización...*, o.e., p. 2853-2855.
- (22) GARRIDO FALLA, *Constitucionalización...*, o.e., p. 2855.
- (23) El profesor GARRIDO FALLA entiende, con un amplio sector de la doctrina extranjera, que la obligación de la Administración de compensar los perjuicios ocasionados tiene su fundamento en la teoría de la indemnización, cuando la actividad causante de los daños fuera lícita; y en la teoría de la responsabilidad, si dicho actuar fuere ilícito (*Constitucionalización...*, o.e., pp. 2828 y ss). Sin negar el acierto de esta construcción, cabe señalar, con ENTRENA, que "desde el punto de vista jurídico-positivo la distinción carece de relevancia, por lo que resulta aconsejable estudiar bajo el común epígrafe de la responsabilidad de la Administración todas las hipótesis en que ésta se halla obligada a indemnizar a los particulares, como consecuencia de la lesión extracontractual de sus derechos" (*Curso...*, o.e., p. 393).
- (24) Sentencia de 28 de junio de 1983, antes mencionada.
- (25) Vid. SANTOS BRIZ, *La responsabilidad...*, o.e., tomo I, Madrid, 1989, pp. 39 y ss.
- (26) Cuanto en este apartado y en el siguiente se exponga ha de entenderse referido a la responsabilidad de las Administraciones derivada de actuaciones sometidas al Derecho Administrativo y no a la nacida de actos sujetos al Derecho Privado, a menos que expresamente se indique otra cosa.
- (27) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso...*, o.e., pp. 337-338.
- (28) Vid. Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, Sección 4ª, de 22 de noviembre de 1991, Fundamento Jurídico IV.
- (29) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso...*, o.e., pp. 339-340.
- (30) Id. id., p. 340.
- (31) Cfr., por todas, la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, Sección 3ª, de 8 de febrero de 1991.
- (32) Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1991, antes mencionada, y de 15 de julio de 1991 (Sección 4ª).
- (33) Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1988 y 23 de octubre de 1968, cit. por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso...*, o.e., p. 352.
- (34) Sobre la distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso...*, o.e., pp. 351-352.
- (35) Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, Sección 6ª, de 29 de mayo de 1991, Fundamento Jurídico III.
- (36) Dictamen del Consejo de Estado número 50.249, de 1 de octubre de 1987.
- (37) Dictamen del Consejo de Estado número 50.836, de 1 de octubre de 1987.
- (38) Cfr. ENTRENA, *Curso...*, o.e., pp. 399-340.
- (39) Así, en el Dictamen número 50.127, de 26 de febrero de 1987.
- (40) MARTÍN REBOLLO, *Nuevos planteamientos...*, o.e., p. 2795.
- (41) Sentencia de 8 de febrero de 1991, citada.
- (42) *Notas...*, o.e., pp. 1369-1370.
- (43) Vid. las más importantes en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso...*, o.e., pp. 365-367.
- (44) En este sentido, cfr. Dictamen del Consejo de Estado número 49.573, de 14 de mayo de 1987.
- (45) SANZ GANDASEGUI, *Notas...*, o.e., p. 1370.
- (46) Vid.
- Sobre la diferencia entre las figuras de la prescripción extintiva y la caducidad de los derechos, PUIG GRUTAU, *Caducidad, prescripción extintiva y usucapción*, Barcelona, 1988, pp. 27 y ss.
- (47) Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1967 y 3 de noviembre de 1975, cit. por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso...*, o.e., p. 373.
- (48) Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento irregular de la Administración de Justicia, cfr. SANTOS GRIZ, *La responsabilidad...*, o.e., tomo II, pp. 774-779.
- (49) En sus sentencias 108/86, de 29 de junio y 99/87, de 11 de junio. Cfr. también, por todas, las sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1991 (Sección 2ª) y 22 de enero de 1993 (Sección 7ª).
- (50) Vid. los Dictámenes números 52.485, de 15 de diciembre de 1988; 53.326, de 11 de mayo de 1989; y 54.759, de 21 de junio de 1990.
- (51) Sobre los daños bélicos, vid. QUIROGA, *La Administración Militar y su responsabilidad patrimonial*, Madrid, 1988, pp. 420 y ss.
- (52) *Curso...*, o.e., p. 382.
- (53) Cfr. apartado 3.3., supra, de este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- ENTRENA, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. 1/1, Madrid, 1986.
- GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Madrid, 1987.
- GARRIDO FALLA, "Constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado", en *Estudios sobre la Constitución*

- Española, coord. por MARTÍN RETORTILLO, tomo III, pp. 2827-2881. Madrid, 1991.
- LEGUINA, *La responsabilidad civil de la Administración Pública*. Madrid, 1970.
- MARTÍN REBOLLO, "Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas", en *Estudios...*, o.c., pp. 2785-2826.
- PREUS, *Guía práctica e información de interés sobre indemnizaciones del Ministerio del Interior*. Madrid, 1989.
- PUIG BRUTAU, *Caducidad, prescripción extintiva y usucapción*. Barcelona, 1988.
- QUIROGA, *La Administración Militar y su responsabilidad patrimonial*. Madrid, 1988.
- SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil* (2 tomos). Madrid, 1989.
- SANZ GANDÁSEGUI, "Notas sobre las principales modificaciones introducidas por la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en materia de procedimiento, actos administrativos, sanciones y responsabilidad patrimonial", en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, número 1884, pp. 1358-1371.

LA GUARDIA CIVIL EN EL GOLPE DE PAVÍA

MIGUEL LÓPEZ CORRAL

Doctor en Historia

EL golpe del general Pavía, el 3 de enero de 1874, que dio al traste con la I República, fue el segundo de los cuatro pronunciamientos en los que intervino la Guardia Civil a lo largo de su historia.

El primero había tenido lugar de 1846, cuando el capitán del Tercio de Pontevedra, el progresista Manuel Buceta, intentó arrastrar a los hombres a sus órdenes a una sublevación contra el moderantismo establecido en el poder. La intentona, sin embargo, no prosperó, y Buceta sufrió un consejo de guerra especialmente duro, supervisado por el propio Duque de Ahumada (1).

Los dos restantes pronunciamientos donde la Guardia Civil se vio involucrada, tuvieron lugar en el siglo XX. En la jornada del 10 de agosto de 1932, en plena II República, el general Sanjurjo se sublevó contra el Gobierno, irritado porque había sido cesado como Director General de la Guardia Civil y relegado al mando del Cuerpo de Carabineros, de menor prestigio. El bilaurado general africanista pudo contar para su aventura con algunas unidades de la Guardia Civil y de Carabineros, pero la escasa consistencia de estas fuerzas facilitó que el Gobierno de Manuel Azaña abortase el golpe en pocas horas. Finalmente, el 23 de febrero de 1981, en plena transición democrática y cuando mayor era el ensañamiento terrorista para con la Guardia Civil, tuvo lugar el cuarto y último pronunciamiento, al irrumpir en el hemicycle del Congreso de Diputados un grupo de guardias civiles durante la votación de investidura de Leopoldo Calvo Sotelo. Como se sabe, este golpe contó con el apoyo de algunas unidades militares y constituyó un nuevo fracaso en sus objetivos.

Por tanto, de los cuatro pronunciamientos señalados, sólo uno, el del general Pavía, terminó con éxito para los sublevados. Ello fue así en gran parte por las extremadamente difíciles circunstancias por las que atravesaba el país, pero también por la decisiva aportación de la Guardia Civil.

Las siguientes líneas suponen un intento de aproximación objetiva y rigurosa a aquel suceso, de gran trascendencia, por cuanto significó nada menos que el final de la primera experiencia de gobierno republicano federal en España, además de la apertura, nítida, hacia la restauración de la monarquía borbónica. Obviamente, para lo propuesto en este estudio, es preciso partir del análisis global de la situación política vivida en aquellos años por el país, continuar con el papel desempeñado por el republicanismo y las relaciones de éste con la Guardia Civil, claves donde se halla la explicación al porqué de la aludida actuación de la Institución en el pronunciamiento de Pavía, motivo último y principal de este trabajo.

EL REPUBLICANISMO EN 1873. LA PROCLAMACIÓN DE LA I REPÚBLICA

Hasta 1868, el republicanismo había sido en España una fuerza exigua, sin apenas representatividad en el espectro político; una fuerza que había sobrevivido en la clandestinidad de las sociedades secretas hasta su integración en el Partido Demócrata, con el que habían sido signatarios del Pacto de Ostende. Como ha señalado el profesor Dardé Morales, la revolución de 1868 hizo aflorar a la superficie al republicanismo español, y a partir de octubre de aquel mismo año, se convirtió en un grupo con suficiente peso específico, merced a un crecimiento fulminante, sin precedentes en ningún otro partido hasta entonces, lo que sin duda contribuyó a que empezase a ser respetado por los demás grupos políticos y a pensar en una independencia del partido nodriza, a crear su propia estructura.

La oportunidad para esto último se le presentó en el mes de octubre de 1868, cuando en las reuniones del Partido Demócrata celebradas en el circo Price, se planteó la cuestión de la forma de gobierno a declarar. No hubo acuerdo y los cimbríos apostaron por dar su apoyo a la fórmula monárquica, al considerarla como la más conveniente para consolidar la revolución, al menos hasta que

ésta madurase; otro sector, por su parte, vio en la septembrina y en el trono vacante la ocasión propicia para implantar la "República Federal". La consecuencia fue la escisión de los demócratas y la fundación del Partido Republicano-Democrático Federal, que a través de algunos de sus líderes más conspicuos —Fernando Garrido, Orense y Castelar—, inició una frenética campaña propagandística por todo el país, a fin de difundir sus ideas, lo que de paso coadyuvó al rápido crecimiento del Partido. En el corto espacio de los tres primeros meses de la revolución de 1868, el republicanismo se había fuertemente arraigado en Andalucía, Aragón y Cataluña, y con relativa importancia en Galicia —El Ferrol y La Coruña— y ciudades del litoral levantino, caso de Valencia, Alicante y Cartagena, debido a la tradición de los radicalismos progresista y democráticos, de cuyas bases, clases obreras y campesinado, sobre todo, obtuvieron el principal apoyo.

No fue una casualidad esta repentina pujanza. La mayoría de sus reivindicaciones ideológicas sintonizaron con gran parte de las masas populares, aquellas que justamente habían depositado en la revolución sus mayores esperanzas. La supresión del sistema de quintas y de consumos, el sufragio universal a partir de los veinte años, la supresión del servicio militar obligatorio y su sustitución por un Ejército de voluntarios, el carácter sagrado de los derechos individuales, la distribución de las tierras a los campesinos a partir de una nueva desamortización, fueron algunas de las ideas de más hondo calado entre las clases menos favorecidas.

Sin embargo, no todo era tan fácil y la consolidación como partido jamás llegaría a producirse durante el período. El factor fundamental fue la declaración de la "República federal" como fórmula de gobierno. No existía acuerdo, ni en el fondo ni en el momento de reivindicarla, y por aquí empezaron las disensiones internas que caracterizaron al republicanismo en todo el proceso revolucionario. Uno de los dirigentes más destacados, Eugenio García Ruiz, consideró la federación como génesis del desmembramiento de la patria española; Nicolás Salmerón se manifestó contrario al intento de implantar la República hasta que las bases del partido y de la revolución no estuviesen cimentadas; otros, como Emilio Castelar, permanecían en una duda permanente, de la que tardarían en salir; mientras que Pi y Margall —probablemente la personalidad con mayor ascendencia dentro del grupo de estos primeros

instantes— si bien se mostró desde el principio el más firme defensor de la federación de arriba abajo, encontró en esta idea tantos detractores, sobre todo en provincias, que su liderazgo nunca llegó a ser respetado por la mayoría. La falta de homogeneidad en los planteamientos era, pues, evidente, y no podía traer otra consecuencia que la total inexistencia del control imprescindible que desde Madrid debía ejercerse de las células provinciales, cuya tendencia al radicalismo violento pondría con frecuencia en mal lugar a los dirigentes del partido, incapaces de mantener las directrices a seguir. Esta falta de uniformidad en los criterios constituyó, además, una de las características más notables del republicanismo a lo largo de todo el período y, desde bien pronto, dejaría traslucir sus efectos cuando en diciembre de 1868 y enero de 1869 estallaron las sublevaciones populares en Andalucía, a favor de la República federal, y con el absoluto desconocimiento del partido en Madrid. Otro tanto puede afirmarse de las revueltas catalanas, aragonesas y levantinas de 1869.

A partir de estos hechos, el republicanismo continuó su rumbo repleto de contradicciones. La supuesta sima creada en las relaciones con el Gobierno a causa de la represión en Andalucía, hizo surgir dos criterios diferentes en el modo de orientar la política del partido. De un lado, la directiva central, partidaria de defender sus tesis por la vía legítima, es decir, a través de la participación parlamentaria. De otro, los más viscerales representantes de los intereses provinciales y locales, partidarios de llevar la revolución hasta sus últimas consecuencias, por la vía de la violencia. Afortunada, aunque provisionalmente, imperó la cordura y la primera tesis se impuso. El veterano republicano catalán Estanislao Figueras, recogió el testigo de sus compañeros y se erigió en jefe del partido. Sin embargo, fue otro político también catalán, fiel seguidor de las doctrinas federales de Proudhon, Francisco Pi y Margall, quien desde la sombra y desde sus intervenciones en el Parlamento, se convirtió en el hombre fuerte del momento. En sus intervenciones, Pi reflejaba el ideario reivindicativo del republicanismo: reducción drástica del Ejército de reclutas, condena de su excesivo número de mandos, ataques a la Iglesia y a la forma de Gobierno y, sobre todo, un permanente mensaje de condena contra el servicio militar obligatorio y el sistema de quintas.

La incapacidad para conseguir tanto la supresión del sistema de quintas como la modificación de la legislación progresista-unionista, refrendada por la aprobación de la Constitución y su fórmula de Estado monárquica, fue la causa que, según Hennessy, comenzó a cambiar la naturaleza del movimiento federal, acentuándose la tradicional desconfianza en los jefes de Madrid (2). La tendencia fue entonces un mayor peso específico de las provincias y su mayor autonomía en las decisiones, refrendada mediante la política pactista (3).

Sin embargo, el fracaso de las revueltas federales y su circunscripción a determinadas regiones (4) vino a poner de relieve algo elemental: la ineficacia de la organización pactista. Parecía conveniente, pues, imponer otra orientación política, capaz de conseguir el objetivo de aclarar los fundamentos del partido republicano. De ello fueron conscientes algunos de sus representantes más cualificados, caso de Pi y Margall, que porfió y consiguió el regreso a la oposición legal y, por tanto, a las Cortes, en contra del nefasto retraimiento. Este sustancial cambio permitió a los republicanos ejercer una oposición más o menos seria desde la legalidad y, por supuesto, un regreso a los niveles de tranquilidad necesarios para continuar la revolución desde el poder. Fueron los meses donde el republicanismo aprovechó para tratar de reorganizarse. Su figura más carismática, Pi y Margall, erigido un jefe oficial a finales de mayo de 1870, estableció al efecto un Directorio presidido por él, cuya política consistió básicamente en evitar extremismos, controlar los comités locales desde Madrid y fijar los dogmas para tratar de convencer al pueblo sobre las ventajas de implantar una República Federal construida de arriba abajo. En este sentido, la labor del Directorio resultaría intachable, pero en ningún caso decisiva.

Por desgracia para el republicanismo, no faltó quien deplorase la nueva orientación política e intentase cambiarla. Tres circunstancias vinieron a cuestionar la eficacia del Directorio. De una parte, el nombramiento de Amadeo como rey; de otra, el fracaso en lograr el apoyo de Francia a la causa republicana; finalmente, el regreso a España de los desterrados a consecuencia de las primeras insurrecciones, al resultar beneficiarios de la amnistía del 23 de mayo de 1870. En el primer caso, quienes creían en una oposición moderada para conseguir a corto plazo

la implantación de la República, se desilusionaron al ver proclamado rey a Amadeo. En el segundo, la caída de Napoleón III en Francia y el consiguiente advenimiento de la III República en el país vecino (4 de septiembre de 1870), hizo concebir serias esperanzas a los federales de que una situación de estas características haría cambiar la opinión de Prim sobre la forma de Gobierno a seguir en España, empujándole hacia la aceptación de la República, lo que no se produjo, porque los propios franceses preferían a Prim en lugar de sus homólogos españoles y por el fracaso de la Comuna parisina, lo que contribuyó a desvanecer más de una ilusión. De la tercera circunstancia no cabía esperar que personajes como Paúl Angulo, de tan arraigado sectarismo, desistieran de su línea intransigente, y así fue: su ruptura con la jefatura oficial del Directorio fue un hecho constatado a poco de su regreso del destierro con el inicio de los preparativos de una revolución violenta y su difusión a través de la organización secreta "Viralta" y el órgano escrito *El Combate*.

Sólo el asesinato de Prim y la más que probable implicación en el hecho de los republicanos más recalcitrantes, favorecieron el intento de los jefes del Directorio por frenar una nueva insurrección. Aprovechándose del impacto que el suceso había ocasionado en la opinión pública, donde era muy extendida la idea de que Paúl y Angulo había intervenido en el asesinato del general de Reus, Pi y Margall y sus seguidores explotaron el pensamiento de que una nueva sublevación armada terminaría por provocar la unión entre radicales y sagastinos, en franco proceso de enfrentamiento.

Pero, en cualquier caso, el Directorio había sido tocado en su punto más vulnerable: el consenso de la orientación política a seguir. Ante esta situación, dos alternativas le restaban para pervivir con garantías. Una era transformarse en un partido de masas. La otra, en un partido minoritario de oposición formando alianzas con otros grupos descontentos. Lo primero significaba volver a la práctica revolucionaria, al dejarlo todo en manos de los comités provinciales.

Dos factores decantaron la disyuntiva: las elecciones de marzo de 1871 y las repercusiones del levantamiento federalista en Francia. El fracaso de las elecciones de los días 9 al 11 de marzo fue tan estrepitoso, que, al igual que le ocurriera a los carlistas, el descontento de los resultados se atribuyó a la manipulación de los comicios realizada des-

de el Gobierno. El desplome de la Comuna parisina y la propaganda utilizada por el Gobierno sobre sus efectos, insufló de miedo a la opinión pública y contagió del mismo a los republicanos más moderados, como Castelar, sobre una eventual proclamación en España, dividiendo las posturas dentro del Directorio. Fruto de esta circunstancia, dos corrientes de opinión surgieron como irreconciliables. Una, propugnada por Barcia y Salvoechea, partidaria de una rotunda negativa a colaborar con los monárquicos y de un inmediato levantamiento en armas, utilizando como disculpa la permanente conculcación de los derechos individuales; y otra, defendida por Castelar, de signo totalmente opuesto, como era el acercamiento y apoyo a los radicales de Ruiz Zorrilla, es decir, a quienes habían apostado en su momento por la Monarquía. Quedaban selladas las dos tendencias que a la larga resultarían nefastas para la supervivencia del partido: los intransigentes y los benévolo. De ambos grupos, para este estudio, sólo nos interesan los primeros. Carentes de homogeneidad, incapaces de imponer una disciplina de grupo y dirigidos por personajes como el general Contreras, los intransigentes se dispusieron a conspirar desde la plataforma de su dominio en las provincias y su presencia en el Directorio (Contreras y Estévez, resultaron elegidos miembros del mismo en la Asamblea celebrada el día 30 de abril de 1872), fomentando la desconfianza hacia el órgano ejecutivo en muchos comités locales. Uno de ellos, el de El Ferrol, protagonizaría la sublevación armada de octubre de 1872.

Si alguna consecuencia había tenido la revuelta ferrolana, fue ahondar todavía más en la brecha de la desunión republicana, al rechazar la línea liderada por Pi y Margall, la revuelta, y ser ésta defendida por los intransigentes del Directorio. La crisis estaba servida y se inició con la dimisión de los intransigentes y la formación de su propia oposición, el denominado Consejo Provisional de la Federación Española, creado por el general Contreras, que entre otras soluciones, buscó perseverar en la lucha armada con una nueva convocatoria a la insurrección provincial para el 24 de noviembre de 1872, coincidiendo con un nuevo llamamiento de quintas por parte del Gobierno y, cómo no, insistir en sus conocidas reivindicaciones: nada de pactos con benévolo y con radicales, eliminación de quintas y de consumos, creación de un Ejército de Voluntarios, cese

de todos los funcionarios del Gobierno, democracia directa, reforma agraria y nacionalización de algunos servicios, caso de la banca y del ferrocarril (5).

Las nuevas insurrecciones republicanas constituyeron un nuevo y rotundo fracaso en su intento de derribar a Amadeo I y de alcanzar el poder. Sin embargo, todo el frenesí de violencia desatada no era suficiente, ni siquiera decisivo para llegar al poder. Como una paradoja más de la política española del período, cuanto más dividido se hallaba el republicanismo, más cerca estaban de lograr su ansiado objetivo. El avanzado estado de desintegración que hacia finales de 1872 presentaban los partidos monárquicos, iba a ser, sin pretenderlo, la causa fundamental de la caída del rey y la alfombra para el advenimiento de la I República.

En efecto, la oposición, tanto a la derecha de alfonsinos y carlistas como a la izquierda de los republicanos, fueron, junto al problema colonial, factores importantes en el fracaso de la monarquía de Amadeo I. Pero, con serlo, ninguno fue tan decisivo como la escisión producida dentro del progresismo tras la muerte de Prim, auténtico aglutinador de las tendencias surgidas en su partido. La ruptura de la coalición truncó lo que acertadamente señaló el profesor Seco Serrano como difícil equilibrio entre la voluntad revolucionaria y el sentido del orden que había mantenido Prim (6), al no existir coincidencia posible entre las políticas propugnadas por los partidarios de Sagasta y los de Ruiz Zorrilla, aspirantes naturales a asumir la herencia del progresismo tras la desaparición del general de Reus. Ambos políticos mantuvieron un antagonismo visceral, que lejos de mitigarse fue aumentando con el paso de los meses y con el incremento de las dificultades para poder gobernar, al coincidir en muy pocos aspectos sobre el rumbo a tomar por la revolución. Los sagastinos eran partidarios de una mayor restricción de libertades en base a la aplicación de la Constitución —de aquí su otro nombre de constitucionalistas— y de una coalición con los sectores conservadores del arco parlamentario, caso de los canovistas. Por su parte, los radicales de Ruiz Zorrilla abogaban por una ampliación de libertades que entre otros proyectos incluía la abolición de quintas, y por la unión con los cimbrinos y el ala moderada del republicanismo. La confrontación de ambas posturas hizo inevitable la disolución del Gobierno de conciliación, en junio 1871, y la posterior ruptura en octubre del mismo

año, imposibilitando un sistema parlamentario estable. Hasta un total de seis gabinetes ministeriales y tres elecciones generales se sucedieron a lo largo del corto reinado amadeista (7), como muestra irrefutable de las dificultades para conseguir un Gobierno fuerte.

Esta circunstancia y la fallida opción de Serrano Domínguez, a causa de sus no disimuladas inclinaciones alfonsinas, despojaron al rey de agarraderos donde asirse. Los días de Amadeo estaban contados y sólo era cuestión de tiempo su abandono del trono. La ocasión propicia surgió motivada por el archiconocido conflicto producido en el Arma de Artillería, clave, por otra parte, para comprender hasta qué punto el malestar dentro del Ejército empezaba a ser latente, sobre todo después de las reformas introducidas por Ruiz Zorrilla y antes, incluso, de que la llegada de los republicanos al poder viniese con sus atropellos a consolidarlo (8). Como es sabido, el general Hidalgo de la Quintana era un veterano oficial progresista, cuyo compromiso con la revolución era indiscutible. Él había sido desde su empleo de capitán el encargado de fomentar el descontento de los sargentos de Artillería del cuartel de San Gil para con la oficialidad de esta Arma, y ayudar en los contactos con el personal civil progresista, que derivaron en la sangrienta rebelión del 22 de junio de 1866, de tan nefastas consecuencias para la monarquía isabelina. Como era de esperar, la llegada de la gloriosa encumbró a los empleos más altos del escalafón a Hidalgo, que para 1873 había alcanzado el grado de general. El ministro de la Guerra, general Córdova, con el escaso tacto que caracterizó su estancia en el cargo, dispuso el nombramiento de Hidalgo para el mando de las tropas que luchaban contra el carlismo en las provincias vascas, desoyendo los consejos que en sentido contrario le formuló el propio monarca, sabedor de que la reputación de Hidalgo entre los oficiales de Artillería acrecentaría el descontento de la guarnición destinada en el Norte. Las previsiones del rey se cumplieron y los oficiales de Pamplona se negaron a reconocer el nombramiento de su General en Jefe. Lo mismo ocurrió cuando se le intentó destinar a Tarragona (9). Este conflicto había dejado en tan mal lugar al rey, que el día 11 de febrero abdicó. Con su irrevocable decisión, se liberaba de la pesada carga que había asumido en su día, y dio paso a la I República.

Inconstitucional o no su proclamación, querida o no por la mayoría del pueblo, la realidad era que el 13 de febrero de 1873 la

República era la nueva forma de gobierno del Estado español. La fusión de las dos cámaras de la extinta monarquía propició una Asamblea Nacional, con soberanía y amplios poderes para nombrar Gobierno. Compuesta en su mayoría por radicales y por federales, contó también con el apoyo dado a última hora por los cimbrios a la causa republicana, formándose de los tres grupos el primer gabinete de una endeble coalición, que, presidido por Figueras, contaba con Francisco Pi y Margall en la cartera de Gobernación y con el general Córdova como fugaz ministro de la Guerra, el cargo más conflictivo de todo el período republicano (10).

LOS REPUBLICANOS Y LA GUARDIA CIVIL

Al contrario que en el carlismo, los guardia civiles no mostraron simpatía ni tendencia alguna hacia el republicanismo y lo que esta idea política representaba. Como se ha dicho, los republicanos postulaban tres dogmas irrenunciables que nada tenían que ver con la tradición y la forma de pensar de la Guardia Civil: la idea antimonárquica, el anticlericalismo y la administración descentralizada. Tres factores que de entrada condicionaban toda posibilidad de atraer a un Cuerpo de corte conservador, nacido al amparo de la monarquía, enraizado en la tradición de las costumbres más arraigadas en la sociedad española, caso del exacerbado catolicismo, y, como se sabe, firme y genuino baluarte de la administración central, de donde procedía su control y la eficacia de su maquinaria organizativa. Si, además, los republicanos manifestaron desde bien pronto su idea de reformar el Ejército permanente, sustituyéndolo por otro formado por voluntarios profesionales, encontraremos la explicación al porqué de la actitud de la Guardia Civil para con el republicanismo.

Sin embargo, las relaciones de ambas fuerzas distaron mucho de ser la historia de una confrontación abierta. Nada más lejos. Los republicanos, al contrario que la Guardia Civil con ellos, no vieron en la Institución una formación hostil a sus objetivos, ni mostraron particular interés en reformarla cuando llegaron al poder en 1873, salvo en el caso de su dependencia orgánica. Más bien todo lo contrario. Se percataron de su evidente importancia estratégica y política, de su

acendrada disciplina y eficacia, y no dudaron en acudir a ella cuando les fue necesaria, potenciándola y ensalzándola. Es cierto que esto fue la consecuencia de la confluencia de una serie de factores, pero no lo es menos que, salvo sus presiones para eliminarla de la capital de la nación, en excepcionales casos aparecieron muestras de animadversión o crítica por parte de la cúpula republicana, tanto del sector intransigente, como, mucho menos, del moderado, para con la Guardia Civil. Por su parte, la Institución, si bien vio, al igual que el Ejército, con recelo lo que representaba el republicanismo, se cuidó en todo momento de aparentar una actitud que fuese más lejos de la legal represión a la que las masas republicanas se vieron sometidas desde el poder cuando llevaron a cabo las sucesivas revueltas que caracterizaron al sector más extremista. Desde esta perspectiva, la Guardia Civil trató siempre a este sector del republicanismo como una amenaza más de la seguridad pública.

Otro factor resultó clave en el proceso de facilitar la confianza puesta por los republicanos en la Guardia Civil. El indudable carácter urbano adquirido por las sublevaciones, junto al previo desplazamiento de la Institución de las funciones de seguridad en las ciudades —en beneficio de los Voluntarios de la Libertad— le permitieron mantenerse al margen de buena parte del protagonismo adquirido en este tipo de enfrentamientos durante la monarquía de Amadeo.

Por fin los federales en el poder, era el momento de intentar llevar a la práctica las reformas políticas-sociales y militares preconizadas, por las que tanto habían luchado desde meses atrás. Entre ellas, como una de las medidas más urgentes, se encontraba la nueva orientación de la seguridad ciudadana. El catalán Pi y Margall fue el hombre elegido para vertebrar la concepción federalista sobre el orden público, expuesta en varios libelos, mítines populares y obras de más o menos contenido ideológico. El modelo a seguir era parecido al norteamericano, firmemente defendido por dogmáticos como Fernando Garrido y respaldado por el propio Pi y Margall. Se trata de eliminar la idea de un Ejército permanente, reemplazarlo por otro formado por voluntarios y reducir su acción al papel constitucional, cual es su no vinculación a la política, su rol de vigía de la integridad del territorio español, apartándolo de su protagonismo en funciones de seguridad pública. Para lograrlo, y a modo

de contrapeso, la alternativa era el ansiado restablecimiento de la Milicia de Voluntarios en todo el territorio nacional, convirtiéndola en eficaz garantía del orden en las ciudades y en látigo disuasorio de los enemigos del Estado. Para los federalistas, la verdadera fuerza armada debía ser una milicia profesional dependiente del Gobierno Central, no de los municipios. Esto, que parecía un contrasentido con sus ideas, no lo era tanto, pues su objetivo incluía el dotar a los ayuntamientos de su propia policía local, y a las provincias, de su policía autónoma (11). Esta teoría, a todas luces inviable en el estado de crisis que vivía una España azotada por dos guerras espectaculares, cual era la caribeña y la carlista, suponía bien a las claras la intención de los federales de centralizar la política de seguridad de las ciudades y la de defensa nacional en la Milicia de Voluntarios.

Ofuscados en la aplicación de sus ideas, otra cuestión bien distinta era que pudiesen llevarlas a la práctica. En cualquier caso, se apresuraron a intentarlo. A partir de las bases contenidas en el Manifiesto del Consejo Provisional de la Federación Española, publicado en noviembre de 1872, la medida más urgente fue el armamento de la milicia. La impaciencia en ver realizado este deseo por las juntas formadas con ocasión de proclamarse la República y las tenaces presiones de los intransigentes, abocaron al Gobierno a precipitarse en complacer a sus correligionarios. El 15 de febrero de 1873 se decretó el restablecimiento de los Voluntarios de la Libertad que Sagasta había ordenado desarmar en muchos puntos del territorio nacional, después de haberle proporcionado infinidad de quebraderos de cabeza a causa de su indisciplina y probada vocación para la agitación. El 17 de marzo, la *Gaceta* publicaba su nueva organización y nombre con el que iban a ser conocidos: Voluntarios de la República (12). La ley contemplaba un Cuerpo compuesto por paisanos, licenciados del Ejército y de otros Cuerpos de seguridad que desearan ingresar voluntariamente. Un total de 80 batallones de 600 plazas cada uno, esto es, una macro fuerza de 48.000 hombres, cuyo principal atractivo estaba en el sueldo a percibir: dos pesetas diarias el soldado raso, haber superior al percibido por el Ejército. Sin embargo, este cebo, las dificultades por las que atravesaba el país a causa del aludido recrudecimiento de la guerra del Norte y la penuria económica, estrangularía el proyecto federa-

lista desde sus inicios. En contra de todas las previsiones, en abril sólo se habían alistado 3.000 efectivos, que sólo aumentaron a 10.000 a mediados de junio.

Ello no implicaba la intención de desprenderse de los demás cuerpos de seguridad que funcionaban a escala nacional. Los federales eran conscientes de la eficacia e imprescindibilidad de Carabineros y Guardia Civil, y nunca se plantearon marginarlos. Tanto los primeros en el resguardo fiscal como la Benemérita para la seguridad en el medio rural, habían gozado del respeto de radicales y federales, y en su idea de Estado encajaban perfectamente. En el caso de la Guardia Civil, no obstante, había un factor que consideraban irrenunciable a sus intereses, una vieja reivindicación y asignatura pendiente de la revolución. Se trataba de darle un cambio cualitativo a su organización, cual era hacer efectiva su dependencia orgánica de las autoridades civiles: su control debía pasar a ser ejercido en exclusiva por el Ministerio de la Gobernación y sus delegados provinciales, los Gobernadores Civiles, en detrimento de las autoridades militares. Era volver a renacer la antigua disputa en la corta historia de la Guardia Civil, la tentadora aspiración de manejarla desde el poder civil, sin cortapisas de ningún tipo. Consecuentemente con sus ideas de restringir al máximo el poder militar, los republicanos estimaban que los Capitanes Generales no debían continuar en el uso de la Institución bajo concepto alguno.

Así pues, durante la República, a la Guardia Civil le estaban reservados cambios sustanciales, al lado de otros apenas perceptibles. Su estructura organizativa iba a experimentar una trayectoria cuasi paralela a la evolución política del republicanismo. Es así como en el proceso de configuración organizativa se distinguen dos fases diferentes en el contenido y espíritu de las reformas. Una primera abarca los seis primeros meses hasta la caída de Pi y Margall, y se caracterizó por el cambio de dependencia orgánica y un paciente quietismo político, a la espera de la orientación que podía depararle el futuro; tras la caída de Pi y Margall, participará más en el juego de intereses y se verá afectada por el fracaso de la política de seguridad de los gobiernos anteriores (modelo Voluntarios de la República) y por la indisciplina generalizada en el Ejército, lo que provocará una tendencia del Gobierno a depositar en ella el monopolio de salvaguardar el orden público, refrendado por el es-

pectacular intento de incrementar su plantilla.

LA GUARDIA CIVIL DE PI Y MARGALL

La primera medida de alcance adoptada por el Gobierno se produjo el 26 de marzo de 1873 y significó el cese al frente de la Guardia Civil del hombre que regía sus destinos, general Cándido Pieltain. Este militar de línea conservadora, no era del agrado de los federales desde que declarase el estado de guerra y ordenase el desarme de las milicias en varias poblaciones de Galicia a fines de 1868. Ahora se le pasaba factura y se le destinaba a la poco envidiable plaza de la Capitanía General de Cuba. Su puesto lo ocupó con carácter interino el coronel del Tercio de Madrid, Juan Álvarez Arnaldo, pronto ascendido al empleo de brigadier y a quien, por ser el más antiguo, la ordenanza le confería la difícil responsabilidad hasta que el Ejecutivo decidiese el nombre de la persona idónea para sustituirle.

Al contrario que en ocasiones precedentes, la vacante producida no despertó especiales apetencias entre los generales de postín, concededores de las intenciones de Pi y Margall por transferir la dependencia del Cuerpo a manos de su Ministerio, lo que sin duda restaba atractivo al cargo. Sin embargo, muy pocos generales estaban dispuestos a dejar escapar la oportunidad de ostentar el mando de fuerza tan prestigiosa, aún a riesgo de tener que prestarse a una rebaja en su autonomía de mando, a soportar injerencias y a enfrentarse a diario con los gobernadores civiles, como ya sucediera en los inicios de la revolución, antes de que Prim se retractase de las concesiones otorgadas en el mismo sentido a quienes ahora ostentaban el poder. Por consiguiente, las intrigas para lograr el nombramiento se sumaron a las que para otros cargos venían manteniendo radicales y federales. Ambos grupos pretendían colocar en puestos de influencia a generales afines a sus respectivas formaciones, sembrando de discordia su relación en el Gobierno de coalición (fruto de estas rencillas vendrían los turbios intentos de los radicales por desplazar del Gobierno a los federales en la desafortunada acción del 24 de febrero, golpe que propició la ruptura del gabinete de conciliación). En el caso de la Dirección General de la Guardia Civil el problema era mayor, dada la importancia del cargo y porque los republicanos no tenían a ningún general entre sus filas en quien con-

fiar semejante parcela de poder (ni Contreras ni Nouvilas ni Pierrad, ni siquiera Socías eran del agrado de Pi y Margall). Ello suponía facilitar las presiones de los radicales, a lo que Pi y Margall no estaba dispuesto a acceder. El ministro de la Gobernación tenía muy claro lo que pretendía de la Guardia Civil y sabía que un Director General hostil a sus intenciones plantearía objeciones y obstáculos al cambio de dependencia orgánica. Sin un general de su confianza para tan relevante cargo y con la imposibilidad de satisfacer a los radicales, Pi y Margall optó por la medida más inteligencia en aquel momento: mantener el puesto vacante. De esta forma dejó el camino expedito de inoportunas resistencias y disfrutó del indispensable margen de maniobrabilidad para alcanzar el anhelado objetivo de concederle plenos poderes sobre el servicio de la Guardia Civil a los gobernadores civiles.

Como se sabe, el intento no era nuevo, pero había adquirido inusitados impetus tras la muerte de Prim, y de manera muy especial en el tramo final de la monarquía amadeísta. Después del consenso que a regañadientes Ruiz Zorrilla había hecho aceptar al Ejército para ceder la competencia para el servicio a los Gobernadores Civiles, a cambio de que éstos les dejaran utilizar a la Guardia Civil en casos de situaciones difíciles, sólo la última insurrección republicana y la guerra carlista obstaculizaron la insistencia en la antigua aspiración del Ministerio de la Gobernación. Ya en diciembre de 1872, en el ocaso amadeísta, el Ministerio de la Gobernación solicitó del de Guerra la conveniencia de que la Institución volviera a depender de los Gobernadores en todo momento. La respuesta se la hizo el Subsecretario de Guerra, Azcárraga, al de Gobernación, Solís, en el sentido de que tal medida no era posible, por resultar muy peligrosa, a causa del desgarnecimiento que entonces sufrirían las poblaciones principales y puntos estratégicos, a las que el Ejército no podía atender por carecer de quintos y por estar centrado en las campañas carlistas; además, se añadía, que la diseminación de la Guardia Civil en sus puestos la exponía a sorpresas inevitables (13).

La situación en la primavera de 1873 era igual, si no peor, sólo que ahora gobernaban los republicanos, ardientes partidarios de dar rienda suelta a sus deseos de cambiar sustancialmente el contenido de la revolución, y ello pasaba por restar competencias al Ejército. Así las cosas, el 15 de abril vio la

luz el decreto que certificaba sin paliativos la nueva dependencia de la Guardia Civil:

"Habiendo desaparecido —decía Pi y Margall— los motivos alegados por la circular de este Ministerio fecha 18 de octubre de 1872 para hacer depender a la Guardia Civil de las autoridades militares siempre que éstas lo creyesen necesario, el Gobierno de la República ha dispuesto dejar sin efecto la disposición expresada y declarar conforme con lo preceptuado en el Decreto de 28 de marzo de 1844 y pensamiento que presidió a la creación de aquel Instituto, que la Guardia Civil depende exclusivamente de los Gobernadores civiles y del Ministro de la Gobernación..."

El efecto negativo que el decreto iba a causar en el Ejército era fácilmente adivinable. Pi y Margall trató de amortiguarlo en la medida de lo posible. El párrafo segundo perseguía este objetivo, pero sin que ello fuese a significar la renuncia a su auténtica intención: controlar totalmente a la Guardia Civil, sin ceder un ápice de su dependencia:

"Únicamente en casos extremos, cuando el estado del país exija en primer término atender a la salvación de la patria o a la conservación de la República, los Gobernadores, pesando las circunstancias en que se encuentre la provincia de su mando, y atentos siempre al bienestar de los pueblos, podrán prestarse, siempre con el asentimiento del Ministro que suscribe, como Jefe nato de la fuerza de que se trata, a que sus Tercios, escuadrones o compañías queden a disposición de los Capitanes Generales de los Distritos. Fuera de estos casos excepcionales, la Guardia Civil, que ha sido creada para velar por las personas y las propiedades de los ciudadanos, continuará al servicio de las autoridades civiles, sin que por ningún concepto pueda distraérsela de las obligaciones propias de su Instituto..." (14).

El republicanismo federal conseguía de esta forma dar un paso más en la consecución de varios de sus propósitos: afianzar su vaga idea de la seguridad pública; el reiterado deseo de lograr el control de la Institución que admiraban por su lealtad, eficacia y disciplina; satisfacer las demandas de las bases de su partido; finalmente, lanzar un nuevo pulso a la administración militar (15). En este último aspecto no hay duda de que habían conseguido asestar un duro golpe a lo que entendían arrogancia exclusivista del Ejército. Y como era presumible, la reacción de éste no se hizo esperar. La pérdida de la dependencia orgánica de la Guardia Civil

provocó las iras de buena parte de los altos mandos militares, en especial de aquellos que combatían en primera línea a los carlistas. Hubo, incluso, algún Gobernador Militar y Capitán General que se negó a cumplir la orden, bajo pretexto no exento de razón de que la pérdida de las fuerzas de la Guardia Civil integradas dentro de las columnas de choque de las unidades destacadas a combatir el carlismo y las amenazas de los republicanos extremistas, supondría desprenderse del más importante baluarte para conseguir los éxitos apetecidos. Notorios fueron los ejemplos de los Capitanes Generales de Valencia, que exigió que la orden le llegase por conducto de su ministro, en lugar de por el Gobernador Civil; del de Zaragoza, "por ser absolutamente imposible reemplazar el servicio que hoy prestan en las columnas de operaciones y considerar además impropio y anómalo que siguiesen en ellas dependiendo de las autoridades civiles, máxime hallándose el Distrito en Guerra..."; o el de Granada, que escudándose en las insurrecciones andaluzas, trató de impedir, primero, y luego retrasar, la petición que le formulara el Gobernador Civil de Jaén para que cumpliera la orden del Gobierno y le traspasase todos los guardias civiles que tenía concentrados en sus columnas de operaciones. Ejemplos similares, aunque más sutiles, se dieron en el Capitán General de Galicia, que trató de mantener a sus órdenes la Guardia Civil de Lugo y Orense; el brigadier Villacampa, destacado por el Gobierno para perseguir las partidas carlistas del Maestrazgo; el Comandante Militar de Jaén, que sólo quiso obedecer la orden a instancias de su Capitán General; el Gobernador Militar de Teruel, que accedió "aunque observando convenirles mando guardia civil para operaciones"; o los muy parecidos de sus homólogos de Murcia, Castellón y Valladolid (16).

Tantos obstáculos colmaron la paciencia de los Gobernadores Civiles, que no dudaron en manifestar las quejas a su Ministro. Pi y Margall se mostró firme y a las primeras protestas no dudó en instar al responsable de la cartera de Guerra, por aquel entonces el general radical José Acosta, para que exigiese a sus subordinados el exacto e inmediato cumplimiento de la orden dada por el Gobierno de la nación. Acosta se vio entonces obligado a trasladar el contenido del decreto a sus Capitanes Generales (orden de 23 de abril), ordenándoles procediesen a poner a la Guardia Civil de sus distritos a disposición de las autoridades civiles (17).

Los Capitales Generales no acababan de salir de su asombro y enrabiados intentaron quemar todos sus cartuchos. Presionaron a su Ministro para que transmitiera a Pi y Margall la inconveniencia de llevar a cabo el trasvase de competencias y que al menos para perseguir a los carlistas la Guardia Civil continuase dependiendo de las autoridades militares. Acosta accedió a esta petición y en escrito de 16 de mayo así se lo hizo saber al Ministro de la Gobernación. Pero Pi y Margall estaba resuelto a llegar hasta el final con su propósito y no cedió al último intento del Ejército. En fecha 21 de mayo respondió al Ministerio de la Guerra en el sentido de que... "siendo indispensable que la autoridad civil tenga a su disposición una fuerza destinada a prestar servicios de suma importancia y a velar por la tranquilidad interior de las poblaciones y no existiendo otra que la Guardia Civil, que reúna las condiciones necesarias al efecto, es de todo punto imposible acceder a los deseos de V.E., pues hoy más que nunca conviene que cada Gobernador tenga a su disposición una fuerza para garantizar (*sic*) el orden y contribuir al buen servicio de su provincia..." (18).

Quedaba zanjado por el momento el asunto y con ello el Ejército encontraba una razón más para alimentar su malestar. No parece excesivo y falta de rigor el afirmar que el cambio de dependencia de la Guardia Civil a manos de las autoridades civiles contribuyó a que ciertos sectores militares decidiesen a última hora coparticipar con los radicales en la intentona golpista del 23 de abril. A las ya aludidas reformas de Ruiz Zorrilla en contra del Ejército permanente, se habían sumado en escaso tiempo el no disimulado intento de su disolución, manifestado en el decreto de 17 de febrero y sólo frenado por el recrudescimiento de la guerra carlista; una política de ascensos guiados más por la simpatía a un determinado partido que por la brillantez de las hojas de servicios, y un rosario de destinos para puestos clave, en donde primaba más la afinidad de ideas que la competencia profesional, y que llevó a los radicales a protestar airadamente nombramientos como los de los generales Contreras y Nouvilas, además de otros producidos en empleos inferiores; la tenaz negativa de los federales a readmitir a los oficiales de Artillería y sí a promover a los sargentos a la oficialidad; la reforma del Ministerio de la Guerra y la anunciada de las Armas más importantes; la supresión de las ordenanzas y el código militar para castigar la falta de

disciplina, fue germen principal de desmanes en muchas unidades, como el deplorable espectáculo de los soldados de Barcelona (19); o, finalmente, el agravio comparativo que supuso el dotar de mayor sueldo a los Voluntarios que al propio Ejército. Todas estas circunstancias, en conjunto, fueron causas del desencanto de una oficialidad tradicionalmente mucho más vinculada a la monarquía que al republicanismo. Y ello no podía traer buenas consecuencias para el futuro del federalismo. Lo que en los primeros meses se manifestó en variopintas actitudes de la oficialidad: consentir la indisciplina, dejación de responsabilidades, dimisiones y bajas masivas o, incluso, en una intentona golpista a cargo del tándem Gaminde-Andía (primer aviso serio contra la República), dio paso a frecuentes reuniones para conspirar abiertamente. Radicales despechados, monárquicos consumados como Sagasta y prominentes generales desencantados de la revolución, como el Marqués del Duero, Valmaseda, Topete, Gándara, Caballero de Rodas o Ros de Olano, buscaron en la figura de Serrano el liderazgo para cambiar el rumbo de los acontecimientos y dar al traste con la República federal, cambiándola por otra Unitaria.

El momento elegido fue el 23 de abril de 1873, curiosamente el mismo día en que Pi y Margall confirmó su idea de no rectificar el decreto sobre la dependencia orgánica de la Guardia Civil. Utilizando como plataforma la Comisión Permanente (órgano creado tras la disolución de la Asamblea de las Cortes y formado mayoritariamente por radicales), el general Letona convocó a varias unidades militares y a los milicianos monárquicos en la plaza de toros de Madrid, por aquel entonces cerca de la Puerta de Alcalá, con la intención de dirigirse con ellos hacia las Cortes y provocar la dimisión del Gobierno. Pero lo poco articulado de la acción, la indecisión de muchas unidades y la desconfianza de algunos oficiales en Serrano, evitó el factor sorpresa, fundamental para este tipo de movimientos. Enterado el gabinete de cuanto se tramaba, puso por vez primera a prueba a "su milicia". El pintoresco Gobernador Civil de Madrid, Nicolás Estévez, se dirigió con los voluntarios de la República a la plaza de toros, hizo frente a los sublevados y montó un dispositivo de seguridad entorno al Parlamento. Apenas unas escaramuzas y el quietismo de la Guardia Civil, recluida en sus cuarteles, bastaron para disuadir a los golpistas. La intentona había terminado,

pero no los conflictos competenciales generados por la dependencia de la Guardia Civil.

El más grave de todos estaba por venir, y no tardó en producirse. Saltó a la opinión pública con motivo de los turbios sucesos ocurridos en Madrid en la jornada de 11 de junio, en lo que se dio en llamar un nuevo golpe de mano contra el Gobierno —según Hennesy a cargo de los generales Contreras y Pierrad, y según Seco Serrano a cargo del general Socías— (20). En realidad, se redujo a una lamentable disputa personal, fruto de la convergencia de recelos mutuos, juego de intereses creados e incompetencia de sus cuatro principales protagonistas: Figueras, Nicolás Estévanez y los generales Socías y Fernando Pierrad, víctimas en unos casos de su estulticia y en otros de su ambición y resentimiento, para todos con el denominador común de verse envueltos en la convulsiva turbulencia política que atravesaba la República en esta fase, a la que las consecuencias del 23 de abril no habían sido ajenas.

Inmediatamente después de fracasada la intentona golpista de abril, las reacciones no tardaron en dejarse ver, y con ellas las formidables dificultades con las que topaba la República. Serrano y parte de los demás generales implicados hubieron de partir para el destierro en el sur de Francia, donde montaron su nuevo centro de conspiración; la Comisión Permanente fue disuelta, dando paso a un dominio monocolor en las Cortes de federales; Pi y Margall, como representante más cualificado del centro surgido entre las dos tendencias del federalismo, salió robustecido del golpe, erigiéndose en el líder con mayor ascendencia dentro del republicanismo, pero sin la suficiente fuerza para aglutinar todas las tendencias e inspirar la confianza necesaria para lograr el apoyo a su persona... "no simpatizaba —asevera Hennesy— con los intransigentes y los moderados de derechas (en alusión a Castelar y sus seguidores) y no representaba a nadie ni a ningún interés, excepto su propia concepción del federalismo" (21). Pero, con todo, para este estudio, la consecuencia más destacada fueron los ceses de Acosta como Ministro de la Guerra, sospechoso de connivencia con los radicales en sus deseos de derribar la República federal en ciernes, y el de Pavía como Capitán General de Madrid, acusado de no haber alertado al Gobierno sobre el golpe y no prestar su apoyo a los Voluntarios de la República (22).

La vacante de Acosta propició la titubeante actitud del Gobierno para buscarle sustituto y que durante un tiempo las decisiones del Ministerio recayesen en el Subsecretario, el general Fernando Pierrad. Hermano del célebre agitador de Tarragona y mártir del federalismo, como lo denominó Hennesy, Pierrad era un mediocre militar, cuyas simpatías con los intransigentes le llevaron a aprovechar su privilegiada posición para abusar de la práctica nepotista en materia de destinos, materializada con la purga de puestos claves en las distintas unidades, entre ellas el 14 Tercio de la Guardia Civil, cuya oficialidad dispuso fuese relevada por orden de 24 de mayo, al considerarla no simpatizante con los intereses de la República. Este hecho no llegó a consumarse por las protestas de toda la oficialidad de la Guardia Civil, que a raíz de esta circunstancia empezó a recelar de los sectores intransigentes de la República (23). La medida, como otras de similar alcance, contribuyó a aumentar aún más la desesperación de sus compañeros de carrera, de modo que no fue extraño que Pi y Margall, encargado de formar gabinete tras la proclamación de las nuevas Cortes el 1 de junio, encontrase serias dificultades para hallar un aspirante con garantías para la cartera de Guerra. Entraron de nuevo en juego los intereses de las distintas formaciones parlamentarias, circunstancia que le obligó a intentar dar satisfacción a todos los sectores y componer un gabinete de conciliación. Como los prohombres del republicanismo le volvieron la espalda, hubo de buscar entre la mediocridad y proponer para el puesto a un personaje indeseable en amplios sectores del Ejército, como era Estévanez, lo que desató un rechazo generalizado en el estamento castrense. El nombramiento no se pudo hacer efectivo de inmediato, porque la desaprobación al gabinete configurado por Pi y Margall no pasó la aceptación de las Cortes y el político catalán hubo de esperar mejor ocasión. Fue Figueras quien hubo de recoger de nuevo el testigo que le fuera negado a su paisano. Pero Figueras era un hombre débil, incapaz de hacer frente a una situación tan sinuosa como la existente, y menos después de que los mismos prohombres del republicanismo, como Castelar y el propio Pi y Margall, le retiraran su apoyo y no quisiesen entrar a formar parte de un Gobierno donde él mismo asumía la cartera de Guerra. Figueras era consciente de la precaria situación en que le había dejado y optó entonces por una decisión sin

precedentes, significativa de su talante; abandonarlo todo y huir secretamente a Francia en la noche del día 10 de junio de 1873. Antes, sin embargo, empeoró todo al dramatizar los sucesos ocurridos en la localidad catalana de Igualada y ante el temor de que se extendiese a Madrid la sublevación protagonizada por los Voluntarios de la República el día 6 de junio en la localidad de Vicálvaro, al lado de la capital. Este temor a una acción de los intransigentes, le llevó a ordenar a su Capitán General que adoptase las medidas preventivas, base, a la postre, de todos los malos entendidos posteriores. El vacío de poder dejado por Figueras era toda una invitación al desasosiego, como así ocurrió.

Por su parte, el relevo de Pavía al frente de la Capitanía General de Madrid fue otra consecuencia decisiva. Y lo fue porque permitió la promoción al cargo del general Socías del Fangar, cuyo nombre estará tristemente vinculado a la Guardia Civil desde este momento hasta el 19 de septiembre. El general Socías era un militar ambicioso e intrigante, intelectualmente mediocre y de escaso prestigio entre sus compañeros, que se autoproclamaba ferviente republicano y que había escalado hasta los puestos más altos del escalafón sin otros méritos contraídos que venderse al mejor postor con tal de ocupar un cargo relevante. El fue quien advirtió al Gobierno de lo que sus compañeros tramaban el 23 de abril (24), y por esta conducta esperaba ser recompensado con el más alto galardón que un militar podía desear: la jefatura del Ministerio de la Guerra. Cuando los rumores sobre el nombramiento para la cartera apuntaron a Nicolás Estévez como candidato, el general Socías comenzó a recelar y prevenir a Pi y Margall sobre la inconveniencia de tal contingencia (25). En el fondo, no le faltaban fundamentos a Socías. Nicolás Estévez era un ex-capitán del Ejército que había desertado en condiciones extrañas durante su destino en Cuba, de conducta poco ejemplar y que a su regreso a España se afilió al republicanismo, donde ahora hacía carrera. Además, se trataba de un atrabiliario revolucionario, a quien las fuentes (26) sitúan al frente de una partida de republicanos en las sierras andaluzas durante las insurrecciones de 1872, y que ahora su vanidad y la falta de apoyos de Pi y Margall llevaron a dar el salto de Gobernador Civil de Madrid a Ministro de Guerra. Pero Socías perdió toda la razón que podía asistirle en la forma hasta donde le llevó su desesperación e incompetencia. Pretendió amarrarlo tan

bien que fue víctima de su propio resentimiento. Y eso no era lo peor. Con su conducta, generó un conflicto de competencias sobre la Guardia Civil, que estuvo a punto de salpicar a todo el Instituto. No sería la última vez.

Fiel a las consignas de Figueras sobre los temores de una alteración del orden, Socías ordenó a los generales Federico Salcedo, Hidalgo y Palacios, y a varios brigadieres, tomasen el mando de las unidades del Ejército más importantes de Madrid (27). Su error en este punto fue enviar al general Romualdo Palacios a la sede del 14 Tercio de la Guardia Civil y ordenar la concentración en la capital de los Puestos repartidos por la provincia, atribuyéndose competencias que no eran suyas desde la promulgación del decreto de 15 de abril. Las posteriores noticias de la defección de Figueras crearon el lógico clima de desconcierto, a la vez que dejó al Capitán General en una difícil situación, al no tener quien sostuviese sus decisiones (28). Mientras tanto, en la Guardia Civil había extrañado de tal forma la presencia del general Palacios con las órdenes del Capitán General, que inmediatamente el coronel De la Iglesia Tompes, Jefe del 14 Tercio, remitió un oficio al Gobernador Civil Estévez, dándole cuenta de la anómala situación y de que las órdenes de poner a las fuerzas del Tercio bajo el mando militar creaba una dualidad de competencias desaconsejable para el cumplimiento de las funciones de sus hombres. El Gobernador Civil se encolerizó con la noticia, recordó al Jefe de la Benemérita que las únicas órdenes a recibir eran las suyas y, con una ligereza sin igual, conminó a su subordinado procediese a fusilar al general Palacios de perseverar éste en su actitud. Forzado por el estado de cosas, De la Iglesia se dirigió al Capitán General y al Gobernador Civil comunicándoles su salomónica decisión de "ponerme al lado de la Asamblea, y suspendo de obedecer ninguna orden mientras la Asamblea no lo mande" (29). Acto seguido distribuyó estratégicamente su fuerza por los puntos neurálgicos del barrio de Salamanca y la cuesta de Areneros, precipitando los acontecimientos (30). Informado por Socías del posicionamiento de la Guardia Civil, Pierrad, convocó desde el Ministerio de la Guerra al Brigadier Director interino del Cuerpo, Álvarez Arnaldo, y a los dos coroneles con mando en los Tercios de Madrid (31), donde los retuvo contra su voluntad, a la vez que preparaba el fulminante cese de toda la oficialidad del 14

Tercio, ordenaba la detención de Palacios y frenaba la marcha sobre Madrid de los guardias civiles de la provincia.

La injusticia cometida con los mandos de la Guardia Civil era flagrante. La fuerza no acababa de entender cómo después de adoptar una conducta impecable y neutralidad desde el principio, sus jefes podían ser detenidos y destituidos, por lo que decidieron actuar en consecuencia. Se personaron en el Ministerio de la Guerra; persistieron en no obedecer más consignas que las salidas del Gobierno que debía nombrar la Asamblea; empujaron a Pierrad a retroceder en sus intenciones y retornaron con sus jefes a los cuarteles (32).

Mientras esta maquinación tenía lugar, la Asamblea votaba la formación de un Gobierno, condenada a normalizar cuanto antes el vacío de poder dejado por Figueras. Así las cosas, la única solución era depositar la confianza en Pi y Margall, lo que equivalía a no despejar la tormenta. Francisco Pi no gozaba del respaldo parlamentario de la mayoría, y hubo de dejar en manos de unas Cortes divididas entre los federalistas de centro, derecha moderada e intransigentes de extrema izquierda, la elección de un Gobierno de conciliación. Resultó así un gabinete de dudosa capacidad cuya cartera de Gobernación continuaba en manos de Pi y la de Guerra iba, ahora sí, a recaer en Nicolás Estévanez. El Gobierno sólo duró trece días.

Para la Guardia Civil fueron dos semanas densas de contenido. Y lo fueron por la incógnita de despejar qué le podría ocurrir como consecuencia de los sucesos del 11 de junio. Existía incertidumbre por averiguar qué decisiones adoptaría el Gobierno para con los mandos implicados en la aciaga jornada del día 11, pero Pi y Margall despejó pronto la interrogante: no sólo no tomó represalia alguna, sino que se apresuró a tranquilizar todo brote de desazón. La circular de 18 de junio era una prueba fehaciente de la confianza que Pi y Margall tenía en el Instituto:

"La Guardia Civil —decía— ha sido, como debía, el brazo de todos los gobiernos, el firme escudo de las leyes, de los partidos y los vaivenes de los tiempos. En épocas normales ha prestado grandes servicios defendiendo los caminos, asegurando en los caminos la propiedad y las personas; y en luchas como la presente no ha escaseado ni su actividad ni su sangre para acabar con las facciones y sosegar los tumultos de los pue-

blos... El Gobierno tiene en esta guardia completa confianza..." (33).

En su discurso de presentación del programa a seguir, Pi había prometido acabar con la guerra carlista y solucionar las injusticias derivadas de la política de ascensos, pero nada dijo de volver a compartir la competencia sobre la Guardia Civil con las autoridades militares. Inexplicablemente, su ministro Estévanez, en lugar de restablecer la disciplina necesaria para hacer frente a los carlistas, contribuyó con sus decisiones a formentarla todavía más: en vez de revisar las hojas de servicios para abortar los escandalosos ascensos de simpatizantes republicanos, prosiguió con directivas parecidas a sus antecesores (34). Para más contradicciones, provocó la hilaridad de su Presidente cuando elaboró un plan para combatir el carlismo en el que entre otras medidas se disponía la formación de columnas de la Guardia Civil para guarecer los puntos de mayor actividad bélica. La respuesta de Pi a este asunto fue condenar explícitamente el plan de su Ministro y advertirle de manera terminante que desistiese de disponer en ningún caso de la Guardia Civil (35).

Un hecho clave vino a agravar en esta fase el descontento de la Guardia Civil. Como se sabe, la Institución continuaba sin Director General, no tanto a causa de la inexistencia de aspirantes, como de la falta de asentamiento de la situación política. El nombramiento del general Socías para el cargo fue la última decisión que con respecto al Cuerpo le dio tiempo a adoptar a Pi y Margall antes de pasar al ostracismo político. Sin embargo, la gestación de este paso distó mucho de ser sencilla y de su agrado.

El nombramiento de un ex-oficial desertor como Estévanez para el cargo de Ministro de la Guerra, era bastante más de lo que el Ejército podía soportar. Este hecho, junto con la impopularidad de los proyectos financieros del ministro Ladico y la pertinaz oposición de los intransigentes, fue la causa de la crisis del primer Gabinete de Pi y Margall, antesala de su caída. En la sesión de Corte del 18 de junio de 1873, el general Socías intervino para disculpar su intervención en los sucesos del día 11, quejarse amargamente de la pésima política de ascensos, la indisciplina del Ejército y, sobre todo, para denunciar que el cargo de Ministro de la Guerra recayese en una persona con los antecedentes de Estévanez. En sus acusaciones Socías destilaba veneno, para el que Estévanez carecía de antídoto. El Presidente

trató de restar importancia a hechos consumados sobre el pasado de su Ministro e intentó apaciguar los ánimos. La conclusión final fue que en estas condiciones las promesas que Pi había vaticinado no podían cumplirse jamás. Así lo intuyó el propio interesado, impotente para continuar una política común. La crisis estalló y Pi intentó formar otro Gobierno con todas las tendencias del arco parlamentario, a excepción de los intransigentes de extrema izquierda. El día 28 formó un gabinete con las únicas fuerzas que podía: los moderados de la derecha, seguidores de Castelar, y los de su propia tendencia, lo que abocaría a los intransigentes al retraimiento y acto seguido a la lucha armada.

Como en anteriores ocasiones, la formación de un Gobierno de coalición implicaba concesiones a sus participantes. Una de ellas fue acceder a que los moderados de derechas dispusiesen de puestos donde colocar a sus serviles. Eulogio González Iscar, nuevo Ministro de la Guerra y hombre próximo a Castelar, consiguió que el general Socías fuese nombrado Director General de la Guardia Civil, el 5 de julio de 1873. En su edición del día 15 de septiembre, el periódico conservador *El Diario Español*, corroboraba esta afirmación. "...Ya se ha encontrado la clave a la inexplicable permanencia del General Socías en la dirección de la Guardia Civil... Dícese que el General... obra de acuerdo y con el apoyo del Centro de la Cámara, y como no es cosa de romper con el Centro en este tiempo de inteligencias antipatrióticas, no dimitiendo el general Socías, no hay tampoco quien lo destituya" (36).

En la oficialidad de la Guardia Civil, el descontento por este nombramiento fue grande. De repente toda la moral parecía derrumbarse como un castillo de naipes y amenazaba con intoxicar la integridad del único reducto disciplinado que le quedaba al Gobierno. De momento, se exteriorizó en una apatía para el servicio. La marea de licencias por enfermedad fue tan impresionante que el ministro González Iscar hubo de cortarlas fulminantemente... "Ha llamado la atención del Gobierno de la República que sin embargo de haberse limitado en distintas disposiciones a dos meses las licencias temporales que por enfermo se conceden a los Jefes y Oficiales, es práctica constante que soliciten prórroga dilatando de este modo el tiempo que permanecen separados de sus destinos, con grave daño al servicio..." (37), por lo que procedió a rebajar a sólo un mes

el tiempo máximo de baja por enfermedad. Para evitar que el descontento germinase en el Cuerpo, ya Pi y Margall había adoptado una serie de medidas, encaminadas a paliar los efectos del impacto que supondría la desvinculación de la Guardia Civil al Ejército. De forma lúcida y coincidiendo con la promulgación del decreto de 15 de abril, introdujo una serie de mejoras que respondían a viejas aspiraciones de los guardias y que afectaban a su economía y vida privada. Si con fecha 13 de abril se acordaba abonar a las clases de tropa que por cualquier circunstancia se tuvieran que concentrar los mismos pluses que percibían por entrar a formar parte de operaciones de campaña (2 reales diarios a los guardias, 3, a los cabos, y 4, a los sargentos) (38), con fecha 23 de abril esta medida se ampliaba a las concentraciones realizadas con motivo de combatir las alteraciones de orden público (39).

Era significativo, sin embargo, que esta gracia se le negaba a los oficiales y jefes, a quienes sólo les correspondía en caso de entrar en campaña y en idéntica cuantía que los de su mismo empleo en el Ejército, lo que guardaba coherencia absoluta con la política federal de no conceder a los oficiales más beneficios de los que ya disfrutaban y centrar los esfuerzos económicos en mejorar la siempre maltrecha situación de la clase de tropa. Desde esta perspectiva, la postura de los federales estaba tan llena de nobles intenciones como carente de inteligencia, dado que la falta de sensibilidad de que siempre había hecho gala la oficialidad del Ejército español, incapaz de atajar angustiosas situaciones de sus subordinados y sí, por el contrario, dotados de un espíritu corporativista de clase muy solidario, la predisponía a la enemistad y posible conspiración contra todo lo que no favoreciese sus intereses de clase privilegiada (40).

De todos modos, mientras el deterioro político y el descontento motivado por el nombramiento de Socías se redujese sólo a un abuso en el número de bajas para el servicio, la alarma no debía suponer mayor trascendencia. Mucho peor era que redundase en una explosión en el incremento del número de desertiones para pasarse al bando carlista. Era lo peor que podía ocurrirle a la Guardia Civil, y por desgracia los temores no tardaron en hacerse realidad. La madrugada del día 23 de julio de 1873, la opinión pública y el Gobierno se conmocionaron al enterarse de que el coronel del Tercio de Barcelona, Cayetano Freixas se había pasa-

do a los carlistas con todos sus oficiales y la fuerza del Tercio. El hecho, de largo alcance, no revestiría por fortuna la gravedad que las primeras noticias dejaron entrever, pero ponía de manifiesto que la Guardia Civil no era impermeable al clima de descontento generalizado que demolía al Ejército.

En esta situación, la capacidad de maniobra de Socías al frente del Cuerpo quedó reducida a una imprecisa lucha para evitar la sangría de deserciones, a través de una serie de comunicados con mejor intención que resultados. El recrudecimiento del carlismo, el rebrote de los motines sociales y el estallido del cantonalismo, no facilitaron en nada su labor. El diagnóstico sobre la situación había pasado de grave a crítica, y la Guardia Civil no permanecería ajena a esta realidad.

EL AUMENTO DE PLANTILLA

El fracaso en la política de seguridad pública de Pi y Margall, la indisciplina del Ejército y el agravamiento general de la situación en que vivía el país hacia julio de 1873, fueron las causas principales de la segunda reforma orgánica efectuada por los republicanos con la Guardia Civil, traducida en el intento de incrementar su plantilla a 30.000 efectivos, más del doble de los que poseía.

Cuando ante las dificultades de Pi y Margall para dar término a la guerra, los catalanes amenazaron con declararse independientes, y cuando los internacionalistas e intransigentes sembraron el terror con el inicio de sus violentas revueltas en Andalucía y Levante, el Gobierno se vio en la disyuntiva de ceder a las exigencias del Ejército o intentar poner coto al carlismo e insurrectos con la suspensión de garantías constitucionales. La opción fue esta última y pronto se demostró equivocada. La puesta en práctica de decretos que recortaban las libertades individuales, caso del promulgado por Hidalgo Caballero, Gobernador Civil de Madrid, facultando a sus agentes a penetrar en los domicilios particulares, motivó, como se esperaba, las más encendidas protestas de los sectores de extrema izquierda, y contribuyó a que los intransigentes anunciasen el retraimiento, el 1 de julio. La revuelta de Alcoy, ocho días después, y el desastre del brigadier Cabrinnetty en Alpens ante los carlistas, con el consiguiente pánico para la Ciudad Condal, refrendado por la populosa huelga del día 12, fueron el penúltimo peldaño previo a la caída de Pi y Margall. El último fue la declaración por los intransigentes

del cantón de Cartagena y su rápida propagación por la cornisa mediterránea y Andalucía, aprovechando la salida de las ciudades de las tropas para combatir el carlismo, y la revuelta de Alcoy. En tan crítica situación, Pi y Margall hubo de dimitir el día 18 de julio de 1873. Nicolás Salmerón fue el hombre elegido para tratar de arreglar el caos en que se encontraba sumido el país. En el nuevo Gobierno, formado con personalidades de escaso relieve, Oreiro terminaría por ocupar la cartera de Guerra y Maisonnave continuaría en la de Gobernación.

Salmerón tenía hipotecadas la mayoría de las opciones a la difícil solución de pacificar Andalucía, Levante y la guerra carlista. Hennessy tenía razón al apuntar que... "La unidad republicana se convirtió en una ficción cuando la amenaza carlista, la actividad alfonsina, el extremismo social de Alcoy y la revuelta cantonalista forzaron a los simpatizantes federalistas más allá de la derecha o de la izquierda" (41). De modo que a estas alturas las posibilidades de pactar con los demás grupos del republicanismo estaban agotadas. Dada la actitud de los intransigentes, sólo le quedaba apoyarse en la derecha y en el centro del partido, y eso fue lo que hizo. Obviamente esto no era suficiente para combatir la guerra carlista y el cantonalismo. La solución podía estar tanto en la normalización de las relaciones con el Ejército como en la respuesta que dieran los Voluntarios de la República. Pero en ambos casos las dificultades se presentaban poco menos que insalvables.

En el caso del Ejército, Salmerón llegó con un talante conciliador, que hizo abrigar esperanzas a los generales. Su primera medida era toda una invitación al optimismo: reunirse con una cualificada representación del estamento castrense para consultarles sobre las soluciones que tenía en estudio, entre ellas el incremento de la plantilla de la Guardia Civil. En aquella reunión, celebrada en la noche del 22 de julio (42), los militares presionaron sobre la necesidad de adoptar medidas urgentes, pero no sobre el aumento de la plantilla de la Guardia Civil, en la creencia de que la unión del Ejército y la restauración de la disciplina en los cuarteles serían suficientes para ahogar los frentes carlistas y la sublevación cantonal.

Especialmente lo segundo era imprescindible. Sin embargo, la soterrada labor de zapa de los intransigentes en las unidades militares había dejado en tal estado de ánimo a la tropa que un verdadero conocimien-

to de su situación desalentó pronto las esperanzas del Gobierno en una inmediata solución. A los frecuentes escándalos de los soldados en los cuarteles gritando a sus oficiales ¡abajo las estrellas!, ¡fuera galones! y otros improperios, se sumaron hechos de particular gravedad: al intolerable asesinato del teniente coronel Martínez Llagostera a manos de sus propios soldados en el cuartel de Murviedro (Sagunto), a quienes arengaba por su desobediencia a la hora de acudir a Igualada, le siguieron las deserciones de unidades completas al bando cantonal. Eran las pruebas inequívocas de las proporciones que había alcanzado el problema y de que el Gobierno debía tomar rápidas y drásticas medidas.

Parecido era el estado de los Voluntarios de la República. Si lento e insuficiente había sido su alistamiento, la politización de que estaban impregnados, su falta de profesionalidad y la precedencia de su recluta, hacían inconcebible un adecuado comportamiento a favor del Gobierno. Nada se podía esperar de quienes al día siguiente de alistarse habían vendido su armamento y uniforme en el rastro de Madrid a cambio de unos dineros para poder emborracharse (43), o de los que, carentes de la más mínima disciplina, buscaron refugio en sus filas por oscuros motivos. Extremistas intransigentes, carlistas provocadores, intoxicadores internacionalistas, o, sencillamente, individuos procedentes de la peor especie (44), formaban este heterogéneo grupo, cuya pésima recluta llevó al Gobierno Salmerón a restablecer la Ley de Milicia Nacional de 1822, por la que sólo se admitiría a los Voluntarios a aquellas personas que demostrasen tener alguna propiedad o modo conocido de subsistencia (45). Además de esta medida, la ley de 16 de agosto de 1873, disponiendo la movilización de 80.000 soldados reservistas en un más o menos camuflado regreso al sistema de quintas, alertó a los Voluntarios sobre la predisposición del Gobierno hacia ellos y lo cerca que se encontraba su defunción. Cuando en algunas ciudades unieron sus fuerzas a los cantonales, al Gobierno se le despejaron las dudas sobre hacia dónde tenía que fijarse.

Así el panorama, a Salmerón no le restaban más opciones que confiar en el único Cuerpo donde la perturbación no había alterado su lealtad y tradicional comportamiento, donde la indisciplina no había germinado. Es cierto que cuando Salmerón llegó al poder, en la Guardia Civil el descontento era ya acentuado y la moral había decaído, pero

por fortuna sólo tenía reflejo en las consabidas deserciones al bando carlista y en la ya citada práctica de las bajas para el servicio (46). Sin embargo, al contrario que en el Ejército y los Voluntarios, en la Guardia Civil la indisciplina se limitó a dos leves escarceos, sin llegar a revestir auténtica importancia: uno fue la entrega de las armas que la mayoría de la dotación de Málaga hizo a Solier durante la sublevación cantonal de esta ciudad; y otro lo habían protagonizado en las intermediaciones de la madrileña estación de Atocha un sargento y varios guardias, que, en estado de embriaguez, se negaron a seguir el camino marcado por el jefe de la columna de las que formaban parte, un comandante del Ejército, que reprendió con severidad a los agentes insubordinados (47).

Plenamente conscientes de que su disciplina no había sido socavada, la Guardia Civil se convirtió para el Gobierno de Salmerón en la única fuerza con garantías para hacer frente a la dinámica convulsiva adquirida en pocas semanas por la seguridad pública a causa de las agitaciones internacionalistas, las sublevaciones cantonales y el poderío de los carlistas. A tan sólo tres días de haber caído Pi y Margall, la posición de la Guardia Civil adquiría una dimensión inesperada. El 21 de julio de 1873 el Ejecutivo sometió a dictamen de una Comisión el proyecto por el que pretendía elevar el número de efectivos de la Guardia Civil a 30.000. Basándose en el peligro real de desintegración que amenazaba el país, el Gobierno sugería realizar un esfuerzo para vencer la "insensatez y perfidia de unos y otros" y presentar batalla a sus propósitos, a partir de la lealtad de diversos institutos, del Ejército y, "muy particularmente" de la Guardia Civil. Las referencias sobre las que sustentaba la elección de esta Institución justifican el significado que tenía para los republicanos, además de un logrado resumen de lo que había sido su trayectoria desde la creación:

"La historia de esta Institución es un espejo fiel de la lealtad militar: sus antecedentes constituyen la gran confianza que a todos inspira; su espíritu de subordinación le ha hecho merecer el respeto y el aprecio de todo hombre honrado; y los servicios que a la Patria viene prestando, responden del fiel cumplimiento de sus delicados deberes... Pero el Gobierno considera limitado el número de que se compone para cumplir la alta misión que le está encomendada y cree necesario aumentarla, si en que ha de respon-

der a la esperanza que tiene el pueblo en ella depositada, y ha de servir de base a la reconstitución de esta sociedad tan hondamente perturbada... Teniendo, pues, el deber sagrado de reparar los males que a tiempo sufrimos, y que hoy se agrava de una manera alarmante; estando llamados a consolidar la República democrática federal contra todos nuestros enemigos. Debiendo a todos los hijos de esta mal tratada Nación sólidas garantías de paz y seguridad" (48).

El dictamen de la Comisión fue tan rápido como cabía esperar, y el 27 de julio ya había dado su visto bueno. En él se destacaba que si bien a poco de su creación se la había mirado con desconfianza, bien pronto ganó la opinión favorable de todo el pueblo y pasó a ser considerada como la mejor y más segura garantía de los intereses de la sociedad, al margen de las revueltas políticas y de las insurrecciones militares... "El honor y la lealtad —proseguía el dictamen— están tan íntimamente arraigados en este benemérito cuerpo, que hace de estos sentimientos una estrecha religión: es que el Cuerpo de la Guardia Civil se creería suicidado si faltase a los deberes que la lealtad le impone, porque heriría de muerte el principio cardinal de su existencia... Por esto los Gobiernos han vuelto siempre los ojos con confianza hacia este distinguido Cuerpo, y los ciudadanos honrados han creído en todas las ocasiones asegurada su protección personal en presencia de sus individuos... Para conjurar, pues, los males de la Patria en circunstancias tan azarosas como las que atravesamos, y atajar principalmente en su camino a las huestes del Pretendiente, se hace necesario el aumentar la fuerza de la Guardia Civil..." (49).

Inmediatamente trasladado a las Cortes, el proyecto fue aprobado el 2 de agosto de 1873, por la abrumadora mayoría de 186 votos afirmativos y sólo tres abstenciones. Ese mismo día vio la luz en la *Gaceta*: "Art. 1º. Se aumentará la fuerza de la Guardia Civil hasta completar el número de 30.000 plazas. Art. 2º Para cubrir los gastos que origine la recluta y armamento de esta fuerza, se concede un crédito de 35 millones de pesetas, cuya cantidad se consignará en el presupuesto adicional a la partida correspondiente (50).

Improvisado y mal hecho, el decreto ponía de manifiesto las prisas del Gobierno, sin pensar en las dificultades que su aplicación conllevaría, sobre todo las derivadas de la falta de recluta y de dinero para hacerle frente.

La empresa de duplicar el número de efectivos se presentaba llena de dificultades, aun a pesar de las momentáneas ventajas económicas con que se había inyectado la pertenencia a la Guardia Civil. No sin razón, en el Ejército, en el bando alfonsino y en la propia Institución, el escepticismo sobre la viabilidad del decreto prendió ante el temor de que la desesperación por cubrir el cupo establecido podría llevar implícita una adulteración de la disciplina y de los valores esenciales de que había hecho gala el único Cuerpo que hasta el momento no mostraba síntomas de descomposición. Así se lo había expresado el general Quesada a Salmerón en la aludida reunión del Ejecutivo con la jerarquía castrense el 22 de julio y así era previsible que ocurriera dada las tradicionales dificultades en encontrar aspirantes que reuniesen los preceptos del Reglamento (51). Se temía, en especial, que la rebaja de las condiciones para ingresar pudiese servir como fórmula encubierta para permitir la infiltración de los mismos intoxicadores que habían hecho de los Voluntarios todo menos un ejemplo de eficacia y organización, y, por extensión, convertir al Cuerpo en una Milicia disfrazada. Era cierto que el estricto reglamento del Cuerpo, base primordial de su férrea disciplina, no se modificó y que la puesta en práctica de las ordenanzas y el código militar deberían actuar como freno llegado el momento, pero la experiencia sobre las dificultades para obtener anteriores reclutas sólo contribuían a alimentar los celos de los escépticos. Obviar esta realidad supondría tanto como condenar el proyecto al fracaso, antes incluso de su nacimiento. Acuciado por la desastrosa situación general y advertido por los peligros de una exagerada rebaja en el listón de condiciones, el Gobierno adoptó una solución intermedia, y en la circular de 8 de agosto de 1873 estableció el nuevo pliego de requisitos para acogerse al ingreso. Las novedades más destacadas con respecto a la reorganización de 1871 consistieron en mantener la rebaja en la estatura, situada en 1,677 metros, reducir la edad para la admisión hasta los 21 años y el tiempo de servicio en el Ejército, a un año de servicio efectivo. A ellas queda por añadir la más llamativa de todas: la mejora en el sueldo... "En consideración —decía el art. 2º— a que la indole de dicho Instituto y especial servicio que le está encomendado exige mayor retribución a sus individuos para que atiendan con más desahogo a las necesidades propias y de sus

familias, se restablece por Reales Órdenes de 6 y 9 de agosto de 1872..." (52), lo que junto a tan impresionante aumento de plantilla, suponían la desviación de treinta y cinco millones del tesoro público, que, lógicamente, había que detraer de otros conceptos. El 28 de noviembre de 1873, un Gobierno agobiado por la penuria, pagaba su osadía e improvisación y daba pie a un nuevo motivo para la crispación, al despojar del derecho a la percepción de pluses a los guardias civiles afectados por las concentraciones y no estuviesen empleados en operaciones de campaña (53).

Pero los mayores problemas le iban a venir por la imposibilidad de conseguir la recluta, como había ocurrido en ocasiones anteriores y, ahora, con más razones que nunca, volvía a ser predecible. La situación continuaba siendo básicamente la misma: en las provincias ricas la tentación de ingresos apenas existía y sólo en las más desfavorecidas la normativa tuvo una feliz acogida. En cualquier caso, el número de alistados no permitía después del primer mes albergar esperanzas de alcanzar la cifra estipulada en el decreto. Ante esto, desde la Dirección General, Socías no tuvo escrúpulos en encomendar a los Jefes de Provincia que recorriesen sus demarcaciones y cantasen a los paisanos las excelencias que suponía ingresar en la Guardia Civil (54). De nada sirvió, y tras las primeras semanas la recluta era insignificante. No quedaba más remedio que trasladar el estado de preocupación al Gobierno, y que éste tomase cartas en el asunto. Su decisión supuso todo un insulto a la inteligencia: el 1 de noviembre de 1873 dispuso que para facilitar el ingreso, todos los aspirantes de una provincia se quedasen destinados en la misma, aunque excediesen de la fuerza reglamentaria (55). Esta medida tuvo un doble efecto negativo, al que lamentablemente la Dirección General no quiso o no supo hacer frente. De una parte, porque la desproporción de alistados de unas provincias con respecto a otras creaba auténticos problemas a los Jefes de Provincia, como el de Pontevedra, que hizo ver al Director General los inconvenientes que para el servicio y la administración suponía el tener una provincia saturada de hombres —como era la suya— mientras que en otras donde los voluntarios apenas existían, quedarían huecos difíciles de llenar (56). De otra, porque, a causas de este razonable planteamiento, a la Dirección no se le ocurrió mejor idea que cortar los pases de los veteranos de unas

Comandancias a otras, salvo ocasión de vacante, lo que suponía una mayúscula injusticia, capaz de irritar a los afectados, generalmente veteranos casados que, tras varios años de sacrificada espera para poder pasar destinado a su provincia de origen, veían de repente truncada su legítima aspiración, al no quedar vacantes por cubrir en sus provincias, ocupadas por los recién ingresados. Es cierto que la Dirección General no tardó en percatarse de estos errores, pero también que sólo se retractó parcialmente. La circular de 29 de noviembre arreglaba el desfase entre provincias, pero no el de la injusticia con los veteranos (57). La sensación de impotencia que esta anómala situación creaba, generó un profundo malestar en las filas del Cuerpo, más cuando se sabía no iba a solucionarse el problema de la falta de aspirantes. Con fecha 21 de diciembre, el Gobierno se vio obligado a que la Guardia Civil sacase de los depósitos de reclutas algunas capitales los mozos que necesitase para al menos ir parcheando las bajas producidas (58).

En síntesis, éstas habían sido las reformas más interesantes realizadas por la República federal con respecto a la Guardia Civil. En su mayoría, no sólo no conseguirían los objetivos marcados, sino que contribuyeron a abrir una brecha entre el significado de la República y la Guardia Civil, cuyas consecuencias, unidas a la crítica situación del país, no podían ser buenas para el futuro del federalismo, como veremos al analizar el golpe de Pavía.

LA GUARDIA CIVIL EN EL GOLPE DE PAVÍA

La llegada a la presidencia del Ejecutivo de Emilio Castelar, probablemente el republicano impregnado con mayor dosis de sensatez de todos cuantos habían ostentado el cargo, supuso una acentuación en el giro a la derecha de la política: orden o caos, venía a ser su lema. Consciente de que ello pasaba por el apoyo del Ejército, impulsó incluso un mayor acercamiento con respecto a la organización castrense que el desarrollado por Salmerón, y esto le permitió granjearse el afecto y sincero afán de colaboración de la gran parte de los generales, que vieron en el historiador gaditano un bálsamo donde curar su enojo: "Si está Ud. dispuesto a hacer patria, país y ejército, y a concluir tres guerras civiles, cuente conmigo", le espetaría

Pavía, su general de confianza y amigo. Además, sus buenas relaciones con el Ejército las sustentó en una política de mano dura en materia de orden público, realizadas a golpe de decreto: suspensión de garantías constitucionales, censura de prensa, o reorganización de la Artillería. Justo lo que los militares ansiaban y, por tanto, no es extraño que el fino olfato de muchos de ellos les hiciese regresar del exilio y vivir *in situ* el optimista giro casteleriano.

Por contra, Castelar era consciente de que su luna de miel con el Ejército y la derechización de su política le traería serias resistencias desde la extrema izquierda y el centro de su partido. Para desgracia de la República, los pronósticos se cumplieron enseguida, al anunciar Salmerón el distanciamiento y consiguiente retirada de apoyo al Gobierno. Esta postura significaba, literalmente, la pérdida de los apoyos parlamentarios necesarios y, por tanto, la imposibilidad de continuar con el camino trazado. Castelar intentó un acercamiento a su predecesor, pero éste pedía lo inaceptable para el Presidente: además de la reorganización del Gobierno, exigía la destitución de los generales conservadores. Con su actitud, Salmerón limitaba la capacidad de acción del Presidente, obligado a someterse a la confianza de las Cortes. Pero más grave era la irritación provocada en los círculos castrenses. La posibilidad de un nuevo giro a la izquierda estremeció de tal forma la hiel de los generales que sólo los sordos podían ignorar los ruidos de sables que empezaron a oírse en los cuarteles.

El general Pavía pasó a liderar la reacción de sus compañeros de armas contra la eventualidad de una más que probable caída de Castelar en beneficio del médico malagueño Palanca —enemigo suyo desde los sucesos de la Málaga amotinada— y por tanto de un nuevo giro a la izquierda. Formado en el arma de Artillería y de convicciones democráticas, fue ayudante de Prim, a cuyo lado había estado en la sublevación de Villarejo de Salvanés, en enero de 1866, y luego a lo largo de todo el proceso revolucionario; hombre de orden y enérgico, supo ganarse el respeto de sus compañeros y también la simpatía de Castelar, que recordamos lo nombró Capitán General de Madrid. Cuando intuyó que la posibilidad de un arreglo de los problemas por vía Castelar se esfumaban, no dudó un instante en encabezar el finiquito de los militares. En sendas reuniones mantenidas con el Presidente a finales de diciem-

bre y el mismo 1 de enero, intentó en vano convencerle de la conveniencia de dar un golpe de mano contra el federalismo intransigente, advirtiéndole que su probable derrota en las Cortes provocaría el licenciamiento en masa de todo el Ejército. Pese a ello, Castelar se excusó, apelando a sus convicciones democráticas y morales. Pavía comenzó entonces los sondeos cerca de Serrano Domínguez, los generales jefes de los Ejércitos de Cataluña, Norte y Centro y los radicales. Cuando a última hora Sagasta ofreció el apoyo de su grupo, Pavía se encontró con las manos libres para elaborar un sencillo plan: disolver por la fuerza las Cortes si en la sesión convocada para el día 2 de enero Castelar no era reelegido y formar acto seguido un Gobierno de conciliación con todos los partidos menos los federales.

Pero el Capitán General era consciente de que el éxito del plan pasaba por la actitud a tomar por la Guardia Civil, en especial la encargada de la seguridad de las Cortes. Contaba con una importante guarnición en Madrid (59), pero no ignoraba que un enfrentamiento entre soldados y guardias civiles traería no sólo un importante derramamiento de sangre, sino que podía conducir al fracaso de la operación. La Guardia Civil significaba un punto de equilibrio notable y su posicionamiento resultaba determinante para inclinar la balanza a uno u otro lado, de ahí que manifestase públicamente esta preocupación (60).

En el seno de la Guardia Civil existían sobradas razones para apoyar la acción de Pavía. Además del sobrecogedor panorama que ofrecía la situación global del país, la falta de autoridad, las tensiones políticas, las amenazas de división territorial, el rechazo a las instituciones y la irresponsabilidad, en la Guardia Civil, influyeron al menos tres factores determinantes más para que algunos de sus hombres se sumasen complacientes al golpe militar que iba a dar al traste con la experiencia de la República federal:

De una parte, el temor a la degradación de su espíritu como Cuerpo y a la sustitución de un modelo de Estado centralista por otro federalista. En especial esto último creaba cierto desasosiego entre sus hombres, por cuando la desvinculación de las administraciones locales y provinciales de la central conllevaba la posibilidad de dejar desprovisto de sentido la existencia de un Cuerpo a escala nacional o, cuando menos, con tantas competencias como las poseídas por la Guardia Civil.

De otra, la absoluta falta de seriedad y unión de los gobernantes, materializada en un sinfín de improvisaciones que afectaron la estabilidad del guardia y de sus familiares, perjudicados por los recortes económicos de última hora y por las injusticias en materia de destinos.

En tercer lugar, la desmoralización provocada por la falta de coordinación en la aplicación de la dependencia orgánica, lo que con frecuencia llevó a la Guardia Civil a verse inmiscuida en embarazosas situaciones: fue una constante la ausencia de acuerdo entre autoridades militares y civiles, tanto a la hora de decidir quién asumía la competencia del servicio, como a la de disponer de la Institución, lo que a menudo colocó a los mandos en el difícil trance de a qué autoridad obedecer. La Guardia Civil, como Institución nutrida en su oficialidad por militares profesionales, se hallaba cómoda en su relación y dependencia con respecto al Ejército cuando de solventar problemas de orden público de envergadura se trataba, porque así había sido aleccionada (otra cosa era que éstos se prolongasen en demasía y provocasen desplazamientos de unas regiones a otras, como había ocurrido con las insurrecciones republicanas, el carlismo y el cantonalismo). Sin embargo, consciente de que su dispersión territorial y escasez de efectivos impedía hacer frente con garantías a alteraciones de orden de tamaña magnitud, la Guardia Civil recelaba cada vez que las autoridades civiles intentaban emplearla en solitario o al lado de los Voluntarios para tratar de mantener un orden que con frecuencia desbordaba las previsiones de las autoridades. En cualquier caso, esta disputa competencial, aderezada por absurdos comportamientos por ambas partes, tenía siempre como denominador común el ocasionar serios disgustos a la Guardia Civil.

Y sería precisamente uno de estos ejemplos demostrativos de las intrigas que caracterizaron el talante de la República y la escasa talla de sus responsables políticos, la clave última para determinar y comprender la actuación de algunos guardias civiles en el proceso de derribo del federalismo. El lance lo protagonizó el afán revanchista del entonces Director General del Cuerpo, Socías del Fangar, a propósito del último conflicto entre civiles y militares para la competencia sobre el servicio de la Guardia Civil. Ocurrió en la madrugada del 11 de septiembre de 1873, cuando el Gobernador Civil de Madrid, Hidalgo Caballero, dispuso por orden reser-

vada que la Guardia Civil se dirigiese a las inmediaciones de la Puerta de Toledo ante la amenaza de una agresión carlista sobre Madrid (61). Fundamentado o no el peligro, fruto de maquinaciones políticas o de planes conspiratorios (62), la realidad era que la orden del Gobernador existía, clara y terminante. Su destinatario fue el Coronel Jefe del 14 Tercio, De la Iglesia Tompes, quien de inmediato se dispuso con 300 hombres a obedecer al Gobernador. Cometió un error el oficial de la Guardia Civil: no participar la salida de la fuerza a su Director General. Esto dio pie a Socías, enterado por el ministro Maisonnave de cuanto acontecía, para tomarse la revancha por la actitud adoptada en los sucesos del 11 de junio por el Coronel, cuando, como se recordará, De la Iglesia había puesto en un difícil compromiso a Socías, al negarse a obedecer a su enviado, general Romualdo Palacios, y al poner sobreaviso a Estévanez de su extralimitación de competencias. Socías no había podido deshacerse antes de De la Iglesia, dada la ascendencia de este coronel sobre sus subordinados y porque supondría delatar descaradamente su mezquindad, de modo que ahora se le presentaba la ocasión propicia. Personado en la Puerta de Toledo, se entrevistó por separado con oficiales, sargentos y guardias, y acto seguido ordenó el arresto en sus respectivos domicilios del coronel y los comandantes, disponiendo la retirada de la fuerza a sus cuarteles. En su intervención, Socías alegó no haber recibido notificación de la salida de la fuerza por su subordinado, como así le tenía ordenado reiteradas veces. Además, le abrió un expediente para depurar su posible connivencia en los rumores que le apuntaban como estilete del general Martínez Campos y otros alfonsinos de un golpe de Estado (63). Nada se le pudo demostrar, pero a De la Iglesia se le retiró el mando del Tercio e incluso se le intentó expulsar del pabellón oficial que habitaba con su familia (64). Al disgusto manifiesto que tenía por la presencia de Socías en la Dirección General, como se desprende de su negativa de comunicarle tan elemental principio de guardia civil, como era una orden recibida, se sumaba ahora la utilización de que había sido objeto. Desde su punto de vista, la indignación era más que justificada: lo habían convertido en víctima de burdos politiqueros, y ello decantó definitivamente su animadversión hacia el federalismo.

Como era de esperar, no resultó la única víctima del enojoso suceso. La actitud de

Socias fue interpretada por el Gobierno como una injerencia inadmisibles en las competencias del Gobernador Civil, y por ello se le pidieron explicaciones. Socias intervino en la sesión de Cortes del día 10 de septiembre para dar su versión de los sucesos, alegando que había acudido a la Puerta de Toledo a instancias del ministro Maisonave, temeroso de una basta conspiración contra la República por parte de alguien que no pudo precisar. Pero esta afirmación, rotundamente desmentida por el ministro, fue poca cosa en proporción a la que hizo contra Hidalgo Caballero, a quien acusó de utilizar de manera ilegal a la Guardia Civil y de inmiscuirse en sus competencias (65). Era una flagrante pérdida de memoria la que afectaba a Socias y, eso, evidentemente, le costó el cargo. El Gobierno de Castelar evitó hacer más vidriosa la cuestión y propuso a Socias una salida honrosa al conflicto, que no le perjudicase ante la opinión pública y los ojos de sus subordinados. Le rogaron aceptase el trueque de destino con el general Juan Acosta Muñoz, por entonces Inspector General de Carabineros. Era una solución digna, que a Socias no le quedaba otra alternativa que aceptar, y el 19 de septiembre de 1873 la *Gaceta* hacía efectivo el cambio con Acosta (66).

No era Acosta el hombre que la Guardia Civil necesitaba para momentos tan trascendentales. Amigo y afín a la línea de Socias, no gozaba de beneplácito ni de las simpatías del Ejército y de la Institución, donde su nombramiento no fue bien acogido. La prensa de derechas transmitió esta sensación a la opinión pública el mismo día de ponerse al frente de la Guardia Civil... "No sabemos hasta qué grados llega la amistad de Sr. Sánchez Bregua —ministro de la Guerra— con el general Acosta, o si la predilección con que mima el ministro de la Guerra al que de tal suerte se desacreditó como militar en Cataluña, nace de otra clase de presión o de influencias... Gran disgusto causó entre las clases del Ejército y en todos los círculos políticos el nombramiento del general Acosta para la dirección de Carabineros; la prensa y la opinión pública debieron advertir claramente de su desacierto al Sr. Sánchez Bregua, y hoy, sin embargo, publica la *Gaceta* el nombramiento del mismo general para dirigir el Cuerpo de más importancia militar que se conserva, después de la completa desorganización a que desgraciadamente han llegado los otros institutos del ejército" (67). Probablemente consciente de la fría

acogida que su nombramiento había despertado en las filas del Cuerpo y una vez detectada la falta de colaboración de sus nuevos subordinados, Acosta comprendió que la Dirección General de la Guardia Civil no era su lugar y optó por volver a Carabineros, aprovechándose del fulminante cese sufrido por Socias en este Cuerpo. Su huella en la Benemérita fue efímera. De los veintidós días que permaneció como jefe supremo sólo merece la pena recordar sus encendidos alegatos contra las deserciones. El 10 de octubre de 1873 dejaba el puesto al mariscal de campo Segundo de la Portilla Gutiérrez.

El general Portilla era otro hombre de escaso carácter para ocupar el cargo. A falta de una figura de renombre, ¿a quién colocar en tal comprometido puesto? A estas alturas de la República, muy pocos generales dóciles tenían los federales para ostentar la dirección de la Guardia Civil con plenas garantías. Portilla no poseía un currículum brillante, ni tenía peso específico dentro del escalafón, pero tampoco su presencia resultaría problemática. Al contrario de sus dos inmediatos predecesores, tenía la virtud de la discreción política, y por esta razón resultó elegido. En la Guardia Civil se le acogió como lo que representaba: una figura para salir del paso, modesta y sin otras aspiraciones que las de trabajar con honradez. El descontento en el Cuerpo era sólo solucionable con un giro total de la situación política y esa facultad no la poseía el republicanismo en el poder, al menos sin el apoyo de los generales. De ello existía una conciencia bastante aproximada hacia finales de 1873, de modo que Portilla no hizo nada por cambiar el proceso de los acontecimientos, pero tampoco por impedirlo (68).

Todo este cúmulo de circunstancias lo conocía Pavía, pero la tradicional lealtad del Cuerpo al poder legalmente constituido y, sobre todo, su dependencia de los gobernadores civiles, le habían mantenido ciertas reservas, de modo que decidió asegurarse de cuál iba a ser la conducta llegado el momento crucial. Se había aireado mucho en la prensa el procesamiento y la injusticia cometida contra el coronel De la Iglesia a raíz de los sucesos del 9 de septiembre, e incluso algunos rumores lo situaban en la reunión mantenida el 12 de diciembre de 1873 por el general Serrano Domínguez con varios militares más para preparar un golpe de mano contra el republicanismo, de manera que aparecía como hombre idóneo para tomar el

pulso a la Guardia Civil, y así lo intuyó Pavía. Por otra parte, Pavía tenía un excelente concepto del coronel: le parecía "un hombre de orden, firme, resuelto y muy querido por sus hombres" (69), así se decidió a elegirlo como el aliado apropiado para su planes.

El coronel José De la Iglesia Tompes era natural de Santoña (Santander) y había servido en el arma de Infantería hasta 1861, año en que ingresó en la Guardia Civil con el empleo de capitán. Sus primeros pasos en el Cuerpo transcurrieron sin especial relevancia. El pronunciamiento de la bahía de Cádiz le sorprendió destinado en Extremadura, donde también pasó desapercibido, sin que se le conociese filiación política determinada. Tuvo que ser su destino a Sevilla durante los años difíciles del bandolerismo en aquella provincia, cuando se le ofreció la oportunidad de destacar y promocionarse profesionalmente. Su buen hacer le permitió ser destinado a la Dirección General con el empleo de Teniente Coronel, y desde ésta dar el gran salto que suponía el mando de una de las unidades más codiciadas por los jefes de la Guardia Civil: el 14 Tercio. La oportunidad se la brindó la retirada voluntaria del coronel que mandaba la unidad, Santiago Blanco Olazábal, de modo que en abril de 1873 tomó posesión del cargo. Al frente de las fuerzas que hacían su servicio en la capital, De la Iglesia, destacó por sus buenas dotes de mando y por su capacidad para granjearse el respeto y aprecio de sus subordinados. Como se sabe, fue durante esta época cuando acontecieron los dos sucesos que se juzgan de enorme trascendencia para su futuro inmediato. Tanto los ocurridos el 11 de junio como el 9 de septiembre, significaron para este guardia civil la amarga prueba de tener que decidir entre enfrentarse a la sinrazón, con toda su crudeza, o dejar suplantarse su sentido del deber. Al optar por la primera, De la Iglesia rendía tributo a un absurdo juego de intereses personales, de los que sería una víctima. Arrestado, vejado y destituido del mando, hubo de sufrir, además, las secuelas de las más bajas pasiones políticas. Cierto o no su talante conspirador, De la Iglesia resultó absuelto del procesamiento al que fue sometido, y aunque pasó a situación especial con la percepción de todo su sueldo, sentía su orgullo dolido por la forma en que había sido destituido del mando que ostentara. Fue fundamentalmente esta circunstancia la que le llevó a aceptar sin dudarlo el ofrecimiento de Pavía, consistente en conseguir la obediencia de la fuerza

que prestaba el servicio de seguridad de las Cortes: "Aprobó mi resolución —diría el general— y le investí en el acto del mando de todos los guardias civiles que se encontraban fuera y en el interior del Congreso. Él mismo se encargó de llevar la notificación al Presidente de las Cortes" (70).

Despejada su única preocupación, Pavía sabía que el resto de la Guardia Civil madrileña aceptaría la política de hechos consumados que suponía la disolución de las Cortes, o sea la declaración de su ilegitimidad, y su proclamación como única autoridad. De esta manera, eliminaría el obstáculo de la obligación de obedecer a los gobernadores civiles, librando a la Guardia Civil de esta responsabilidad. El siguiente paso era ultimar el despliegue del dispositivo militar y humano en Madrid, para intervenir si, como se temía, Castelar era derrotado. Se apresuró a colocar correveidiles de confianza en las Cortes (71) y montar un estratégico cerco a las Cortes, mientras esperaba noticias de los que acontecía en el interior del hemiciclo. La sesión se había iniciado a las cinco de la tarde del día 2 y se había dilatado hasta el amanecer del día siguiente. Pavía supo esperar pacientemente hasta que a las siete y quince horas del día 3 recibió de uno de sus ayudantes la confirmación de la derrota en segunda votación de Castelar por 120 votos contra 100. Fue entonces cuando ordenó a De la Iglesia que penetrase en las Cortes con dos Compañías, una de los guardias civiles y otra de Cazadores de Mérida, y procediese a disolver las Cortes en nombre del Capitán General.

Los detalles de la entrada de los guardias civiles en las Cortes en aquella histórica jornada están bien contrastados por numerosas fuentes de la época, caso del propio Pavía, y no resisten la más mínima objeción sobre su veracidad. Dados los resentimientos de algunos individuos de la Guardia Civil para con la República federal, Pavía tuvo un momento de vacilación sobre la conveniencia de que los guardias, a excepción de De la Iglesia, penetrasen en el edificio. El prestigio y la fuerza moral del Cuerpo le inclinaron por el sí, pero con la advertencia a sus mandos de hacerlo con discreción, sin hacer caso de las provocaciones verbales y dirigiéndose a la Biblioteca en lugar de al Salón de Sesiones. El propio general Pavía dio su testimonio sobre este punto... "como los individuos de aquel Cuerpo —refiriéndose a la Guardia Civil— tenían resentimientos personales, temí yo que enfrente de aquella situación pudie-

ran hacer acto hostil y les mandé que entraran, pero que fueran a la Biblioteca, y al capitán de la Compañía le dije estas palabras: "Mi capitán, es lógico y natural que le ofendan a Ud. de palabra; no haga caso alguno; Ud. despeje, y solamente si le maltratan de obra haga usted uso de las armas, pero poco, nada más para amedrentar, y en el caso de que haya resistencia pasiva y que no se despeje el Congreso, con unos cuantos fusiles haga usted una descarga al aire" (72).

En el momento de producirse la irrupción, una Compañía de la Guardia Civil prestaba servicio de protección al edificio del Congreso, como era habitual. La reacción de esta fuerza era lo que más temía Pavía, de ahí el importante papel de De la Iglesia. Éste se presentó al capitán que la mandaba, García Kaggen, quien tras reconocer al coronel le dejó el paso franco, poniéndose a sus órdenes. Los diputados, enterados del dispositivo montado por Pavía, fueron sorprendidos en acalorada discusión sobre la solución a tomar. Fue el diputado Calvo quien primero advirtió a sus compañeros que la Guardia Civil había irrumpido en el edificio preguntando a los porteros la dirección e indicando que se desalojase el edificio de orden del Capitán General (73). En ese instante el Ministro de la Guerra, Sánchez Bregua, hizo frente al coronel De la Iglesia, exigiéndole se personara ante el Presidente de la Cámara, Nicolás Salmerón, y lo cumplimentase con arreglo a la ordenanza, a lo que el coronel respondió que sólo obedecía órdenes del Capitán General. Acto seguido, fiel a su promesa y escoltado por soldados, se dirigió a Salmerón y le transmitió el mensaje de Pavía. El diálogo entre ambos fue breve, apenas unas frases, pero con tiempo suficiente para que algunos encolerizados diputados se avalanzasen sobre la fuerza al grito de ¡viva la República federal!, ¡viva la Asamblea soberana!, ¡muramos todos juntos!, la agrediesen a bastonazos y, en algunos casos, intentasen desarmarla (74). Esta actitud provocó que en el pasillo se produjesen varios disparos al aire y que los diputados optasen por la calma y el pacífico abandono de las Cortes, un cuarto de hora después de haber efectuado su entrada en ellas los golpistas. La experiencia federal en España queda liquidada.

El resto de la Guardia Civil de Madrid no había sido avisada de lo que se tramaba, sin duda por temor a despertar las sospechas del Gobernador Civil y evitar así la reacción

de éste, lo que además de poner en un aprieto al Cuerpo, movilizaría a los Voluntarios de la República. Pese a todo, las dos Comandancias del 14 Tercio no permanecieron ajenas al movimiento general de tropas registrado en aquella madrugada. La Comandancia Sur se personó con su jefe al frente, teniente coronel Manuel Travesí, ante el Congreso, poniéndose de inmediato a las órdenes del Capitán General. Por su parte, la del Norte, llegó a ser alertada por el Gobernador Civil, pero no con el tiempo suficiente para resultar comprometida: cuando se disponía a presentarse a la citada autoridad civil, recibió una contraorden de Pavía y desde la calle de Alcalá sus hombres partieron por la calle Cedaceros y carrera de San Jerónimo hasta la presencia del Capitán General. En el resto del país, tan sólo en Barcelona y Zaragoza, naturales refugios republicanos, se produjo alguna resistencia al golpe, pero no pasaron de simples escarceos, sin mayor trascendencia. Por su parte, en la acantonada Cartagena, el golpe dispipó toda esperanza de llegar a un convenio negociado con la Administración central, lo que suponía el certificado de defunción del cantón, tan sólo una semana después.

Concluía de esta forma la intervención militar más espectacular, eficaz y de resultados más inmediatos de todo el siglo, como con acierto la definió Espadas Burgos (75), además de lo que Payne definió como "el primer pronunciamiento que contó con el apoyo unánime del Ejército... del conjunto de todos los militares, expresión de una interpretación según la cual el deber del Ejército era librar al país de la desunión, la corrupción y los esquemas fraccionistas (76). De la Guardia Civil resulta exagerado afirmar con la rotundidad con lo que ha hecho algún historiador de la época que: "la República cayó como debió caer. Murió como debía morir: a manos de la Guardia Civil" (77). Mucho más aproximada y correcta resultó la afirmación de Castelar a propósito de la intervención del Cuerpo en el pronunciamiento... "aquellos hombres podrían tal vez estar extraviados, pero aquellos hombres eran todos honrados; y sobre todo, eran la representación augusta de la Nación española" (78). Como columna vertebral del orden en España, la Guardia Civil vivía con intensidad y dramatismo la gravedad de la situación generada por la incompetencia de los federalistas. La indiscutible vinculación de su oficialidad al Ejército terminó por favorecer su decisivo apoyo al pronunciamiento.

Las consecuencias inmediatas no tardaron en producirse, tanto a nivel general como individual. El mismo día 3 de enero Pavía convocó una Junta de Notables (79) en el Parlamento, que pese a contar con la negativa de Castelar a la invitación, fue la encargada de perfilar la composición del Gobierno de alianza formado por conservadores, radicales y republicanos unitarios, pero sin la presencia de Cánovas, dedicado a madurar la restauración borbónica en la persona del príncipe Alfonso. Los republicanos federales fueron declarados de inmediato fuera de la circulación, y su ilegalidad dio pie a una diáspora de sus líderes en varias direcciones, desde la nostalgia y la literatura, hasta ir a alimentar las filas del internacionalismo.

También el 3 de enero, Pavía expidió la orden que nombraba a De la Iglesia de nuevo Jefe del 14 Tercio. En esta situación continuó hasta su ascenso a brigadier, el 15 de abril de aquel año. La no existencia de este empleo en la Guardia Civil propició su salida del Cuerpo y su regreso al Ejército, donde sirvió como Gobernador Militar en Cuenca, ciudad que defendió sin éxito de los ataques perpetrados por los carlistas del infante Carlos en 1874 hasta lograr su conquista (80).

CONCLUSIONES

El general Pavía basó una parte importante del éxito de su pronunciamiento contra la República federal en el descontento que había en la Guardia Civil, ante el clima de crispación existente a principios de 1874.

En el seno de la Guardia Civil, había razones de carácter global para desear un cambio de rumbo político, tales como la falta de autoridad, el creciente desprestigio de las instituciones y las tensiones políticas. Pero también las había desde el punto de vista institucional. De ellas, tres sobresalieron por su alcance:

- El temor a la degradación de su espíritu como Cuerpo, a causa del riesgo que implicaba para su existencia la sustitución del modelo de Estado centralista por otro federalista.
- Las improvisaciones que tanto habían afectado a la economía y estabilidad profesional del guardia, salpicada de algunos agravios comparativos con otros Cuerpos y con situaciones personales dentro de la propia plantilla.
- La desmoralización provocada por la

falta de coordinación y concreción en la aplicación de la dependencia orgánica, lo que a menudo colocó a los mandos del Cuerpo en situaciones embarazosas de a quien obedecer y, por tanto, a qué atenerse.

Pavía era sabedor de esta situación y decidió aprovecharla, consciente de que, ante la política de hechos consumados, la Guardia Civil no obstaculizaría sus acciones, lo que suponía un porcentaje elevado de posibilidades a su favor a la hora de pronunciarse. Aun así, esta inhibición podía no ser suficiente. Necesitaba sortear la más probable resistencia del servicio de vigilancia que rodeaba al Palacio de las Cortes, custodiado por la Guardia Civil. Fue aquí donde tuvo la habilidad de contactar con aquellos guardias civiles que sabía estaban especialmente afectados por la conducta que la República había tenido con ellos en momentos determinados, caso del coronel De la Iglesia Tompes, llave utilizada por Pavía para penetrar sin resistencia en el hemiciclo de las Cortes, una vez certificada la no reelección de Castelar como Presidente de la República. ■

NOTAS

- (1) Todo lo relativo a este pronunciamiento puede verse en el Archivo General Militar (RGM) de Segovia, 2ª Sección, 10 División.
- (2) HENNESSY, *La república federal en España*. Madrid, 1967.
- (3) El pactismo provincial tuvo sus orígenes en Cataluña, en un intento de realineamiento de la política reivindicativa general al margen de Madrid. El 18 de mayo de 1869, catalanes, valencianos y aragoneses se reunieron en Tortosa para legitimar sus irrenunciables derechos y costumbres a través de un pacto federal contra el centralismo, el primero de una serie de ellos sellados entre las federaciones regionales cuya afinidad era más o menos manifiesta.
- (4) Aunque circunscritas a Cataluña, Levante, Andalucía y Extremadura, las insurrecciones trataron de hacerse extensivas a otras zonas, caso de Béjar, donde la desorganización y falta de apoyos ocasionó su fracaso una vez iniciadas.
- (5) Como se observa, a la Guardia Civil no se la nombraba por ninguna parte, en una lógica consecuencia al ideario que sobre la institución tenían los republicanos de cualquier signo, y que no tardarían en llevar a la práctica.
- (6) SECO SERRANO, C.: *Militarismo y Civilismo en la España Contemporánea*. Madrid, 1984, p. 142.
- (7) Cronológicamente los gobiernos fueron presididos por: Serrano Domínguez, hasta el 20 de julio de 1871; Ruiz Zorrilla, hasta el 24 de septiembre del mismo año; Sagasta, hasta el 26 de mayo de 1872; de nuevo Serrano, hasta el 13 de junio del mismo año, en que cedió el poder a Ruiz Zorrilla, jefe de Gobierno cuando abdicó Amadeo.
- (8) El 27 de septiembre de 1873 el gobierno de Ruiz Zorrilla presentó en las Cortes un Proyecto de Ley sobre abolición de quintas y sustitución por un servicio obligatorio para los comprendidos entre 20 y 27 años, tres de ellos en servicio activo y los siguientes en la reserva. El proyecto no contemplaba la posibilidad de la redención en dinero ni el recurso de la sustitución.

- (9) Sobre este conflicto véase la obra de VIGÓN, J.: *Historia de la Artillería Española*; Madrid, 1947.
- (10) Moriones, Acosta, Nouvilas, Figueras y Nicolás Estévez desempeñaron el cargo entre febrero y junio del 73. HEADRICK, D.: *Ejército y política en España*. Madrid, 1981; p. 198.
- (11) GARRIDO, Fernando: *La República Federal Universal*. Madrid, 1881; p. 133.
- (12) Decreto de 17 de marzo, publicado en *La Gaceta* del día 21 del mismo mes. *Colección Legislativa de 1873*; p. 499 a 501.
- (13) Carta de 3 de diciembre de 1872, en legajo 141 de la Sección 2ª, División 10ª. S.H.M.
- (14) *Ibidem*.
- (15) No se sostiene la opinión de Hennessy atribuyendo la transferencia de la D.G.G.C. de las autoridades militares a las civiles a causa de su intento por frenar las intenciones de los radicales; *La República Federal en España*. Madrid, 1967; p. 190.
- (16) Todo el repertorio descrito y correspondencia de las citadas autoridades militares puede verse en el legajo 141 de la Sección 2ª, División 10ª. S.H.M.
- (17) *Ibidem*.
- (18) *Ibidem*.
- (19) Estimulados por los intransigentes, los soldados protagonizaron vergonzosas escenas de indisciplina tras la revuelta independentista de la ciudad, burlándose de sus mandos al grito de ¡qué bailen! Véase Headrick, *op. cit.*
- (20) SECO SERRANO, C.: *op. cit.*; p. 157. HENNESSY: *op. cit.*; p. 207. Por su parte, PI y MARGALL, F., en su obra *El reinado de Amadeo de Saboya y la República de 1873*, relata las amenazas que sufrió en la noche del 23 de abril por parte del General Contreras en el sentido de que quisiera o no el Gobierno, él estaba dispuesto a proclamar la Federación. Madrid, 1970; p. 138.
- (21) Hennessy; *op. cit.*; p. 205.
- (22) Esa noche el General Pavía se hallaba en el Teatro Español, ajeno a lo que ocurría. Un sucinto relato de los hechos puede verse en BERMEJO, Ildefonso: *Historia de la Intineridad y de la Guerra Civil de España desde 1868*; Madrid, 1875-1877; p. 217.
- (23) Sobre el supuesto relevo de la oficialidad del 14º Terceiro, GISTAU señala que: "... ni uno solo de los incorporados aceptó el destino ni la oficialidad del 14º Terceiro se manifestó dispuesta a dejarse relevar"; GISTAU FERNANDO, Miguel: *La Guardia Civil. Historia de esta Institución*. Madrid 1907; p. 482.
- (24) Así lo delató en su intervención en las Cortes el día 18, a propósito de su defensa de Estévez. D.S.C.; p. 203.
- (25) Así lo instruyó PÉREZ GALDÓS, B., en su obra *La República*, dentro de la colección de los "Episodios Nacionales"; Ediciones Hernando; Madrid, 1973; p. 107. El mismo Socías reconoció en su intervención en las Cortes del día 18 de junio el disgusto que le habían proporcionado los rumores de nombramiento de Estévez y que intentó disuadir a PI y Margall. D.S.C.; p. 198.
- (26) PÉREZ GALDÓS, B.: *op. cit.*, cotejada por los fondos del S.H.M., Sección 2ª, División 4ª, legajo 182.
- (27) D.S.C. de 18 de junio de 1873; p. 197.
- (28) Pierrad había exigido a Socías explicaciones sobre las medidas adoptadas, sobre todo las referentes a la Guardia Civil. Una vez satisfecha su curiosidad, no puso objeción alguna.
- (29) *Ibidem*.
- (30) GISTAU, M., recoge en su *op. cit.*, cómo la Guardia Civil fue amenazada por los Voluntarios y cómo ante este temor se recluyó en sus cuarteles a la espera de ser atacada; p. 280.
- (31) El general Contreras tuvo una participación activa en estos sucesos, bien por su temor a una acción involucionista o bien porque no quería perderse la posibilidad de una llegada al poder de los intransigentes. En cualquier caso, fue de los primeros generales en personarse en el Ministerio de la Guerra, donde permaneció al lado de Pierrad. HENNESSY: *op. cit.*; p. 207.
- (32) El relato sobre la entrada de la oficialidad de la Guardia Civil en el ministerio, lo relata GISTAU, M. en su *op. cit.*; p. 218.
- (33) Orden circular de 18 de junio de 1873. BALLBÉ, M.: *Orden Pública y Militarismo en la España Constitucional, 1808-1983*; Madrid, 1985; p. 218.
- (34) En la orden de 27 de junio de 1873, Estévez firmó el ascenso de 45 sargentos primeros de la Guardia Civil al empleo de oficial, despreciando las consecuencias que la medida podía tener en el Cuerpo, donde, hasta entonces, se había intentado frenar la iniciativa del Ministerio de la Guerra de premiar con el ascenso determinadas conductas, en vigor desde el 31 de marzo de ese mismo año. B.O.C. de ese año, p. 333.
- (35) Circular de 19 de junio de 1873 a propósito del intento de Estévez de formar una columna de 2.000 guardias civiles y 4.000 carabineros a las órdenes del general Turón para combatir al carlismo en Cataluña. El 19 de junio, los hombres de la Guardia Civil vendidos a Madrid para formar la columna fueron de nuevo enviados a sus puestos por PI y Margall. BERMEJO, I.; *op. cit.*; p. 444.
- (36) *El Diario Español*, 1873.
- (37) Circular de 24 de junio de 1873. RROCC...; tomo XXIX; p. 120.
- (38) *Ibidem*; p. 77.
- (39) "Considerando —decía la circular del Ministerio de la Gobernación— que la fuerza de dicho Instituto percibe hoy los mismos haberes que se le asignaron a su creación en 1844, insuficientes en la actualidad para las atenciones de la vida, por el aumento de precio que desde entonces han tenido los artículos de que han de proveerse para sus más indispensables necesidades, el Gobierno de la República ha resuelto que se conceda a la Guardia Civil el plus de campaña, y éste se abone con cargo al presupuesto de este Ministerio, desde el momento en que por motivos de orden público se reconcentre la fuerza..." BOC; p. 246.
- (40) Menores connotaciones demagógicas presentaba la anulación del expediente denominado de "licencia para contraer matrimonio", pero no dejaba de ser sintomática. Como se recordará, la legislación puesta en práctica por los liberales revolucionarios había supuesto un considerable avance en la cuestión de los matrimonios, pero aun así condicionaba la posibilidad de los guardias de poder casarse cuando y con quien les viniese en gana. Ahora, por decreto de 21 de mayo, el Gobierno exigía se aplicase a todos los militares que desearan desposarse la ley del matrimonio civil, por la que los guardias sólo tenían que comunicar por instancia a sus jefes su deseo de casarse y éstos se limitarían a comprobar que no lo estaban ya, anotando en su hoja de servicios la nueva situación civil del interesado. RROCC...; tomo XXIX; p. 305.
- (41) HENNESSY: *op. cit.*; p. 221.
- (42) Los generales participantes en esta reunión fueron el Marqués del Duero, el Marqués de La Habana, Turón, Quesada, Marchesi, Barrenechea, Zapatero, Blanco, Mata y Alos, Socías, Gómez Pulido, Izquierdo, Peraita, Valmaseda, Martínez, Plowes, Makenna, Baldrich, Joveller, Orozco, Orive, Moriones, Allende Salazar, Bassols y Lemerte. BERMEJO, I.; *op. cit.*; p. 495.
- (43) BERMEJO, I.; *op. cit.*; p. 407.
- (44) ESPADAS BURGOS: "El Sexenio Revolucionario". *Historia General de España y América*; tomo XVI-2. Madrid, 1981; p. 213.
- (45) *Ibidem*; p. 213.
- (46) Esta práctica no sólo decreció, sino que fue en aumento, lo que dio pie a que Socías llamase la atención a través de una circular de 6 de agosto de 1873, sobre la inexplicable actitud, adoptando una serie de medidas correctoras, las cuales, por cierto, contribuyeron a crispar más los ánimos contra su persona. B.O.C. de 1873; pp. 380-381.
- (47) El hecho se produjo a poco de proclamarse la República y cuatro sargentos en representación de los guardias se personaron esa misma tarde en el domicilio del Presidente del Poder Ejecutivo, Figueras. Los sargentos se quejaron del trato vejatorio recibido de sus jefes, a los que Figueras respondió que sus reclamaciones serían atendidas, siempre y cuando se realizasen por el conducto reglamentario. Acto seguido los guardias se retiraron en orden a sus cuarteles. BERMEJO, I.; *op. cit.*; p. 94. No consideramos como acto de indisciplina la desertión de Preixas ni las demás producidas en el periodo, porque han de verse en su justo contexto. La negativa a secundar la acción de una parte de los oficiales y la mayoría de la tropa a las órdenes de Preixas, fue vista por los republicanos como una demostración de la predisposición de la Guardia Civil a favor de la legalidad. "Hartas

- pruebas —decía el ministro Maitsonnave— tiene dadas este Cuerpo de sus levantados sentimientos y de la severidad del culto que en su seno se presta a los principios del honor militar; hartas pruebas tiene dadas, y si necesario fuera una más aislada, el nunca desmentido patriotismo que le anima. El hecho llevado a cabo hace muy pocos días por el ex-coronel don Cayetano Freixas y Puig, la ofrece este Jefe, que intentó seducir a la fuerza de su mando y arrastrarla al campo carlistas engañada le siguió, pero al conocer los móviles que inspiraban a su coronel, hubo de abandonarle, volviendo a donde su lealtad y sus banderas le mandaban, y desde allí, reclamar del Gobierno un punto de honor y peligro...". Recogida por AGUADO, F., en *Historia de la Guardia Civil*; tomo III; p. 50.
- [48] Expediente sobre el proyecto de Ley presentado por el Ministro de la Gobernación aumentando hasta 30.000 hombres la fuerza de la Guardia Civil. Archivo del Congreso de los Diputados. Legajo 175, Legislativas de 1873.
- [49] Dictamen de la comisión sobre el proyecto de Ley aumentando en 30.000 hombres el contingente de la Guardia Civil. Archivo del Congreso de los Diputados. Legajo 175, Legislativas de 1873.
- [50] Reproducción de la *Gaceta de Madrid*, en las *RROOCC...* de 1873; p. 127.
- [51] BERMEJO, I.; *op. cit.*; p. 495.
- [52] Reglas para llevar a efecto el aumento de la Guardia Civil... A.H.M.; sección 2ª, división 10ª; legajo 191.
- [53] *RROOCC...*; tomo XXIX; p. 210.
- [54] Circular de 11 de septiembre de 1873. *RROOCC...*; tomo XXIX; pp. 279-280.
- [55] B.O.C.; pp. 623-624.
- [56] El Jefe de la Comandancia de Pontevedra había escrito el 10 de noviembre al Director General, exponiéndole el problema apuntado. El Director le contestó con fecha 21 de noviembre de 1873. *RROOCC...*; tomo XXIX; p. 292.
- [57] B.O.C. de 1873; p. 657.
- [58] *RROOCC...*; tomo XXIX; p. 221.
- [59] Pavia dispuso en aquella ocasión de 6 batallones, 200 ingenieros, 100 guardias civiles de caballería y 30 piezas de artillería. Por su parte, los Voluntarios de la República en la capital ascendían a más de 12.000 hombres. MORAYTA, M.; *Historia de España*; Madrid, 1894; p. 264.
- [60] Dias antes de dar la orden de disolver las Cortes, Pavia cenó en casa del Embajador Inglés en Madrid, Layard, y en su presencia y la del representante francés, les manifestó su preocupación por la actitud que podría tomar la Guardia Civil encargada de la vigilancia del Congreso. ESPADAS BURGOS; *op. cit.*; pp. 228-229.
- [61] *El Diario Español*, en su edición del 11 de septiembre de 1873 recoge íntegramente la orden de Hidalgo al Coronel Jefe del 14º Tercio... "teniendo entendido que una fuerza carlista organizada en esta capital trata de reunirse para emprender su campaña en esta provincia, a las tres de la madrugada, siendo el punto designado la carretera que va a Carabanchel, en cuyas ventanillas se dice tener depositadas las armas y pertrechos con algunos caballos, y siendo el número de la fuerza de la guardia en número suficiente, tanto de infantería como de caballería, que deberá concurrir a las tres y media a las afueras de la Puerta de Toledo, donde tendré el gusto de encontrarlos; habiendo dispuesto que la fuerza del 1º Tercio avance a Carabanchel, para obrar en colaboración con la de su mando. - Septiembre, 9-73 - Hidalgo".
- [62] *La Iberia*, en su edición del día 10 de septiembre, recogía este suelto a propósito de la supuesta conspiración carlista... "mientras algunos republicanos dicen que lo de anoche fue el fracaso de un golpe preparado por el Gobernador Civil en favor de los radicales, los carlistas achacan el muerto a los alfonsinos, y el gobernador insiste en que se trataba de una grave conspiración carlista".
- [63] Bárcena Guzmán, J. en su artículo "La Guardia Civil en la 1ª República. El Coronel De la Iglesia, eminencia gris del Golpe de Pavia", en *R.H.G.C.*; 1973 recoge la presencia de De la Iglesia en el domicilio del Duque de la Torre al lado de generales como Topete y Ros de Olano, p. 63.
- [64] *Ibidem*; p. 67.
- [65] D.S.C. de 10 de septiembre de 1873, reproducido por *El Diario Español* en su edición del día 11 de septiembre, bajo el epígrafe "Los sucesos de la noche del 9".
- [66] Este acuerdo no impidió, sin embargo, que los sucesos del 9 de septiembre continuasen coaleando. Fiel a su vocación disidente, el general Socías estaba metido de lleno en todas las intrigas del peor estilo político. Dolido a causa de la exclusión de la Guardia Civil, se dedicó a dirigir acerbas críticas contra el Gobierno, con más o menos fundamento. Esta actitud provocó su nuevo cese en Carabineros, y, en su afán reivindicativo, reavivó la polémica sobre los sucesos del 9 de septiembre, en esta ocasión a través de la prensa. En un artículo suyo aparecido en la edición del 25 de octubre en el *Diario Español*, se quejó con amargura del trato recibido por el Gobierno y arremetió de nuevo contra Maitsonnave y, sobre todo, Hidalgo Caballero, a quien acusó de ser el inspirador de una trama política contra el Ejecutivo, utilizando a la Guardia Civil como herramienta. La respuesta de Hidalgo Caballero, producida en el mismo medio cinco días después, no dejó lugar a dudas sobre cuál había sido la conducta de la Institución en aquella jornada: "... como hombre honrado yo habré de asegurar al país, que en las afueras de la puerta de Toledo sólo había cuando llegó el comunicante —en alusión a Socías—, alguna fuerza del benemérito cuerpo de la Guardia Civil, que como buena, que como leal y distinguida obedecía órdenes de su jefe inmediato en pro y defensa del gobierno de la república. Allí no había conspiradores, allí sólo había disciplina y ley para atender el mantenimiento del orden y exigir respecto debido al gobierno si alguien intentase negárselo. Decir lo contrario sería desconocer los hechos y pretender adulterarlos...". *El Diario Español*, edición de 30 de octubre de 1873.
- [67] *El Diario Español*, de 18 de septiembre de 1873.
- [68] El general Portilla adoptó la postura más inteligente que cabía en aquellos momentos, en especial una vez Pavia puso en marcha el golpe. Se ausentó del teatro de operaciones y simplemente no se dio por enterado de los que se tramaba. Tal es la semejanza que cabe hacer de Portilla a su paso por la Guardia Civil.
- [69] ESPADAS BURGOS; *op. cit.*; p. 229.
- [70] *Ibidem*; p. 229.
- [71] Entre los enlaces que el General Pavia tenía en el hemiciclo figuraban Lorenzo Romero y León y Castillo.
- [72] El General Pavia hizo un extenso relato de todo lo relacionado con su pronunciamiento en la sesión del Congreso de los Diputados del 17 de marzo de 1876, D.S.C.; pp. 476 a 497. Igualmente, el 27 de junio de 1876, Pavia relató su participación en el famoso golpe de Estado que lleva su nombre, en su *Exposición a Su Majestad el Rey, previa la venta del Ministro de la Guerra, pidiendo el juicio contradictorio para optar a la Cruz de la Orden de San Fernando*.
- [73] D.S.C. de 2 de enero de 1873; p. 2519.
- [74] Otro relato interesante y bastante fidedigno sobre aquella histórica jornada lo realizó PÉREZ GALDÓS, B., en su obra *De Cartago a Sagunto*, dentro de la colección *Epsodios Nacionales*.
- [75] ESPADAS BURGOS; *op. cit.*; p. 230.
- [76] PAYNE, S.G.; *Ejército y Sociedad en la España Liberal, 1808-1938*, Madrid, 1976; p. 88.
- [77] BERMEJO, I.; *op. cit.*; p. 908.
- [78] Interpelación de Castelar por alusiones al discurso de Pavia en su intervención de 17 de marzo de 1873, realizada en el Congreso de los Diputados. D.S.C.; p. 485. Carmen LLORCA en su obra *Castelar*, señala el arrepentimiento que arrastró Castelar durante toda su vida por haber hecho caso omiso a las recomendaciones de Pavia a fin de que aceptase una solución de fuerza encaminada a salvar la República; Madrid, 1986; p. 211.
- [79] La Junta de Notables que asistieron a la llamada de Pavia en las Cortes fueron: el General Serrano, los generales Gutiérrez de la Concha (Marqués del Duero y Marqués de La Habana), Cristino Martos, Nicolás María Rivero, Sagasta, Manuel Becerra, Elduayen, Cánovas, Topete, General Berenguer y Montero Ríos. Castelar declinó la invitación de Pavia.
- [80] El resto de su carrera militar la ejerció como Director de la Academia de Infantería, Gobierno Militar de su provincia natal y, finalmente, en Filipinas. De la Iglesia Tompey falleció en 1985, pero la bibliografía de la Guardia Civil atestigua la veneración y el grato recuerdo que sentían en el Cuerpo por su persona.

