

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

ANDRES MARTINEZ ARRIETA

Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo.

PREVARICACION

Artículo 446.

El artículo comentado es el primero en los que el Código tipifica la denominada prevaricación judicial. Contempla en un único tipo penal las cuatro modalidades de prevaricación que, con anterioridad, se recogían en el anterior Código en sus artículos 351 y siguientes.

El bien jurídico protegido por el tipo penal es el buen funcionamiento de la Administración de Justicia razón que ha hecho trasladar la ubicación del tipo desde los delitos de los funcionarios públicos a los delitos contra la Administración de Justicia. Este bien jurídico pluripersonal no es óbice a la existencia de un concreto perjudicado, el destinatario, o destinatarios, de la sentencia injusta.

El tipo penal contiene en su redacción varios elementos normativos, cuyo contenido es preciso indagar en otros ordenamientos, particularmente procesales, que nos permitirá conocer su contenido.

Es un delito de mera actividad cuya acción nuclear consiste en "dictar sentencia o resolución injusta".

La nueva redacción típica, además de aglutinar en un artículo lo que antes se contenía en varios preceptos, señala que la acción típica "dictar" puede realizarse tanto en sentencias como en otras resoluciones siempre que sean "injustas". A efectos de penalidad distingue entre aquellas que lo fueren en contra del reo o cuando no lo fueren, por delito o por falta, y si se hubiera ejecutado o no.

En los restantes preceptos, reguladores de la prevaricación judicial, se contempla la comisión culposa del tipo "por grave imprudencia o ignorancia inexcusable"; la negativa a juzgar, negativa a dictar sentencia o resolución judicial; y como figura nueva, el retardo malicioso en la Administración de Justicia.

Desde consideraciones de política criminal, la necesidad del tipo penal es obvia, tanto para ordenar la actuación jurisdiccional como para limitar la desviación en el funcionamiento de este poder del Estado. Ahora bien, el tipo es de muy difícil comisión dados los presupuestos de la actuación judicial que se mueve en términos de apreciación conjunta de la prueba. Además, las leyes de enjuiciamiento señalan mecanismos de impugnación de las resoluciones judiciales. Por último, la interpretación del ordenamiento jurídico no es, ni debe ser, uniforme y está sujeta a continuos cambios jurisprudenciales o interpretativos que permitan escudar las posibles "injusticias" de las resoluciones judiciales. Los límites del carácter "justo o injusto" de una resolución descansa, muchas veces, en la racionalidad de la interpretación y ésta se expresa a través de la motivación de la resolución sujeta a errores y, como se ha dicho, a correcciones realizadas por los órganos judiciales superiores en la estructura orgánica judicial.

El delito de prevaricación judicial es un delito de comisión activa, a excepción del supuesto del artículo 448, y de mera actividad, que se consuma al tiempo de dictar la sentencia o resolución injusta.

En orden a la autoría, el precepto contiene un elemento especial de autoría, es decir, sólo puede ser cometido por los Jueces. En su concepto se integran tanto los titulares de órganos unipersonales, Jueces o Magistrados, como los que pertenecen a un órgano colegiado si bien, en este último supuesto, podrán salvar su responsabilidad criminal mediante el voto particular que manifieste su disensión a la resolución injusta mayoritariamente aprobada.

Jueces son los nombrados por el Consejo General del Poder Judicial entre quienes se incluye tanto los Jueces pertenecientes a la carrera judicial como los denominados de pro-

visión temporal quienes, que transitoriamente, ejercen funciones judiciales, y los Jueces de Paz en los términos prevenidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Sujeto pasivo es la colectividad como vimos al definir el bien jurídico protegido, sin perjuicio de la consideración de perjudicado al destinatario, o destinatarios, de la resolución injusta.

La acción típica descansa en el verbo "dictar" que se presenta como verbo nuclear del tipo penal. Como delito de mera actividad el delito se consuma por el hecho de firmar la sentencia o resolución o de votar la resolución judicial en los órganos colegiados. A partir de ese momento a la resolución ya dictada, se publica y notifica a las partes y se procede a su ejecución.

El tipo penal prevé que la decisión judicial revista la fórmula de sentencia o de cualquier otra resolución judicial. El concepto de Sentencia y de las resoluciones judiciales nos viene dado por el artículo 245 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 141 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, providencias, cuando se trata de resoluciones de mera tramitación del procedimiento; Autos, cuando decidan incidentes o puntos esenciales que afectan de manera directa a los procesados, acusadores particulares u actores civiles, cuando deciden la competencia del Juzgado o Tribunal, la procedencia o improcedencia de la recusación, la reposición de alguna providencia, la denegación de la reposición, prisión o soltura, la admisión o denegación de la prueba o del beneficio de pobreza, y finalmente los demás que según las leyes deben fundarse; y Sentencias, cuando decidan definitivamente la cuestión criminal.

Mayor dificultad plantea comentar el elemento "injusta" que aparece en el tipo penal. La jurisprudencia ha interpretado este concepto requiriendo que la injusticia sea evidente "sin dar lugar a posibles dudas o interpretaciones" STS 22.11.1901; debe ir, referido a la ausencia de "requisitos formales indispensables o a su propio contenido sustancial" (STS 25.4.88); "que suponga un ataque a la legalidad y una contradicción con el ordenamiento jurídico" (art. 9.1 CE) STS. 3.2.92; "El con-

cepto de resolución injusta queda limitado a aquellas infracciones que de un modo flagrante y clamoroso desbordan la legalidad vigente... tiene que existir una certeza o convencimiento común sobre la ilegalidad cometida" STS 16.5.92.

Estos pronunciamientos jurisprudenciales parecen referir el término analizado a la contradicción de la resolución con el ordenamiento jurídico resultante de una aplicación torcida del derecho en la que, pese a la apariencia formal de observancia, no se aplica la ley.

El tipo exige en los dos primeros apartados que la sentencia o resolución injusta, además sea contraria al reo. Este elemento no ha de ser entendido, exclusivamente, como sentencia condenatoria, sino que cualquier sentencia o resolución, en principio no contraria al reo, pueden imponer unas consecuencias penales o una situación mas gravosa que la que resultare de una correcta aplicación del derecho.

En orden al tipo subjetivo, el delito que comentamos es doloso y además el Código exige que la acción sea realizada "a sabiendas", lo que doctrinalmente ha sido entendido como exclusión de otras formas de dolo distintas al dolo directo, es decir, exige la realización del delito con conciencia y voluntad de su realización, excluyendo el dolo eventual entendido bajo la órbita de la probabilidad de su realización. Para la jurisprudencia este requisito supone el conocimiento y la voluntad de transgredir el ordenamiento jurídico (STS 3.11.92). Se requiere una clara conciencia de la ilegalidad y arbitrariedad (STS. 26.2.92).

Por lo que se refiere a la penalidad el Código distingue los siguientes supuestos:

a) Sentencia injusta en causa criminal contra el reo por delito que llegue a ejecutarse: prisión de tres a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

b) Sentencia injusta en causa criminal contra el reo por delito sin llegar a ejecutarse: prisión de uno a cuatro años.

En ambos casos inhabilitación absoluta de 10 a 20 años. El término "se hubiera ejecutado" que determina una distinta penalidad no requiere, a mi juicio, una completa ejecución

del fallo de la sentencia, sino que hubiera dado comienzo a la misma con la incoación de la Ejecutoria lo que puede suponer su traslado a otros órganos judiciales, como Jueces de Ejecutorias o de Vigilancia penitenciaria o a órganos especializados en su tramitación, oficinas comunes de ejecutorias donde exista varios órganos judiciales, y que suponga la pérdida de competencia para la tramitación de la resolución o sentencia por el Juez que actuó conforme a la descripción típica.

c) Sentencia injusta contra el reo en juicio de faltas: multa de 6 a 12 meses e inhabilitación especial para el empleo o cargo público de 6 a 10 años.

El juicio de faltas es el procedimiento seguido para el enjuiciamiento de las faltas contenidas en el libro III del Código penal o las contenidas en leyes especiales.

d) Cualquier otra sentencia o resolución injusta: multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de 10 a 20 años.

Para este supuesto la sentencia o resolución puede recaer en un proceso distinto al penal, o incluso en éste cuando la resolución no sea contraria al reo, es decir, cuando la injusticia de la resolución suponga mejorar las consecuencias legales declaradas en la resolución y que sean distintas y mas beneficiosas que las resultantes de una aplicación "no injusta" de la ley.

En otro orden de cosas ha de señalarse que el delito que estudiamos puede concurrir realmente con otras figuras delictivas, como la detención ilegal o con el cohecho, toda vez que, para el último delito, el artículo 419 previene la posibilidad del concurso real.

La participación de extraños al Juez en el delito ha sido resuelta en la moderna jurisprudencia dictada en los delitos de funcionarios públicos en el sentido de admitir, pese a la consideración de delito especial propio, es decir, los que no tienen una correspondencia con un delito común, la participación como autor por cooperación necesaria del "extrañus" si bien con una atenuación de la responsabilidad criminal por la condición de Juez que exige el tipo penal. Similar solución aparece recogida en el artículo 429 del Código

penal para los particulares que realizan conductas enmarcadas en los delitos de los funcionarios públicos.

Artículo 447.

Este tipo penal tipifica la comisión culposa de la prevaricación judicial en términos tales que tan sólo cabe la imprudencia temeraria pues ésta debe ser "grave o por ignorancia inexcusables". Se corresponde con el artículo 355.

Nos remitimos a lo comentado en el artículo 446 en lo referente a la autoría y a aquellos elementos del tipo que se repiten en este.

Destaca en la descripción típica del delito que la injusticia de la sentencia o resolución debe ser "manifiesta". Con ello se trata de restringir el ámbito de aplicación a aquellas resoluciones en las que la contradicción al derecho y al ordenamiento jurídico sea clara, patente y que suponga un manifiesto y absoluto desconocimiento del ordenamiento jurídico, de tal manera que la errónea aplicación del mismo no pueda verse amparada en las posibilidades de interpretación de la norma.

Como delito imprudente el baremo que nos permitirá medir el grado de la imprudencia y de la ignorancia, para alcanzar la categoría típica de grave y de inexcusable, es el del Juez con una preparación media que situado desde esa posición pudiera calibrar el contenido de la resolución y afirmar su carácter de "manifiestamente injusta".

El contenido esencial del delito radica en la resolución que debe ser manifiestamente injusta y no tanto en la imprudencia grave o ignorancia inexcusable, términos que no suponen más que una repetición del contenido de la imprudencia, pues si esa resolución "manifiestamente injusta" no se dicta bajo esos presupuestos nos encontramos con la prevaricación dolosa del artículo 446 del Código penal.

Artículo 448.

Este artículo, junto al siguiente, se corresponden al anterior contenido en el artículo 359.

El bien jurídico protegido, como veíamos al iniciar el comentario de este Capítulo, es el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia.

Este precepto debe ser puesto en relación con el artículo 1.7 del Código civil: "Los Jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolución en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecidas".

Este tipo penal aparece como una de las protecciones al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, cuyo contenido esencial podremos encontrarlo en la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional (SSTC 14.2.89; 3.6.91) y se corresponde con la obligación de los Jueces y tribunales de resolver los conflictos que le son planteados en los procedimientos.

El Juez tiene la obligación constitucional de dar al interés deducido por una parte una respuesta en Derecho y la tramitación de la pretensión a través del procedimiento legalmente previsto.

El tipo penal contiene una manifestación de esa obligación e impone la sanción derivada a su incumplimiento.

El verbo nuclear del comportamiento típico consiste en negarse a juzgar. Se ha planteado si la modalidad de la conducta es activa u omisiva. De entenderlo activa, había que circunscribir la conducta a un acto expreso de denegación de justicia. Si, por el contrario, se entiende que la conducta es omisiva, la acción sería equiparable a la del artículo siguiente, el retardo malicioso en la Administración de Justicia.

La separación de los dos tipos ha desvanecido, a mi juicio, la discusión. El tipo penal del artículo que se comenta es de comisión activa y requiere, por lo tanto, la actuación positiva consistente en negarse a juzgar.

En el tipo se contiene un elemento, "sin alegar causa legal" que permite la exclusión de la tipicidad cuando la ley permita al Juez no dictar la resolución judicial, se entiende en el momento procesal oportuno o por mediar una causa de abstención o recusación, lo que no

deja de ser una repetición, entiendo, innecesaria.

La negativa a juzgar debe producirse "so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley". La exigencia en estas excusas fundamenta que el tipo penal sea tenido por delito de comisión activa en cuanto la negativa o juzgar —verbo nuclear del tipo— debe ser expresa, alegando cualquiera de las tres excusas previstas, pues si la negativa a juzgar no responde a un pretexto como los señalados la conducta se subsume en el artículo 449 del Código penal.

El tipo subjetivo solo admite la comisión dolosa.

Artículo 449.

El tipo penal se articula en dos párrafos. El primero, el retardo malicioso o imputable al Juez o Secretario judicial. En el segundo, cuando el retardo malicioso sea imputable a cualquier otro funcionario.

La conducta típica es complemento del artículo anterior. Si el artículo 448 la acción consistía en negarse a juzgar, en este artículo, la negación de justicia se produce por un retardo malicioso.

El Código da una definición legal de la que debe entenderse por retardo malicioso, lo que permite entender mejor el tipo. En la redacción anterior, ante la falta de una definición legal de retardo malicioso, hizo que se entendiera ese concepto referido a dilaciones indebidas y entender que el tipo se aplicaría a aquellos supuestos en los que las dilaciones no sólo fueran indebidas sino que excedieran de ese concepto.

La definición legal de retardo malicioso entiende por tal "el provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima" lo que permite señalar que el retardo tiene que ser el medio del que el Juez se vale para conseguir una finalidad ilegítima.

En el tipo subjetivo destaca que el retardo debe ser malicioso, esto es, a conciencia y dirigido a una finalidad ilegítima. Esta concepción del tipo subjetivo permite distinguir la mera responsabilidad disciplinaria del ilícito penal y esta última cuando el retardo en la

administración de justicia sea malicioso por la finalidad ilegítima perseguida por el Juez o Secretario judicial.

La jurisprudencia, en la anterior redacción del tipo penal, entendió que el término malicioso debía ser interpretado como sinónimo de actuación a conciencia de proceder mal. (STS 15.3.91).

En el segundo párrafo se sanciona la conducta de cualquier otro funcionario "distinto de los mencionados en el artículo anterior". A mi juicio, ese cualquier otro funcionario de la administración de justicia que con su actuación provoque el retraso malicioso en la misma ha de realizarlo con la misma finalidad ilegítima que se señala para el Juez o tribunales.

LA OMISION DE LOS DEBERES DE IMPEDIR DELITOS O DE PROMOVER LA PERSECUCION

Artículo 450.

El tipo penal de la omisión de impedir un delito tiene dos conductas que se corresponden con los dos párrafos del artículo, la omisión del deber de impedir delitos y la omisión de su denuncia para impedirlo.

Estos tipos penales tienen un difícil acomodo entre los delitos contra la administración de justicia sino fuera porque lo que el precepto sanciona es no impedir los hechos delictivos que se relacionan en el artículo como manifestación de una legítima defensa de personas que autoriza el ordenamiento jurídico. El bien jurídico protegido es la solidaridad humana que obliga a actuar en favor de la persona cuyos bienes jurídicos relacionados en el artículo están en peligro.

La conducta típica del primer párrafo consiste en abstenerse de actuar impidiendo la comisión de un delito que afecta a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual.

Se trata de un delito de omisión propia al no actuar los deberes de solidaridad que manda la norma.

La actuación positiva, la que impide la comisión de un delito, ha de ser posible, esto

es que no exista impedimentos naturales, físicos o psíquicos que imposibilitan la acción en defensa de la persona.

El término "sin riesgo propio o ajeno" que emplea el tipo es un elemento negativo del tipo que hace atípica la conducta de quien no impide, pudiendo hacerlo, un hecho delictivo previsto en el tipo cuando su actuación pueda poner en peligro sus propios bienes jurídicos o los de un tercero. El problema surge a la hora de determinar el alcance y significado de la lesión a un bien propio o ajeno que cumple el requisito previsto en este elemento negativo del tipo.

Por otra parte, el término riesgo ha de ir referido a un bien jurídico protegido por el Código penal y, entre ellos, aquellos que se refieren a bienes jurídicos de naturaleza personal respecto a los que surge el deber jurídico de obrar conminado con una pena, la vida, la integridad o salud y la libertad.

El tercer requisito "la intervención inmediata" va referido a una intervención que pueda impedir el ataque a los bienes jurídicos, bien con un actuar positivo que impida la agresión o la causación de la lesión al bien jurídico, o bien, como señala el segundo párrafo del delito, mediante su denuncia a la policía o a quien pueda evitar la realización del hecho delictivo.

Por último el término delito que contiene, el artículo ha de ser entendido como conducta antijurídica sin incluir en su entendimiento la existencia de causas de inculpabilidad, por lo que el deber de impedir surge respecto a inimputables.

El segundo párrafo del artículo ha clarificado las dudas que el anterior suscitaba. En el nuevo Código la actuación que manda la norma es un comportamiento dirigido a impedir hechos delictivos. Si en el primer párrafo el actuar que mandaba la norma consistía directamente en impedir la causación de un delito contra la vida, la integridad física o la libertad, en el segundo párrafo se manda impedir, en este caso indirectamente, la comisión de un delito contra los mismos bienes jurídicos mediante su denuncia a la autoridad o sus agentes. Esa denuncia debe ir referida a que ésta pueda impedir la causación del delito. De tal forma que la mera omisión de la denuncia

que no pueda impedir un hecho delictivo es atípica.

La anterior tipificación del delito hizo que parte de la doctrina entendiera que lo castigado era el incumplimiento del deber de denunciar hechos delictivos como manifestación penada del deber de denunciar que previene el artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por tanto, sólo la omisión de la denuncia a la autoridad o sus agentes, respecto a hechos delictivos que se contempla en el artículo, cuando pueda ser eficaz a impedir el delito es lo contemplado en el precepto como merecedor de reproche penal.

La frase "pudiendo hacerlo" incorpora los requisitos de posibilidad y ausencia de riesgo propio o ajeno previsto en el primer párrafo. Además ha de incluirse aquellos supuestos de inexigencia del deber de denunciar previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 260 y siguientes).

El delito analizado es un delito que participa de la naturaleza de los delitos de omisión propia, por lo tanto, de mera actividad y no admite formas imperfectas de ejecución.

El delito puede concurrir con otras figuras típicas, particularmente con el encubrimiento, que será resuelto a través de las reglas generales del concurso de leyes del artículo 8 del Código penal.

La nota diferenciadora entre este artículo y la causación del hecho delictivo por omisión radicará en la posición de garante (art. 11 Cp) que debe ocupar el sujeto activo para entender que la omisión equivale a la acción en los delitos consistentes en la no evitación de un resultado de manera que quien no impida la producción de un resultado, será responsable de su causación si se encontraba a alguna de las posiciones de garante previstas en el artículo 11 del Código penal.

ENCUBRIMIENTO

Artículo 451.

El Código, por fin, supera la anterior concepción del encubrimiento como forma de participación delictiva y lo configura como

delito autónomo contra la administración de justicia aunque referido a la comisión de un delito anterior sobre el que el encubridor realiza una conducta posterior destinada a continuar un hecho delictivo ya perpetrado, permitiendo que los autores del mismo se aprovechen del hecho delictivo cometido (párrafo 1º); o a realizar actos de favorecimiento real sobre los efectos del delito (párrafo 2º); o actos de favorecimiento personal, en el párrafo 3º.

La conducta encubridora puede ser entendida como el acto realizado por una persona que sin tener participación en un hecho delictivo y cuya comisión conoce, realiza una acción que favorece al, o los, responsables del mismo, bien auxiliándole para que se aproveche de los efectos del delito, bien desarrollando una actividad de ocultamiento de los instrumentos, efectos, etc., del delito, bien ayudando a los responsables del delito a eludir la acción de la justicia.

El encubrimiento según el diccionario de la Academia supone la acción de tapar u ocultar alguna cosa y es sinónimo de camuflar, desfigurar, disimular, enmascarar, esconder, y otras acepciones que indican la acción de hacer desaparecer el hecho delictivo impidiendo, en consecuencia, su descubrimiento.

El cambio en el encubrimiento era solicitado, incluso, por la Jurisprudencia (STS 8.2.91) que reclamaba la autonomía del encubrimiento. La doctrina era igualmente unánime en la consideración del encubrimiento como delito autónomo contra la administración de justicia pues la acción típica, en la conducta descrita en el tipo, constituye una agresión al bien jurídico que representa la administración de justicia a la que se impide realizar su función.

Requisitos comunes de las figuras encubridoras son:

a) Perpetración de un delito: El Código sustituye el anterior "hecho punible" por el actual "delito" por lo que se vuelve a la redacción anterior a 1944. El motivo de recuperar el término delito es el de excluir la comisión del encubrimiento en las faltas.

El término "delito" debe ser entendido como "acción conminada con pena" (Rodríguez

Mourullo) lo que no presupone la culpabilidad del autor del hecho ni la concreta punibilidad.

Se ha dicho que el encubrimiento se relaciona con el delito principal en accesoriadad limitada. Esta construcción, propia de la consideración del encubrimiento como forma de participación, explica la relación que debe existir entre ambas figuras delictivas, ahora autónomas. La referencia al delito principal debe ser entendida como hecho antijurídico, sin que se exija que el autor del delito principal sea culpable o esté exento de pena (artículo 453).

b) Conocimiento de la perpetración del delito. El encubrimiento es un delito doloso y supone el conocimiento de los elementos del tipo y la voluntad de su realización. El conocimiento del encubridor debe abarcar al delito concreto realizado sin que el mismo abarque la calificación jurídica del delito anterior o su perfección delictiva.

Ahora bien ese conocimiento exigido no requiera en el encubridor un dolo directo, sino que basta que a través del dolo eventual conozca su realización, representándose como probable la existencia de un delito concreto realizado por una tercera persona y sobre la que el encubridor decide auxiliar a los responsables para que se beneficien de sus efectos, o realice actos de favorecimiento real o personal.

El momento del conocimiento debe ser anterior a la realización de la conducta encubridora. La realización de conductas encubridoras con conocimiento tardío o posterior de la participación del delito hace que la conducta sea atípica, pues tampoco podría incluirse en el delito de omisión del deber de impedir delito o de provocar su persecución (art. 450) pues, como vimos, la acción omisiva típica es la referida a impedir el hecho delictivo y el encubridor actúa con posterioridad a su perpetración.

Este requisito exige, por lo tanto, el conocimiento de la perpetración del delito anterior y, desde ese conocimiento, la realización de alguna de las conductas encubridoras.

c) Intervención posterior a la perpetración del delito. El encubridor interviene cuando el delito ya ha sido cometido y su acción apare-

ce desconectada de la responsabilidad en la que incurren los responsables del mismo. Si la acción encubridora ha sido comprometida con anterioridad a la perpetración del delito nos encontraríamos en presencia de un partícipe del delito, digamos, principal.

d) No haber intervenido en el delito ni como autor ni como cómplice. Con este cuarto elemento se completan los presupuestos del delito de encubrimiento y refuerza el carácter subsidiario de este delito, referenciado a otro anterior.

Con este presupuesto se sanciona la impunidad del autoencubrimiento, es decir, la conducta del autor o cómplice de un delito que realiza con posterioridad a su comisión hechos constitutivos de encubrimiento con la excepción, claro está, de si esos actos posteriores constituyen otras figuras delictivas.

e) Los elementos subjetivos del injusto en cada una de las conductas encubridoras. Cada una de las conductas encubridoras a que se refieren los tres párrafos que subsiguen a la exposición de los elementos comunes va precedida de las preposiciones "a" o "para" que evidencian la presencia de un elemento subjetivo del injusto indicativo de una finalidad específica del encubridor: "para que se beneficien de..." (párrafo 1º, auxilio); "para impedir su descubrimiento (párrafo 2º, favorecimiento real); "a eludir la investigación" (párrafo 3º, favorecimiento personal).

Si el presupuesto relativo al conocimiento previo del delito refuerza el elemento cognitivo del delito, la finalidad específica de la acción encubridora, refuerza o señala el elemento volitivo del delito de encubrimiento.

Las preposiciones "para" indican esa finalidad derivada de un estadio anterior en el que se conoce los presupuestos del encubrimiento y transforma en delictiva la conducta de quien, con posterioridad a la realización de un hecho delictivo realiza alguna de las conductas que se expresa en los tres números.

La jurisprudencia de la Sala II, STS 13.2.63, señala la existencia de este elemento finalista de la acción encubridora de forma que convierte en atípica la conducta de quien no realiza la acción con las finalidades espe-

cíficas previstas en las conductas encubridoras.

Conductas encubridoras.

1. Auxilio (párrafo primero). Ha sido llamado también, por Conde Pumpido y tomado por la jurisprudencia, acción de complemento y consiste en desarrollar una conducta dirigida a auxiliar a los responsables del delito para que se beneficien o aprovechen los efectos del delito, su "provecho, producto o precio", permitiendo el agotamiento del delito, es decir, el camino que va desde la consumación del acto hasta la obtención de los beneficios que del mismo se derivan.

El delito autónomo de encubrimiento, en su modalidad de auxilio, presenta como elemento típico la ausencia de "ánimo de lucro" elemento que lo diferencia del delito contra el patrimonio de receptación. En éste, el receptor realiza su conducta para su provecho propio, con ánimo de lucro, mientras que el encubridor complementa la acción de los responsables del delito anterior en beneficio de ellos y lesionando a la administración de justicia que se ve impedida de actuar.

De las tres figuras encubridoras ésta es la que guarda una mayor referencia con el delito anterior y, de alguna manera, el encubridor vuelve a lesionar el bien jurídico del delito anterior al complementar la acción de los responsables del mismo.

La conducta encubridora del auxilio sólo puede concurrir con relación a aquellas figuras delictivas en los que el resultado obtenido sea susceptible de producir algún "provecho, producto o precio" y la acción consiste en auxiliar a los responsables del delito antecedente para aprovechar lo obtenido en la acción delictiva, aunque no debe ser entendido en su acepción exclusiva económica, pues cabe otros aprovechamientos, de disfrute o goce, del que se beneficie el anterior responsable. El auxilio del encubridor debe recaer sobre los productos, provechos o precio, es decir, sobre cualquier cosa, o sus transformaciones posteriores, capaz de proporcionar una utilidad o de satisfacer una necesidad.

2. Actos de favorecimiento real -Párrafo

2º-. La conducta típica consiste en ocultar, alterar o inutilizar el cuerpo, efectos o instrumentos del delito, para impedir su descubrimiento.

La acción encubridora ya no guarda relación alguna con el delito anterior, sino que lesiona directamente la administración de justicia que se ve impedida de realizar sus funciones de averiguar hechos delictivos y descubrirlos.

La conducta consiste en ocultar, alterar o inutilizar y debe estar presidida por la finalidad específica del impedir el descubrimiento del delito.

El objeto sobre el que recae la acción encubridora son el cuerpo, efectos o instrumentos del delito que se oculta o inutiliza. Además el Código de 1995 introduce una conducta nueva, la de alterar que debe ir referida a cualquier modificación con la finalidad del impedir el descubrimiento del delito.

3. Favorecimiento personal. Esta modalidad encubridora ha tenido tradicionalmente un trato favorable, quizás por la idea de que el favorecedor actúa por razones de solidaridad.

La acción encubridora debe ir dirigida a la finalidad específica a evitar la localización del culpable.

El tipo penal señala la punición de la conducta cuando el hecho encubierto sea constitutivo de algunos de los delitos que relacionan, todos de extrema gravedad. Entre ellos destaca el homicidio que ha de ir referido no sólo al artículo 138 del Código penal, sino también al asesinato, artículo 139, como forma del homicidio.

También es típica la conducta encubridora si es realizada con abuso de funciones públicas, y en este supuesto la conducta va referida a todos los delitos. El ejercicio de funciones públicas supone la prestación de servicios por el Estado. El fundamento de esta punición radica en la lesión que, además, se produce al Estado por quien desempeña una de sus funciones.

Artículo 452.

Este artículo contiene una limitación a la penalidad para que, en ningún caso, la pena

señalada al encubrimiento pueda superar la señalada al delito "encubierto". En este supuesto el artículo preve, incluso, la sustitución de la pena por la multa.

Este precepto destaca el carácter referencial del delito de encubrimiento.

Artículo 453.

Este precepto, como vimos al comentar el artículo 451, nos permite definir el término "delito" sobre el que se desarrolla la conducta encubridora. De los elementos del delito: acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y penalidad, se señala que procederá el encubrimiento aunque el responsable del delito encubierto no sea responsable o esté exento de pena. Por ello el delito anterior debe ser entendido, como se señaló, como acción conminada con pena.

Artículo 454.

El artículo comentado contiene una excusa a la penalidad de aquellas personas que ligadas por especiales lazos de familiaridad o de afectividad realicen las conductas encubridoras de los números 2 y 3, es decir, actos de favorecimiento real o personal.

El fundamento de la excusa se encuentra en la cesión del Estado en la actuación del "ius puniendi" ante determinadas situaciones familiares y afectivas a las que no las es exigible una conducta conforme a la norma.

REALIZACION ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO

Artículo 455.

El delito de realización arbitraria del propio derecho es también llamado de utilización de vías de hecho violentas para tomarse la justicia por su mano. Es un delito pluriofensivo pues protege al bien jurídico de Administración de justicia y al sujeto pasivo quien se ve compelido a la disposición de un derecho propio por unos medios violentos.

El delito analizado presupone una relación obligacional entre acreedor y deudor, sujeto

activo y pasivo, respectivamente del delito. La relación obligacional debe generar una deuda cierta y exigible. Analicemos cada elemento.

Sujeto activo es el acreedor, aunque también pueda serlo, como señala la STS 14.11.84, "quien actúa en su nombre". En otras Sentencias (STS 15.3.88) se afirma, por el contrario, que "esta clase de delitos solo puede tener la condición de autor idóneo quien ostente la condición de acreedor" por lo que el tercero "no puede reputarse autor directo pero sí participe con participación enmarcable en el supuesto que contempla el artículo 14.3 —autoría por cooperación necesaria— del Código penal".

El sujeto pasivo es el deudor que es parte en la relación obligacional.

Acción. Consiste en realizar el propio derecho mediante violencia, intimidación o fuerza en las cosas. La conducta típica puede ser activa y omisiva. La anterior redacción del tipo sólo admitía la comisión activa pues requería que el apoderamiento de un objeto del deudor tenía que ser mediante violencia o intimidación. La nueva descripción típica prescinde del apoderamiento y emplea la frase realización arbitraria del derecho la cual tanto puede cometerse de forma activa —sustraer— como pasiva, reteniendo, siempre que esa retención se realice empleando violencia, intimidación o fuerza en las cosas, con el contenido propio de este último supuesto que se analiza en el delito de robo (art. 238).

La jurisprudencia admite, incluso con la anterior redacción, la posibilidad de comisión omisiva del tipo.

Las vías de hecho que deben mediar en la comisión del delito han sido ampliadas introduciendo junto a la violencia e intimidación, la fuerza en las cosas.

La definición de estas vías de hecho se podrá analizar en el delito de robo.

El objeto material del delito ha variado en la nueva redacción del tipo. En la anterior se exigía que la conducta recayera sobre una cosa mueble, objeto susceptible de apoderamiento. Ahora no se concreta el objeto del delito y tan sólo se indica que la conducta debe ir referida a la realización del propio derecho. No se

plantea problema alguno, como lo planteaba la anterior redacción, si la cosa apoderada debía ser la misma objeto de la deuda. En la nueva redacción puede ser objeto del delito cualquier cosa o derecho.

En el tipo subjetivo destaca un elemento subjetivo del injusto consistente en la finalidad de la acción "para realizar un derecho propio" elemento que guía la conducta del acreedor. Este elemento permite distinguir este delito del de robo, como lo ha entendido la jurisprudencia (SSTS 21.3.91; 3.2.81; 26.2.82).

LA ACUSACION Y DENUNCIA FALSA Y LA SIMULACION DE DELITOS

Artículo 456.1.

Este tipo penal se corresponde con el artículo 325 del anterior Código penal. La divergencia fundamental, al igual que vimos en el delito de calumnias, radica en la modificación del contenido de la imputación que antes debía ser falsa, es decir con conocimiento de la falsedad de la imputación realizada, y ahora se amplía para incluir además del conocimiento de la falsedad, y como alternativa, el "temerario desprecio a la verdad".

El bien jurídico protegido es doble: de una parte la administración de justicia que actúa en virtud de una denuncia falsa, y el honor de las personas a las que se les imputa un hecho falso ante quienes tienen obligación de perseguirlo.

Elementos de este delito son los siguientes:

Tipo objetivo: 1) La atribución a una persona concreta la comisión de una infracción penal. Esta imputación ha de ser de hechos no realizados o de hechos realizados a una persona que no los ha cometido o no ha tenido responsabilidad en ellas.

2) Que tales hechos, de ser ciertos, constituyen una infracción penal. El término infracción engloba tanto la imputación de un delito como de una falta.

3) Que la imputación se realice en forma y con afirmación positiva de su existencia, no de mera sospecha o posibilidad.

4) La imputación ha de ser realizada ante un funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación.

La acusación o denuncia falsa exige que la denuncia reúna los requisitos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 265 y siguientes, por escrito o de palabra y, en este último supuesto, formulándola, con identificación del denunciante. La imputación ha de ser concreta y contra persona determinada.

Esta denuncia es lo que obliga, al Juez, confirma el artículo 269, a proceder en averiguación del hecho delictivo (SSTS 24.9.87, 19.9.90, 24.9.92).

Tipo subjetivo: a) Se requiere que los hechos imputados sean falsos y lo pueden ser porque el autor conozca la falsedad de la imputación o porque actúe con temerario desprecio a la verdad. Este último término ha sido introducido en la nueva redacción típica para ampliar el elemento cognitivo del dolo en lo atinente al conocimiento de la falsedad que podrá referirse no sólo al conocimiento por el autor, sino también al temerario desprecio a la verdad.

b) Que el sujeto además de conocer la falsedad, en los términos que hemos visto, no obstante realice la imputación falsa del hecho. En tanto que el primer elemento del tipo subjetivo, antes analizado, refería el contenido del conocimiento, este segundo, refiere el elemento volitivo, en la actuación del sujeto.

Además el tipo penal exige un tercer elemento, que la jurisprudencia ha llamado formal, referido a una condición de procedibilidad en virtud de la que no podrá procederse contra el denunciante o acusador sino tras sentencia firme, sobreseimiento o archivo del Juez o Tribunal que haya conocido de la infracción imputada. Los Jueces y Tribunales podrán proceder de oficio cuando de la causa principal resultan indicios bastantes de la falsedad de la imputación.

La nueva redacción de esta condición de procedibilidad es fruto de la interpretación que el Tribunal Constitucional realizó sobre ella. Las SSTC 6.5.83 y 21.5.84 señalaron que, frente al anterior texto legal y la interpretación

de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, el sobreseimiento de las diligencias no debía ser libre, sino que podría acordarse de forma provisional y que no era necesaria que el Juez o tribunal que hubiere dictado el archivo o la sentencia absolutoria acordara o autorizara proceder por delito de falso testimonio.

En aplicación de esta doctrina el Tribunal Supremo ha declarado que la condición de procedibilidad sólo se refiere al archivo, libre o provisional, de las diligencias incoadas por denuncia falsa (Vid. STS. 18.6.88).

Por otra parte, el tipo penal es de las denominadas de mera actividad y no admite formas imperfectas de ejecución, bastando para su realización la interposición de la denuncia ante el funcionario, judicial o administrativo, que tenga obligación de proceder en virtud de la denuncia.

Autor del hecho delictivo es quien realiza la conducta típica, y la realiza tanto la persona que así actúa como el abogado que redacta la denuncia, aunque no la firme.

La penalidad prevista en el tipo varía en función de la naturaleza de la infracción imputada, grave, menos grave o falta.

Artículo 457.

Este artículo tipifica la conducta de quien simula haber sido responsable o víctima de un delito o denunciare una inexistente, provocando actuaciones procesales. Se corresponde al anterior 338 del Código penal.

Este tipo penal es de muy escasa comisión, o al menos, no suele llegar a los tribunales por cuanto suele ser una conducta constitutiva de un engaño típico de un delito de estafa o de otra figura penal.

FALSO TESTIMONIO

Artículo 458.

En el capítulo VI del título XX el Código tipifica las conductas lesivas al bien jurídico administración de justicia en su modalidad de faltar a la verdad tanto la conducta sea realizada por un testigo como por el perito o el intérprete llamado a traducir la declaración de los anteriores.

Falso testimonio es, como se ha dicho, faltar voluntariamente a la verdad en la narración de unos hechos o en el dictamen solicitado. La jurisprudencia y doctrina entiende que el requisito de la falsedad ha de ser objetiva y subjetivamente falsa lo que incluye en el tipo tanto al testigo que viera un hecho cierto sin haber estado presente en el hecho sobre el que testifica como, en sentido contrario, no narra lo que realmente sabe.

Testigo es, según lo Ley de Enjuiciamiento Criminal, la persona que narra un hecho pasado que ha presenciado o, incluso, ha oído (testigo de referencia) contribuyendo a reconstruir el hecho delictivo que se enjuicia (arts. 710 y siguientes LECrim). Los testigos narran hechos, no juicios de valor, y deberán expresar la razón de su conocimiento.

La Constitución y la ley procesal obliga a los ciudadanos a colaborar con la Administración de justicia y a decir verdad sobre los hechos que fuera preguntado.

La inobservancia al deber de concurrir será constitutiva del delito de obstrucción a la administración de justicia (art. 463) en los términos que veremos al analizar este precepto.

Para la exacta determinación del testigo ha de estarse a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Perito es el técnico en una disciplina o materia llamado al proceso para informar sobre determinados aspectos del enjuiciamiento que requiere conocimientos especiales. El peritaje falso resulta de difícil determinación toda vez que el perito expresa no hechos sino un análisis técnico de los datos, indicios o hechos y, en consecuencia, emite juicios de conocimiento técnico y juicios de valor sujetos a la particular apreciación derivada de la simbiosis entre el hecho y el conocimiento científico. El peritaje será, por lo tanto, falso cuando el perito voluntariamente incumpla el deber de lealtad para con el tribunal desoyendo el mandato de colaborar fielmente en el proceso penal. Puede darse una pericia no ajustada a la verdad científica que no sea constitutiva de delito si el perito ha expresado su pericia en términos de colaboración fiel y leal con la Administración de justicia.

La determinación del perito vendría dada, como la del testigo, por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículos 723 y siguientes.

Intérprete es aquella persona llamada al proceso, para traducir al Juez o tribunal el testimonio o pericia del testigo o perito llamado al proceso.

El Código distingue la penalidad del delito en función del procedimiento en el que se vierte la declaración o pericia falsa. Si se vierte en una causa judicial la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa de tres o seis meses. Si el falso testimonio se vierte en causa criminal contra el reo, la pena será de uno a tres años y multa de seis a doce meses. La pena superior en grado si a consecuencia del testimonio hubiera recaído sentencia condenatoria.

Por causa judicial debe entenderse cualquier procedimiento tramitado ante un Juez o Tribunal excluyéndose, por lo tanto de la tipificación el falso testimonio en un atestado policial o ante una autoridad o funcionario administrativo.

Causa criminal es la causa judicial del orden jurisdiccional penal. El Código exige una nueva delimitación del tipo al señalar que la causa criminal debe ser por delito.

Por último, el Código señala un tipo agravado cuando a consecuencia del falso testimonio recayese una sentencia condenatoria, lo que parece exigir una relación causa-efecto entre el falso testimonio y la sentencia condenatoria. Esa relación de causalidad entra en contradicción con el artículo 741 y 717 de la ley procesal que nos indica la apreciación en conciencia y racional del de las pruebas celebradas en el juicio.

Esta construcción de la valoración de la prueba no permite establecer una causalidad entre una declaración falsa y una sentencia condenatoria. Para solucionar esta contradicción la jurisprudencia del Tribunal Supremo exigía como requisito de procedibilidad la autorización del tribunal que ha percibido la testifical en la que se afirma su falsedad.

Este requisito de procedibilidad no aparece exigida por el texto punitivo, ni el que ahora se comenta ni en el anterior, aunque si aparecía

en los textos legales anteriores a 1932. Su exigencia se fundamenta en la necesidad de dar contenido al tipo penal cuando exige la causalidad entre el falso testimonio y la sentencia condenatoria, causalidad que sólo podrá ser apreciada por el tribunal que ha percibido directamente la prueba (STS 26.10.88).

El falso testimonio en causa criminal sólo procede perseguirlo, a mi juicio, cuando es vertido en el juicio oral, sin perjuicio de que si no llegar a celebrarse el juicio oral, por sobreseimiento, puede perseguirse el falso testimonio vertido en el sumario.

Esta interpretación resulta del examen conjunto de este precepto con los artículos 714 y 715 de la Ley Procesal. El testigo que falta a la verdad en el sumario tiene derecho a retractarse en el juicio oral comunicando las razones de su retractación de tal forma que la declaración que el tribunal pueda valorar es la vertida en el juicio (art. 741).

Artículo 459.

El artículo comentado hace extensible la conducta típica a peritos e intérpretes cuando "maliciosamente" faltaren a la verdad en su dictamen o traducción. El empleo del término malicioso refiere la exigencia del dolo, admitiéndose sólo el directo.

Artículo 460.

Este artículo amplía el contenido de la conducta típica no sólo al mutamiento de la verdad sino también a su alteración "con reticencias, inexactitudes o simulando hechos o datos referentes que fueran conocidos".

Este tipo supone la existencia de una declaración o pericia sustancialmente cierta pero que adolece de ciertas reticencias, esto es, decir en parte o no dar a entender claramente algo que se sabe sobre el hecho; o inexactitudes, entendida como falta de exactitud; o silenciando hechos o datos relevantes, pretendiendo llevar a la inteligencia del Juez un conocimiento parcial de los hechos.

Este tipo, como todos los reguladores del falso testimonio, exige la comisión dolosa, es decir, la concurrencia y voluntad de no decir la verdad en la narración de los hechos o en la realización de la pericia.

Artículo 461.

Este artículo eleva a la categoría de autoría directa lo que sería un supuesto de autoría por inducción o por cooperación necesaria.

Sujeto activo del delito puede serlo sólo aquellas personas que tienen capacidad para presentar testigos o cualquier otro tipo de prueba, pericial o documental.

Quien presente un testigo falso, a tenor de este tipo penal, realiza la misma conducta que la del testigo o perito que falsea su declaración o pericia.

El delito se estructura, a diferencia de los anteriores, como delito de resultado, lo que permite la punición de formas imperfectas.

La punición de esta conducta, la presentación de una prueba falsa, es ajena a la conducta personal del testigo o perito que en el juicio oral puede retractarse en el juicio conforme veíamos al referirnos en los artículos 714 y 715 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El último párrafo del precepto contiene una excusa absolutoria que refuerza la idea, antes expuesta, de que el falso testimonio, en aquellos causas criminales que lleguen al juicio oral, sólo puede ser cometido en éste.

El momento en el que surta efecto la excusa absolutoria es, dice el artículo, en "tiempo y forma" es decir cuando la retractación o la declaración verdadera pueda surtir eficacia. Esta excusa presupone una declaración falsa previa que es objeto de retractación en el juicio oral.

Incluso se prevé la excusa absolutoria cuando se hubiere dictado sentencia condenatoria. El efecto de la excusa es una atenuación, pena inferior en grado, que amplía el "tiempo y forma" de la retractación que se extiende al recurso de apelación e incluso al de revisión.

LA OBSTRUCCION A LA JUSTICIA Y DESLEALTAD PROFESIONAL

Artículo 463.

Los delitos previstos en este Capítulo no tienen correspondencia en el Código penal anterior, con la excepción del artículo 467 que recoge la prevaricación del abogado, y el primer párrafo del artículo 463 que se corresponde con el segundo del artículo 372. El bien jurídico protegido es el funcionamiento de la administración de justicia que requiere la presencia de testigos, partes, acusados, etc., y de quienes integran el tribunal así como las partes personadas cuya incomparecencia determina la suspensión del juicio y, a consecuencia, su mal funcionamiento.

El artículo 118 de la Constitución impone el deber de los ciudadanos y de las partes de colaborar con la administración de justicia. El incumplimiento de ese deber generaba una responsabilidad administrativa, prevista en la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 420, o en los Reglamentos y Estatutos profesionales, e incluso podían ser constitutivas del delito del artículo 372 del Código anterior. En definitiva, el Código criminaliza conductas antes constitutivas, en general, de responsabilidad administrativa y, excepcionalmente penal, como manifestación de la denominada policía de estrados, esto es, la dirección del procedimiento para el buen funcionamiento de la administración de justicia.

El tipo penal del primer párrafo del artículo 463 se estructura como delito de omisión propia y de mera actividad. La conducta típica consiste en dejar de atender el llamamiento del Juzgado.

Sujeto activo del delito pueden ser, en este párrafo, el acusado, testigo y parte que llamados ante un Juzgado o tribunal no comparecieran.

La única desobediencia típica es la realizada en el juicio oral. No incluye a los funcionarios públicos cuya conducta se enmarca en el artículo 410 del Código penal.

El tipo penal presenta un requisito procesal cual es que la citación haya sido correctamente realizada, "citado en legal forma", con

remisión expresa a los artículos 175 y ss, 660 y 661, 486 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Presenta el tipo penal, además, una condición objetiva de punibilidad consistente en que la incomparecencia haya provocado la suspensión del juicio oral. Esta condición supone que debe concurrir esa suspensión sin que la misma quede abarcada por el dolo del autor pues escapa a su voluntad, pero sólo será típica aquella incomparecencia que provoque la suspensión del juicio oral.

Es preciso comentar la alteración sustancial producida por la incomparecencia. Así, en la anterior redacción, la primera incomparecencia daba lugar a una multa (art. 420 LECrim) y si persiste en la incomparecencia (segunda citación con advertencia) se procedía a la detención y la deducción de testimonio por delito de denegación de auxilio (el antiguo artículo 372.2) o de desobediencia grave. En el tipo penal que comentamos la conducta típica se produce por la primera incomparecencia voluntaria al juicio oral si se hubiera producido la suspensión del juicio oral.

En el tipo subjetivo destaca la voluntariedad de la incomparecencia de forma que este tipo requiere el conocimiento de la citación y la omisión de la comparecencia sin que el dolo deba abarcar la suspensión del juicio oral que constituye, como se dijo, una condición objetiva de punibilidad.

En otro orden de cosas es preciso distinguir la conducta típica, se repite consistente en incomparecer, de la negativa a declarar que podría ser constitutiva del delito de desobediencia del artículo 556 del Código penal.

La penalidad varía en función de que el juicio oral se celebrara contra persona privada de libertad por la causa o no. En este último supuesto el tipo penal no requiere la suspensión del juicio oral que puede, o no, producirse.

En el párrafo segundo del artículo 463 se criminaliza la misma conducta para el abogado, procurador o representante del Ministerio Fiscal que actúen en la forma descrita en el primer párrafo, la incomparecencia voluntaria al juicio oral cuando actúa en el ejercicio de su

profesión o función. Requiere, como hemos visto, la citación en legal forma y el ejercicio de su función profesional.

El párrafo tercero se tipifica la misma conducta para Jueces, Magistrados integrantes de un tribunal o penal el Secretario judicial o quien ejerza sus funciones.

Artículo 464.

El delito que comenta guarda relación con el antiguo artículo 325 bis del anterior Código penal, si bien en el vigente se ha ampliado el círculo de sujetos pasivos y la modalidad de la acción, antes referida a la retractación, desistimiento en el ejercicio de la acción o negativa a de prestar declaración, informe o traducción, en tanto que la nueva redacción refiere que la acción vaya dirigida a "intentar influir directa o indirectamente" en la declaración, pericia, traducción o actuación profesional de quien intervenga en el juicio oral.

El bien jurídico es, como en todos los delitos de este Capítulo, la administración de justicia y se pretende, además, proteger la libertad y seguridad de quienes son llamados a colaborar con la administración de justicia.

Del tipo penal se excluye a los miembros de la Carrera judicial y fiscal y Secretarios de la Administración de justicia cuya protección penal por estas acciones la de encontrarse en los tipos penales del atentado (art. 550 Cp).

El delito se estructura en dos párrafos. El primero cuando la violencia o intimidación es realizada antes del juicio, para influir en su declaración, informe pericial o actuación profesional, y la segunda realizada con posterioridad a esa actuación como represalia de lo realizado en el juicio oral.

En el tipo objetivo destaca la realización de actos violentos o intimidatorios (vis física y psíquica) cuyo contenido nos viene dado en otros preceptos del Código penal, como 172 (delito de coacciones) o 242 (delito de robo con intimidación). Esta conducta puede realizarse sobre el propio testigo, perito, abogado o procurador, o sobre una tercera persona para lograr de aquéllos un cambio en el contenido de la diligencia o actuación profesional. También la violencia puede ejercerse sobre

bienes de alguno de los sujetos pasivos pues el tipo penal refiere la conducta violenta o intimidatoria tanto directa sobre ellas como indirecta sobre otras personas o bienes con ellas relacionados.

Sujeto activo del delito puede ser cualquier persona, en tanto que el sujeto pasivo aparece expresamente determinado en el tipo: denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo, bien en su persona (violencia o intimidación directa) o en personas o bienes relacionados con éstos (violencia o intimidación indirecta).

La consumación no requiere que "se modifique su actuación procesal" sino que se intenta influir para que esa actuación procesal se modifique en virtud de la violencia o intimidación ejercida.

En el tipo penal subjetivo destaca la existencia de un elemento subjetivo del injusto en virtud del cual la acción típica debe ser realizada con la finalidad de modificar la actuación procesal de alguno de los sujetos pasivos señalados en el tipo.

En el párrafo segundo, la violencia o intimidación debe ser una represalia por una actuación procesal anterior.

Sólo es típica cuando la represalia se refiere a un procedimiento judicial, lo que excluye la represalia por una actuación en otros procedimientos no judiciales.

La modalidad típica consiste, a diferencia del anterior que era más amplia, en un ataque a la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes, sin perjuicio de la pena que corresponda por la comisión de estos delitos con los que concurre realmente (art. 75 Cp).

La penalidad varía en función de la modificación de la actuación profesional que, si bien no es el resultado típico, si es la consecuencia de la acción típica.

Artículo 465.

El delito protege la administración de justicia, bien jurídico, en su modalidad de deslealtad procesal de la parte que destruya, inutiliza u oculte documentos o actuaciones que haya recibido, en virtud de un traslado procesal.

Es una modalidad específica de la infidelidad en la custodia de documentos.

La modalidad típica consiste en destruir, inutilizar u ocultar, modalidad esta última que debe ir referida a impedir que el documento o actuación procesal surta los efectos probatorios a que va dirigido.

El concepto de documento, que se constituye en el objeto material de esta figura delictiva, viene contenido en el artículo 26 del Código penal como "todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos informaciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica".

El término actuación procesal es una redundancia del anterior, pues las actuaciones procesales relevantes a los efectos de la acción se integran en el concepto de documento examinado.

Sujeto activo del delito sólo puede ser el abogado o procurador. Se excluye al Ministerio fiscal y Jueces y Secretarios cuya acción deberá enmarcarse en el ámbito de los funcionarios públicos de los artículos 413 y siguiente del Código penal.

El abogado y procesado deberá actuar con abuso de su función lo que exige una actuación desleal del profesional encargado de la defensa y representación de una persona en un proceso judicial.

El tipo penal es un delito de resultado y la consumación requiere la efectiva inutilización, ocultación o destrucción del documento, admitiéndose, por lo tanto, formas imperfectas.

El tipo subjetivo exige el conocimiento y voluntad de realizar el tipo penal.

El segundo párrafo sanciona la misma conducta del particular que realizare la misma acción típica que la del abogado y procurador.

Artículo 466.

Este precepto protege el bien jurídico administración de justicia que se ve entorpecida por la revelación de aquellas actuaciones sumariales declaradas secretas durante la instrucción de una causa criminal.

No es objeto de protección específica la presunción de inocencia o el honor de los

imputados o intervinientes en el proceso penal pues el tipo penal sólo refiere la protección a aquellos sumarios en los que, expresamente, se haya declarado el secreto sumarial conforme el artículo 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal medida de investigación sumarial. Por lo tanto, sólo se refiere a actuaciones de instrucción sumarial expresamente declaradas secretas por el tiempo marcado en la resolución que declare secreto el sumario o procedimiento judicial de instrucción.

El tipo penal no va referido, consecuentemente, a la declaración genuina de secreto contenida en el artículo 301, en virtud del que se proclama el carácter secreto de las actuaciones sumariales cuyo incumplimiento podría lugar, si procede, a otras responsabilidades disciplinarias no penales y en las que habrá de conjugarse la conducta reveladora del contenido del sumario con el derecho a la libertad de expresión, de mayor relevancia dada su condición de derecho fundamental.

La conducta típica consiste en revelar actuaciones procesales declaradas secretas conforme al artículo 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por revelar ha de entenderse el comunicar a terceras personas el contenido de las diligencias de investigación, tanto las realizadas como las que se vayan a realizar lesionando con ello el funcionamiento de la administración de justicia.

El tipo subjetivo supone el conocimiento de los elementos del tipo, actuaciones procesales declaradas secretas, su revelación y la voluntad de su realización.

Sujeto activo del delito, en el primer párrafo del artículo, es el abogado y procurador personados en la causa y, en el segundo párrafo, el representante del Ministerio fiscal, Juez o Tribunal o el Secretario o cualquier funcionario de la administración de justicia que intervengan en la instrucción de la causa.

El párrafo tercero señala que también pueden ser sujeto activo el particular que intervenga en el proceso. Las penas varían en función de los posibles sujetos activos.

El delito se estructura como delito de resultado y la consumación requiere la efectiva revelación de la actuación sumarial declarada

secreta, admitiéndose formas imperfectas de ejecución.

Artículo 467.

Este artículo se corresponde, básicamente, a los artículos 360 y 361 del Código penal antiguo. Tipifica la conducta conocida como prevaricación de los abogados.

El primer párrafo sanciona la conducta del abogado o procurador que, a la vez, defienda los intereses contrapuestos de otra persona, sin consentimiento del primero.

No tiene buen encaje este delito en el Capítulo que examinamos. No parece que el bien jurídico protegido sea la administración de justicia que en nada se resiente por la actuación descrita en el tipo penal, salvo que entendamos que interpretado desde el bien jurídico protegido por el delito haya de entenderse que la conducta típica, la defensa simultánea de intereses contrapuestos sin consentimiento de los titulares del interés, solo sea típica cuando la doble defensa se desarrolla en el marco de un procedimiento judicial.

Este último requisito no aparece expresamente impuesto por el tipo penal que refiere la conducta en cualquier asunto sin especificar que el mismo se desarrolle judicialmente.

El segundo párrafo, se descubre la conducta del abogado y procurador que "perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueron encomendados".

Sujeto activo de ambas modalidades de la conducta son los abogados y procuradores que configuran al delito como especial propio con un elemento especial de autoría derivado del ejercicio de la profesión de abogado o procurador.

Por tales ha de entenderse no a los licenciados en derecho, sino aquellos que aparecen colegiados en los distintos colegios profesionales pues el requisito de la colegiación se constituye como obligatorio para ejercicio de la función respectiva. (Vid. R.D. 2090/82 de 24 de julio que regula el Estatuto General de la Abogacía y el R.D. 2046/82 de 30 de julio por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales.)

La conducta típica del primer párrafo consiste en la defensa de intereses contrapuestos en el mismo asunto sin el consentimiento de la persona que la hubiera encargado la defensa o representación de sus intereses.

La existencia de un consentimiento supone la atipicidad de la conducta.

El bien jurídico protegido es la deslealtad de quien así actúa para con el cliente que la encomendó la defensa de sus intereses.

El delito se estructura como delito de peligro pues no requiere efectivo perjuicio sino la potencialidad de su producción.

Exige la existencia de una relación profesional pactada con un cliente y la realización, no obstante de esa relación previa, de actos de contenido profesional con respecto a otras personas con intereses contrarios al inicial cliente.

Además los intereses defendidos deben ser contrarios y este elemento deberá ser examinado desde la perspectiva del riesgo en la defensa de los primeros intereses encomendados. Si no lo fueren desaparece el riesgo y por lo tanto la acción típica.

El delito se consuma cuando, no obstante la existencia de la relación profesional, se asume otra con la parte contraria, entendida en el sentido no procesal, y realiza actos de contenido profesional que pongan en peligro los intereses inicialmente encomendados.

El segundo párrafo contempla la conducta del abogado que por acción o omisión perjudica de forma manifiesta los intereses encomendados.

En el tipo objetivo la conducta consiste en perjudicar manifiestamente los intereses encomendados. Por perjuicio ha de entenderse tanto los económicos o patrimoniales como los morales que deben tener su origen en un comportamiento activo u omisivo con el resultado del perjuicio manifiesto.

El tipo subjetivo del delito admite tanto la comisión dolosa como la imprudente, y ésta debe ser grave, que se producirá cuando el abogado o procurador actúa con negligencia grave en el ejercicio de la defensa o representación encomendada.

QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA

Artículo 468.

El bien jurídico protegido es la administración de justicia y más concretamente la efectividad de las resoluciones judiciales en orden a la ejecución de las penas, medidas de seguridad y medidas cautelares dictadas en un procedimiento penal (STS 26.3.84).

La doctrina penal ha cuestionado esta figura delictiva por cuanto la evasión de presos, como figura típica, se ve afectado por la no exigibilidad de otra conducta y porque establecer la obligatoriedad en los presos de cumplir la pena impuesta sobrepasa los límites del ius puniendi del Estado (Córdoba Roda en Comentarios al Código penal, tomo III).

El Código penal ha ampliado el tipo penal frente a la anterior redacción. En efecto, el Código penal anterior (art. 334) sancionaba sólo al sentenciado o preso que realizare la conducta de evasión. En la nueva redacción al sujeto activo del delito pueda ser cualquier persona, incluso la no privada de libertad, sometido a una medida cautelar, privativa de libertad o de algún derecho.

Así la acción típica consiste en quebrantar, la orden de detención o la medida de seguridad o cautelar y la consecuencia en la penalidad es distinta en función de que se hubiera acordado la privación de libertad o no, es decir que la resolución quebrantada fuera o no privativa de libertad.

La jurisprudencia interpretando el anterior artículo 334 entendió que sólo era de aplicación al sentenciado o preso, excluyendo al detenido que ahora con la nueva redacción típica se amplía a este supuesto, ya sea por orden de detención judicial, administrativa o policial.

Las críticas al precepto penal anterior se reproducen, con mayor énfasis argumental, para el nuevo precepto.

Los elementos del tipo penal son de carácter objetivo, consistente en el quebrantamiento de la orden o resolución de privación de libertad o medida de seguridad; otro subjetivo, que comprende tanto la voluntad de recuperar la libertad como el conocimiento de la exis-

tencia de la orden privativa de libertad. La jurisprudencia señala un tercer elemento, que denomina normativo, que consiste en la existencia de la resolución o de la orden privativa de libertad o de la medida de seguridad (STS 22.12.81).

El tipo penal exige que el autor del delito se encuentre detenido o preso o cumpliendo la medida de seguridad y realice la acción de quebrantamiento, por lo que no es de aplicación a quien se encuentre en situación de rebeldía o pendiente de cumplir la orden privativa de libertad o la medida de seguridad.

Artículo 469.

Este precepto contempla una agravación del tipo básico, contenido en el anterior precepto cuando la acción se desarrollara con violencia o intimidación en las personas, fuerza en las cosas o tomando parte en motín.

Este tipo agravado sólo es de aplicación a los sentenciados o presos, es decir aquellas personas reclusas en establecimientos penitenciarios en virtud de sentencia judicial o auto de prisión. El lugar de internamiento puede ser tanto un establecimiento penitenciario como durante su traslado o condición (STS 30.10.85).

Los elementos cualificadores son el empleo de violencia o intimidación en las personas, fuerza en las cosas y toma de rehenes o tomando parte en un motín. Los tres primeros son conceptos que ya se han analizado en el delito de coacciones, robo y detención ilegal (arts. 172, 242, 238 y 163, respectivamente del Código penal). El tomar parte en un motín supone no sólo el acuerdo con otras personas también reclusas sino también oponerse violentamente al régimen penitenciario con lo que se corrige la anterior interpretación jurisprudencial que sólo exigía la evasión múltiple. (STS 30.3.87).

La amplitud de los tipos penales hace que se planteen problemas de concurrencia de normas o de delitos que deberán ser resueltos conforme a las reglas previstas en el artículo 8, concurso de normas, y 75 y siguientes para los concursos de delitos. Jurisprudencialmente se considera que cuando medie

un acto de violencia u otro elemento cualificador del tipo penal que por sí constituye delito, el elemento cualificador se integrará en la figura delictiva autónoma o cualificará el quebrantamiento de condena según el delito, en uno u otro caso, que contenga una mayor pena (STS 14.2.89).

Artículo 470.

El artículo 470 contempla los supuestos de participación de terceros en el delito de quebrantamiento de condena, distinguiendo la penalidad en función de que la conducta sea la recogida en el tipo básico, primer párrafo; en el agravado, segundo párrafo; o, por último, una especial atenuación si la conducta participativa y realizada por alguna de las per-

sonas relacionadas en el artículo 454, es decir, cónyuge, o persona ligada por análoga relación de afectividad, ascendentes, descendentes, hermanos por naturaleza o por adopción o afines.

Artículo 471.

El artículo contempla una agravación específica del sujeto partícipe en el quebrantamiento de condena cuando se trata de un funcionario público encargado de la conducción o custodia de un preso o detenido.

El Código ha olvidado en la agravación la inclusión de otras personas, funcionarios públicos o no, que pudieran estar encargados de la custodia o vigilancia de medidas de seguridad o de reglas de conducta.