

**ARIEL DERECHO**

**Serie Derecho Penal**

**Asesor**

**JUAN BUSTOS RAMÍREZ**

**JUAN BUSTOS RAMÍREZ**

**Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona**

# **MANUAL DE DERECHO PENAL**

*Parte especial*

**2.ª edición aumentada, corregida  
y puesta al día**

**EDITORIAL ARIEL, S. A.  
BARCELONA**



## 16. LA LIBERTAD Y LA SEGURIDAD: CONSIDERACIONES GENERALES

La Constitución en su art. 17 y el C. P. unen los conceptos de libertad y seguridad. Ambos aparecen indiscutiblemente unidos y lo están en la realidad.

Libertad y seguridad son conceptos eminentemente sociopolíticos, que deben encuadrarse en el contexto de una determinada forma de Estado. Aunque como tales aparecen desde antiguo, su expresión dentro de una organización social sólo se expresa dentro del Estado moderno. Ambos son esenciales para un Estado de Derecho. El Estado moderno, con el objeto de asegurar el desarrollo económico, tendió a eliminar todo obstáculo que se opusiera a su concepción de la economía, de ahí que el primer aspecto considerado fue la de *la libertad económica*. Pero tal libertad económica exige a su vez la libertad del individuo, con el objeto de que éste pudiese ofrecer su capacidad de trabajo en el mercado. De ahí que necesariamente se configuró un planteamiento de *libertad personal*. Dicha libertad suponía no sólo que el sujeto pudiese ofrecer su trabajo en el mercado, sino además todo lo que fuese necesario para entrar en él, con lo cual se llegó al concepto de *satisfacción de necesidades*. La libertad aparece desligada de una concepción metasocial y jurídica, simplemente tiene un carácter *instrumental*, esto es, *capacidad de actuación para la satisfacción de necesidades*. La profundización del Estado moderno y sus revisiones críticas, han llevado al perfeccionamiento de este concepto instrumental, sobre la base de considerar todo aquello que impide al sujeto su *capacidad de actuación dentro de las relaciones sociales*. Más allá del mercado lo importante es el sujeto en la relación social y, por tanto, su *capacidad de actuación* dentro de ella para satisfacer *todas* sus necesidades. Se trata de lograr una *libertad material* y no simplemente formal, de ahí el enunciado del art. 9.2 de la Constitución.

Desde aquella primigenia libertad económica (a la cual todavía hoy muchos regímenes tratan de volver por la fuerza) se ha llegado a la concepción de una libertad total y globalizadora, personal-social.

Dado su carácter personal e instrumental, es un bien jurídico *disponible* por excelencia, de otro modo dejaría de ser libertad, implicaría una contradicción, salvo que con ello se logre su negación (como sería someterse a la esclavitud). De ahí que en todos los tipos legales sobre la libertad aparezca el consentimiento como una causa de atipicidad; necesariamente los tipos legales tienen que estar constituidos sobre la fórmula general de que toda afectación a una dimensión de la libertad sólo puede existir si ésta no es justamente la libre voluntad del sujeto.

Pero la libertad en cuanto capacidad de actuación para la satisfacción de necesidades en la relación social, presupone como concepto personal-social e instrumental la existencia de otros sujetos y de su respectiva libertad. Luego, el límite de la libertad radica en la libertad del otro, en términos concretos (instrumentales) como ya decía Stuart Mill: «no perjudicar a un semejante» (p. 81). De ahí que surjan los delitos contra la libertad y las limitaciones públicas a la libertad (delitos, penas, detención, etc.).

La libertad tiene un carácter complejo, con múltiples dimensiones en referencia a la satisfacción de necesidades en la relación social. De ahí la protección de la intimidad, de la libertad sexual, de la libertad ambulatoria, etc. En síntesis todo gira en torno a la capacidad de actuación, pero especificándose sus dimensiones.

Libertad y seguridad son indiscutibles, la seguridad como posibilidad de la libertad. La seguridad está constituida por todas aquellas circunstancias objetivas que posibilitan la capacidad de actuación, es por tanto un concepto *objetivo* y no subjetivo (no se identifica

con temor o miedo), es el sexo indispensable que ha de existir entre la *potencia* y el *acto* (cfr. Galtung, p. 66ss.). Por eso la Constitución en el art. 9.2 habla de «renovar los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud» (de la libertad, del acto). La afectación de la seguridad altera este nexo, distancia o aleja totalmente a la potencia del acto. De ahí que ha de considerarse tanto los delitos que afectan a la seguridad como a la libertad, pero partiendo del supuesto de que son conceptos indiscutibles y de que la seguridad no es concebible sino como un presupuesto de la libertad.

## 17. ABANDONO DE FAMILIA Y DE NIÑOS Y OMISIÓN DE SOCORRO: LA SEGURIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA LIBERTAD

A) *Abandono de familia y de niños* (arts. 487ss.)

## a) Bien jurídico

Hay una cierta tendencia a considerar que el abandono de familia y de niños, junto a otros delitos, tendrían como núcleo protector a la familia (cfr. Polaino Navarrete, p. 77ss., 121ss.; Bertschin, p. 566; Diego Díaz-Santos, p. 330; Rodríguez Ramos, P. E., p. 250ss., 254). Ello obedece, en primer lugar, a un planteamiento atomizador del sistema social (dividiendo Estado, sociedad, familia y persona), y en segundo lugar, a una concepción metafísica de carácter ético-religioso de la función de la familia. Tal postura es ajena al C. P. y no hay fundamento alguno para sostenerla (cfr. Carbonell, p. 1.037s.).

Lo que realmente se protege en estas disposiciones son *determinados deberes legales asistenciales*, que se estiman *presupuesto* indispensable del sujeto para su capacidad de actuación en orden a la satisfacción de sus necesidades. Es decir, el acento está puesto en la *seguridad*, pero como presupuesto de la libertad de la persona (cfr. Carbonell, p. 1.037; Ocañío de Toledo, p. 95).

## b) Abandono de familia (art. 487)

b a) *Tipo básico* (art. 487 § primero). El problema fundamental reside en la delimitación de los deberes asistenciales; se trata de un *tipo abierto* (no de una norma penal en blanco), pues remite la precisión del concepto de deber asistencial a las disposiciones legales (con lo cual se cumple con el principio de legalidad) sobre la patria potestad, la tutela y el matrimonio (cfr. Carbonell, p. 1.039s.); esto es, a la legislación civil. La jurisprudencia ha estimado constantemente que quedan también comprendidos los deberes de carácter ético y moral (s. T. S. 7/10/1964, 8/2/1965, 14/12/1972, 29/11/1977, 26/1/1983). Con ello también se ha incluido el deber de fidelidad en el matrimonio o débito conyugal (s. T. S. 8/2/1965, 14/12/1978, 23/2/1980, 23/2/1981); de este modo se pretende subrepticamente recuperar el antiguo delito de adulterio (s. T. S. 22/2/1980) (cfr. críticamente Fernández Albor, p. 435ss.; Ocañío de Toledo, p. 89). Pero con ello se olvida que tales deberes asistenciales son parte del concepto de seguridad como presupuesto de la libertad, y no es la *moralidad* familiar o social lo protegido; no se considera que tales deberes están en relación directa con los comportamientos de abandono o conducta desordenada, que no se avienen con conceptos morales (cfr. Carbonell, p. 1.039; Rodríguez Devesa, P. E., p. 341; también Polaino Navarrete, p. 251s.).

En definitiva, los deberes abarcados son sólo los de carácter económico o material que provengan específicamente de la patria potestad, tutela o matrimonio (las fuentes de estos deberes —y no puede ser de otra manera, dada la naturaleza de este delito— son *estrictas*).

Los deberes de asistencia legales derivados de la patria potestad surgen del art. 154 del C. C. y son fundamentalmente: el deber de educación (para el sustento, habitación, vestimenta y asistencia médica); el deber de educación e información; y el de representación y administración de bienes. En cuanto a la tutela surgen de la ley 13/1983, de 24 de octubre, que reformó el C. C. en su art. 269; alimentos; educación e información; promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su inserción en la sociedad; informar anualmente al juez sobre la situación del menor o incapacitado o rendirle cuenta de su administración. Respecto del matrimonio, tales deberes surgen del art. 68 del C. C. y están constituidos por el socorro mutuo entre los cónyuges, que implica la asistencia material entre ellos y en relación a las cargas familiares; pero no son tales los de carácter moral de los arts. 67 y 68 del C. C. consistentes en el deber de respeto mutuo, ayuda mutua, interés familiar, vivir juntos, guardarse fidelidad (así Carbonell, p. 1.041; en contra Polaino Navarrete, p. 250). Naturalmente los deberes asistenciales recogidos en el Código Penal están referidos sólo al *abandono* y no a otras formas de conclusión de la vida familiar: separación de hecho, de derecho, divorcio o nulidad. En estos casos tales deberes estarán referidos a una decisión judicial y podrán dar origen a un delito contra la Administración de Justicia (cfr. s. T. S. 22/10/1970; 5/10/1970, y 15/11/1985). La única *ampliación* de deberes se produce en virtud de disposición expresa del propio C. P. en el párrafo segundo del art. 487 y es el deber de sustento respecto a los ascendientes necesitados o descendientes incapaces para el trabajo.

Por último hay que señalar que basta con el incumplimiento de cualquiera de los deberes legales asistenciales, sería absurdo pretender que sea necesario que se infrinjan todas los deberes, en caso contrario no tendría sentido la disposición del párrafo segundo del art. 487 que castiga agravadamente la infracción de un solo deber, el de sustento (así Carbonell, p. 1.041; en contra Polaino Navarrete, p. 233).

#### b a a) Tipicidad dolosa

b a a a) Aspecto objetivo. El problema fundamental consiste en resolver si se trata de un delito de omisión propia, de comisión por omisión (cfr. en general Carbonell, p. 1.042ss.), o bien, de un tipo legal alternativo, esto es, realizable tanto en forma activa como omisiva (Polaino Navarrete, p. 146ss. y 167ss.).

Se trata de un delito de omisión propia (cfr. Muñoz Conde, P. E., p. 177s.; Octavio de Toledo, p. 96), ya que la esencia del injusto está constituida por el *incumplimiento* de deberes asistenciales (que son la concreción típica del bien jurídico protegido, la seguridad como presupuesto de la libertad). Otro problema diferente, que es característico de toda omisión, es que la situación típica esté claramente circunscrita, con el objeto de impedir una ampliación excesiva del tipo legal. Y en ese sentido, como es lógico cuando se trata de una omisión, ello puede suceder por circunstancias de la propia situación (así en la omisión del deber de socorro, art. 439 bis), o bien, en relación a determinados comportamientos del sujeto, como es el caso del abandono de familia. El principio de determinación legal exige pues una concreción de la situación típica, lo cual es algo diferente a determinar la naturaleza omisiva propia del tipo legal (cfr. Bustos, P. G., p. 244; Bajo, II, p. 51, plantea

que puede ser por acción u omisión, a pesar que él mismo, contradictoriamente, señala que lo «básico» es el «incumplimiento del deber», con lo cual hay una clara confusión entre lo determinante de un delito de omisión, que es la violación de un mandato —que es el caso de este delito como él reconoce— y no de una prohibición —que aquí no se da—, y la situación típica propia a todo delito de omisión, en la cual ciertamente puede darse un comportamiento activo).

Desde el punto de vista de los sujetos se trata de un *delito especial propio* (cfr. Octavio de Toledo, p. 97), ya que es necesario que entre sujeto activo y pasivo exista la relación de patria potestad, tutela o matrimonio. Por otra parte es un *delito de lesión*, en que ha de resultar lesionada la seguridad como presupuesto de la libertad, y es además un *delito permanente* (s. T. S. 2/6/1977).

En cuanto a los requisitos objetivos, característicos de toda omisión propia, se pueden señalar los siguientes:

#### Descripción de la situación típica

Está constituida por el comportamiento de abandono malicioso del domicilio, o bien, por la conducta desordenada.

El abandono del domicilio puede ser activo o pasivo (no regresando debiendo hacerlo); por domicilio hay que entender aquel en que tiene lugar la vida familiar (cfr. Octavio de Toledo, p. 101), que conforme a la reforma del C. C. se fija de común acuerdo entre los cónyuges o por el juez en caso de discrepancia, art. 70 del C. C. (de modo que hoy el que el marido decida cambiar de domicilio y la mujer no desee acompañarlo no es de por sí abandono, dif. opinión Muñoz Conde, P. E., p. 149).

La expresión conducta desordenada es sumamente vaga, lo que ha permitido a la jurisprudencia incluir los deberes morales o ético-religiosos, confundiendo el bien jurídico protegido; en todo caso ha de tratarse de un comportamiento con una determinada continuidad y permanencia que diga referencia con un desorden en relación a la asistencia económica o material (gastos personales excesivos o en el uso o disposición excesivos de bienes de carácter moral, como ha hecho la jurisprudencia con la embriaguez, libertinaje, etc. (cfr. s. T. S. 14/12/1978, 23/2/1981, que lleva al castigo de la «simple inmoralidad», Muñoz Conde, P. E., p. 177).

#### La falta del actuar exigido

Lo que se manda es un actuar preciso y determinado, cumplir con los deberes de asistencia legal específicamente determinados por la patria potestad, la tutela y el matrimonio. De modo que si éstos se cumplen, aunque se den las circunstancias anteriores, no hay delito de abandono.

#### La capacidad real física de actuar del individuo

Aunque se ha suprimido la expresión «pudiendo hacerlo» del antiguo art. 487 (L. O. 3/1989, de 21 de junio), ello no quiere decir que se haya suprimido este requisito propio a la omisión, esto es, que sólo se puede exigir una determinada conducta a un sujeto, en la medida que éste tiene las condiciones reales psicofísicas para llevar a cabo tal conducta

penalmente, que se juzgan por su objetividad y porque la relación con el autor, pues para una que el autor ha sido o debería ser un sujeto. Ciertamente, como se verá a lo largo del artículo, en algunas circunstancias se puede atribuir a un sujeto pasivo un delito que no se le puede atribuir a un sujeto activo, pero en otros casos se puede atribuir a un sujeto activo un delito que no se le puede atribuir a un sujeto pasivo.

En el primer supuesto, el principio parece ser el que el autor del delito debe ser el sujeto activo, pero en el caso del abandono del donante, se quiere mostrar. Ello implica que en esta modalidad típica sólo se puede ser el dolo directo.

b) b) Tipicidad pasiva

Ello sólo sería posible configurarla en relación a la segunda modalidad de la situación típica, esto es, cuando se trata de conducta desordenada. En este caso se puede plantear que el sujeto ha llevado a cabo un comportamiento desordenado en virtud de la falta del cuidado objetivo en el ámbito de sus relaciones (con lo cual ha incumplido sus deberes asistenciales por culpa o imprudencia).

b) b) Tipo cualificado autónomo (art. 487 § segundo). Para muchos autores se trata de una disposición simplemente agravatoria (Polaino Navarrete, p. 428ss.; Bello Landrove, p. 384ss.; cfr. s. 17/1/1950; 5/10/1960; 25/4/1977; 23/2/1981); para otros, en cambio, una figura autónoma (Ferrer Sima, p. 29ss.; Bustos Pueche, p. 619ss.; Bajo, II, p. 56; Boix, Reforma, p. 169, añade como argumento la supuesta de la expresión «culpable» por la L. O. J. 1989). Ciertamente el bien jurídico lesionado es el mismo en uno y otro tipo legal, pero son diferentes sustancialmente los requisitos de la situación típica descrita, de modo que no es posible subsumir uno en el otro; no se trata de una simple agravación de una misma materia prohibida. En el párrafo segundo se amplia la especialidad del sujeto activo y pasivo (ascendentes, descendientes incapacitado para el trabajo, cónyuge separado o no); la situación típica es distinta (hasta con la comprobación del estado de necesidad en que se encuentra el sujeto pasivo, no es necesario la conducta desordenada ni el abandono); la acción manifiesta es exclusivamente la de atender al sustento del sujeto pasivo. Ciertamente el requisito general de la omisión. Una consecuencia importante de plantear una u otra solución es la de considerar interpretativamente, como hace la jurisprudencia, que si se trata de un simple tipo agravado han de concurrir las previsiones de la situación típica de abandono y conducta desordenada (cfr. s. T. S. 23/2/1981). Esta restricción resulta inaplicable ya que afecta la materialidad de la asistencia, mientras que por otra parte la jurisprudencia pretende ampliarla a deberes morales.

La situación típica aparece determinada por el requisito de la edad, menor de 7 años, límite crítico, aunque se admita la necesidad clara del desvalimiento y su carácter real (siempre se debería comprender otros sujetos en igualdad de desvalimiento, como un enfermo mental, cfr. Muñoz Conde, P. E., p. 182).

b) c) Disposiciones comunes. En el párrafo tercero del art. 487 se contemplan ciertas sanciones ciertas inhabilitaciones espaciales: privación del derecho de patria potestad o de tutela.

Aun así se establece una condición objetiva de perseguibilidad o procesabilidad (il-

mitando el carácter de delito de acción propia de estos hechos, según la cual se requiere la denuncia del ofendido o del Ministerio Fiscal. Por otra parte también se limita, en algunos casos, el período de prescripción o prescripción del ofendido, ya que en algunos casos se prevé un delito al fiscal y ha de tenerse la aprobación del Tribunal. Parece conveniente ir a la determinación de los delitos de acción propia (cfr. Fernández, p. 1 045-1 046).

b) bis) No exige procedimiento económico (art. 487 bis)

En los arts. de los artículos de la reforma de la L. O. J. 1984, de 21 de junio, que implantan una multa hacia el gobierno general, indicando que el derecho penal puede solucionar todos los conflictos sociales y que no es *extrinseca ratio*, sino *prima ratio*, lo cual evidencia una política criminal totalmente equivocada y más aún en contra de las garantías de un Estado de Derecho (cfr. Boix, Reforma, p. 170ss.; Bajo, Reforma, p. 78). Pero no sólo eso, sino que se vuelve a la pura prisión por deudas (cfr. Reig, p. 212), se convierte en delito el simple no pago de una deuda establecida judicialmente, lo cual evidentemente va en contra de todos los principios del Derecho Penal moderno y de los recogidos en la Constitución de 1978. Es una disposición abiertamente inconstitucional. Como señala Muñoz Conde estos hechos, según el caso, antes podían haber entrado en consideración en el delito de desobediencia a las resoluciones judiciales (P. E., p. 179s.), lo cual sí se ajustaba a un Estado de Derecho.

b) bis a) Elementos descriptivos y normativos

El sujeto activo es especial (es un delito especial propio), sólo el cónyuge o el padre o la madre, sujeto pasivo el otro cónyuge o los hijos, que conforme a las reglas del derecho civil deben recibir pensión alimenticia (al respecto resulta extraño la inclusión en la actualidad del cónyuge, pues éste en juicio de separación legal, divorcio o declaración de nulidad no tiene derecho a pensión alimenticia, sino sólo de pensión compensatoria, y no parecería plausible colocar en el mismo nivel una pensión alimenticia que una pensión compensatoria). Por otra parte, también resulta extraño que sólo se proteja, ya puestos en ello, aquellas prestaciones económicas judiciales y no aquellas que surjan de un convenio extrajudicial, no se ve claramente la diferencia entre unas y otras.

El comportamiento consiste en dejar de pagar las prestaciones económicas, es por tanto un delito de omisión propia. A la situación típica pertenece la relación existente entre los sujetos, el deber de prestación existente, que la no prestación sea de tres meses consecutivos o de seis meses no consecutivos (con lo cual parecería que no sólo se está castigando el no pago, sino además el no pago a tiempo, lo que ya resulta totalmente desmesurado, pues quien cancela la cuota de abril y después la de junio, y luego la de agosto, ciertamente lo que está sucediendo es que no paga a tiempo, pero no que no pague), y que haya un convenio judicialmente aprobado o resolución de separación legal, divorcio o declaración de nulidad de matrimonio. Dentro de esa situación se exige una acción determinada que no se cumple, luego el segundo elemento, como en toda omisión, es el no cumplimiento del pago correspondiente. Por lo menos para evitar la simple prisión por deudas debería haberse exigido expresamente que el no pago produjera la efectiva falta de asistencia o sustento (cfr. Boix, Reforma, p. 176) y sólo *in interpretacione in sensu contrario* a sustento. Por último, es necesario considerar la posibilidad psicofísica del sujeto de poder

...de la vida y la salud de las personas...

...de la vida y la salud de las personas...

...de la vida y la salud de las personas...

c a b) Tipo privilegiado (art. 488 §§ 3.º y 4.º)

...de la vida y la salud de las personas...

agravación (§ 2.º)

Este delito resulta especialmente agravado si se trata del padre, tutor o guardador de hecho (estrictamente esta expresión es equívoca y contradictoria, ya que partera que el guardador legal tiene menos pena). Por uso por guardador de hecho hay que entender al- guien que ejerce sobre el menor, por cualquier causa, una autoridad mayor que la del simple encargado de la guarda (cfr. s. T. S. 11/12/1972; Muñoz Conde, P. E., p. 182s.; Bajo, II, p. 59).

c a b) Tipo privilegiado (art. 488 §§ 3.º y 4.º)

En forma paralela al infanticidio y al aborto por causa de honor, se establece el aban- dono por causa de honor, que también alcanza a la mujer y a los abuelos maternos del *natus nactus*. Disposición igualmente criticable que las que le sirven de modelo. Su diferen- cia con el aborto por causa de honor reside en que allí se trata del bien jurídico vida depen- diente; en cuanto al infanticidio, es vida independiente y aquí, en cambio, sólo la seguridad del recién nacido, como presupuesto de su libertad.

...de la vida y la salud de las personas...

...de la vida y la salud de las personas...

c a d) Abandono de un menor (art. 489)

Tipicidad

En relación al aspecto objetivo hay que señalar, en primer lugar, que se trata de un delito de lesión, en el que el bien jurídico afectado ha de ser la seguridad del menor como presupuesto de su libertad. Por ello, el acento del injusto reside en el incumplimiento del específico deber de crianza o educación del menor. Por tanto es un delito de abandono de ese deber, con lo cual lo que se lesiona en el art. 489 es la seguridad del menor. La descripción de la situación típica de este delito de omisión (al igual que en todos los otros), está constituida por la entrega del menor a un establecimiento público u otra persona y por la falta de amueñia (expresa o presunta) de quien se lo confió (o de la autoridad en su defecto).

La acción mandada es cumplir con el deber de crianza o educación y el sujeto activo ha de tener la capacidad real física de actuar. Desde un punto de vista subjetivo es un tipo residual, en relación a este deber de educación o crianza de los tipos legales del 487 y 488, es decir, ha de tratarse de personas ajenas a la patria potestad, tutela o guarda; con lo cual resulta de difícil aplicación. La edad del menor se entiende hasta los 18 años.

Tipo cualificado

Se contemplan dos formas de cualificación por el resultado: puesta en peligro con- creto de la salud, y puesta en peligro concreto de la moralidad. En ambos casos la re- lación con el resultado, conforme a la reforma de 1983, podrá ser a título de dolo eventual «moraleidad»; habría de entender que se hace referencia precisa a la puesta en peligro de la libertad sexual del joven (y a que lo que se aforta es la seguridad como presupuesto de la libertad).

### B) Utilización y tráfico de menores para la mendicidad

Al respecto hay que señalar que esta materia ya aparece regulada en 1903 por la ley de 23 de julio «sobre mendicidad de menores», respecto de la cual ciertamente habrá de aplicarse prioritariamente el art. 489 bis (cfr. Boix, Reforma, p. 177; crítica la lamentable técnica legislativa Viallo, p. 309, 302s.).

No hay duda que resulta importante para la protección de los menores la inclusión de este precepto, que viene a ser una consecuencia de la exigencia de cumplimiento de deber de asistencia con los menores y de protección a su desarrollo.

#### a) Tipicidad

##### a a) Elementos descriptivos y normativos

Sujeto activo podrá ser unipersonal o plural y en todo caso podrán concurrir sujetos especiales con innominados. Así quien preste al menor podrá ser el padre o el guardador y quien lo utilice podrá ser el padre o un extraño o un guardador de hecho. Sujeto pasivo será el menor de 16 años.

Se requiere de un comportamiento activo utilizar a un menor para la mendicidad o, por lo menos, prestarlo para tal actividad. Por mendicidad hay que entender toda solicitud de dadas sin contraprestación alguna (Muñoz Conde, P. E., p. 187), con lo cual no se comprende la venta de objetos menores o pequeños servicios, que también puede prestarse a abusos y que antes estaban en la falta del art. 584.4.º hoy derogada (lo cual produce un evidente vacío de punibilidad respecto del abuso en el trabajo del menor, que puede ser igual o peor que el de la mendicidad) (cfr. Berdugo, Reforma, p. 125). La mendicidad por su parte implica la intención determinada permanente en el tiempo, por lo menos tres o más actos (sin perjuicio que pueda sin acto alguno haber ya tentativa, cfr. García, p. 222s.).

Constituye una agravación el hecho del tráfico de menores para el fin de mendicidad, por tráfico hay que entender todo tipo de negocio remunerado (con lo cual queda afuera la donación, pero ella queda incluida evidentemente en el párrafo primero); también el hecho de ejercer violencia o intimidación con tal fin o de suministrarles para ese mismo fin sustancias perjudiciales para la salud (no se ve razón de que tales sustancias sean necesariamente perjudiciales, podrían ser no perjudiciales, pero justamente colocarlos en situación de poder abusar con ellos para tal fin de mendicidad, ello debería ser suficiente).

Aparece como razonable la posibilidad, que establece el Código en el párrafo tercero, de privar de la patria potestad o de los derechos de guarda o tutela a los padres, tutores o guardadores responsables de estos hechos.

##### a b) Elementos subjetivos

Dada la estructura típica de este delito, sólo puede cometerse por dolo (ya que implica un abuso sobre el menor), no es posible el tipo culposo.

##### b) Otros problemas

Una cuestión especial se puede producir con la autoría y la participación. Ciertamente será autor tanto el padre o tutor que preste al niño como quien lo utiliza (sea padre o

tutor o no). El problema está en relación al padre o tutor que sabe que se está utilizando al menor para la mendicidad y no hace nada para impedirlo, ciertamente él no presta ni utiliza. Se puede señalar que hay una colaboración por su parte, una colaboración omisiva. Pero si bien así se puede resolver el problema, no hay duda que queda una situación extraña, pues no se ve claramente una diferencia desvalorativa entre prestar al niño para la mendicidad y no hacer nada para impedir tal utilización; sin embargo, este tipo no permite una comisión por omisión, por tanto no se puede usar esta alternativa. Para salvar las dudas señaladas habría que entender que se trata de una colaboración necesaria por omisión, con lo cual entonces se le consideraría autor para los efectos de la pena.

**BIBLIOGRAFÍA.** ALMILLIO (1962): La solidaridad humana en la ley penal; BAYO FERNÁNDEZ, Manuel (1969): La actualización del Código Penal de 1989, Madrid; BELLO LAMBOAVE (1978): Los delitos contra la familia, Madrid; BENDUJO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (1989): en F. Muñoz Conde, J. Berdugo y M. García Arán, La reforma penal de 1989, Madrid; BOIX REIC, Javier (1989): en T. Vives Antón, J. Boix Reig y E. Orts Berenguer, La reforma penal de 1989, Valencia; BUSTOS PUECHE (1979): Conductas inculcadas en el art. 487 del Código Penal, en ADP; CABONVELL, Juan Carlos: Consideraciones en torno al delito de abandono de familia, en Comentarios a la legislación penal, Edersa, Madrid; DIEGO DÍAZ-SANTOS (1974): Delitos contra la familia, en Madrid; FERNÁNDEZ ALBON, Agustín (1983): La supresión del delito de adulterio y su repercusión en el delito de abandono de familia, en Comentarios a la legislación penal, Edersa, Madrid; FERRER SAMA (1980): Abandono de familia, en NEJ II; GALTRUNG, Johan (1969): Violencia, penas and pece reservada, en Journal Peine Research, 3; GARCÍA, Siro (1984): Notas sobre la reforma del abandono de familia y de hijos en la L. O. 3/1989, de 21 de junio en P.I. Especial XII, La nueva reforma del Código Penal, Madrid; GONZÁLEZ GURTAN (1977): El abandono de familia, en Estudios Penales I, Sanitigo de Compostela; OCTAVIO DE TOLDO y UBIETO, Emilio (1987): Consideración jurídico-penal del así llamado abandono de familia, C.P.C. 31; POLANO NAVARRA, Miguel (1979): El abandono de familia en el derecho penal español, Sevilla; RICO RICO, José Vicente (1989): Comentarios a los artículos 340 bis d), 424 y 487 bis, P.I. Especial XII, La nueva reforma del Código Penal, Madrid; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (1979): Notas sobre la futura protección penal de la familia, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid; STRUVER MILL, John (1985): Sobre la libertad, Orión, Barcelona; VARELLO BEQUERANO, Esperanza (1990): La utilización de menores para la mendicidad, RJC XIII, Santiago de Compostela. —: Contenido sustancial del abandono de niños (art. 488 C. P.), en Revista Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, n.º 11.

### C) Omisión del deber de socorro (art. 489 ter)

#### a) Bien jurídico

Hasta el año 1951 se trataba de una falta. La ley de 17 de julio de ese año la introdujo como delito. Junto con ella se incluyó también el art. 338 bis (la omisión del deber de impedir determinados delitos). Ambos tipos legales están basados en la idea de ampliar el ámbito de los delitos de omisión, productos del gran avance dogmático y técnico legislativo, por una parte, y, por otra, consideraciones político-criminales que implican que la intervención social requiere no sólo atender a deberes negativos (no matar, no lesionar, etc.), sino también a deberes positivos tanto por parte del Estado como de las personas en general (socorrer, impedir delitos, etc.).

Sin embargo, un sector de la doctrina ha confundido estos planteamientos dogmáticos y político-criminales con una concepción ético-social y ha estimado que el bien jurídico protegido es la *solidaridad humana* (Sáinz Cantero, 1960, p. 437; Rodríguez Mourullo, 1966, p. 127ss.; Torio, p. 590s.; Rodríguez Ramos, P. E., p. 173; Muñoz Conde, P. E., p. 188, este último con matizaciones críticas; en contra Bustos-Politofof-Grisolia, P. E., p. 391ss.).

La consideración de estos deberes positivos está en relación con la norma general del art. 9.º de la Constitución; se trata de remover aquellos obstáculos insalvables que impidan el *desarrollo* de la libertad (de actuación del sujeto). Luego, el bien jurídico aquí es también la seguridad como presupuesto de la libertad, y desde esa perspectiva, al igual que en el abandono de familia y de niños, hay que analizar la tipificación del art. 489 bis. Se trata por tanto de un *delito de lesión*, ya que lo afectado es la seguridad (cf. Bajo, II p. 67; en contra Cobos-Carbonell, P. E., p. 725, para quienes el bien jurídico es la vida y la integridad personal).

b) Tipo básico (art. 489 bis §§ primero y segundo)

b a) *Tipicidad dolosa*

b a a) *Aspecto objetivo*

En relación a los sujetos no hay mayor problemática. Como en toda omisión (propia) lo importante es la determinación de la situación típica, de otro modo el mandato sería demasiado amplio y la simple referencia al bien jurídico seguridad no sería en modo alguno suficiente para precisar el tipo legal (no basta decir el que no socorriere a otro, se infringiría de esa forma el principio de determinación legal del art. 25.1 de la Constitución).

#### *Determinación de la situación típica*

Es necesario que el sujeto pasivo se halle en *desamparo* y, además, en *peligro manifiesto y grave*. Persona en desamparo es aquella que no puede prestarse ayuda a sí misma, que necesita protección, independiente de que otras personas se la puedan prestar (así s. T. S. 23/2/1981 y 6/3/1985). Es necesario además una puesta en peligro concreto, que ha de ser manifiesta, esto es, perceptible para la generalidad de las personas y, además, grave, lo que hace referencia tanto a la *cantidad* del peligro como a su inminencia (cf. Muñoz Conde, P. E., p. 189).

El problema fundamental es resolver cuál es el contenido de la puesta en peligro concreto, a qué hace referencia este peligro. Claramente queda excluido todo *peligro de un delito*, ya que para ese caso hay un tipo legal especial que es el art. 338 bis, que de otro modo quedaría sin contenido (cf. Rodríguez Mourullo, 1966, p. 145a; Muñoz Conde, P. E., p. 188). Pero éste sería el único límite, de modo que habría que entender en principio que cualquier otro bien jurídico de naturaleza personalísima puede ser puesto en peligro (así Rodríguez Devesa, P. E., p. 113; Rodríguez Ramos, P. E., p. 174). La limitación a los bienes jurídicos personalísimos se debe al requisito de *gravedad* del peligro. En todo caso, entre ellos (vida, salud, libertad y honor), pareciera que es sumamente difícil concebir un peligro para el honor que no sea un delito; de modo que en definitiva puede decirse que la cuestión queda reducida a la vida, la salud y la libertad (y aun en muchos ámbitos de la libertad resulta difícil concebir un peligro que no sea de delito, así por ejemplo en relación a la libertad sexual; no, en cambio, respecto de la libertad ambulatoria). Este planteamiento parecería estar en concordancia con el bien jurídico protegido en este delito, cual es la seguridad como presupuesto de la libertad. Hasta la reforma de 1967 en la determinación típica se exigía otro requisito: que se «encontrare» a la persona en peligro, lo cual

hacía sumamente difícil que se diera la situación típica (cf. Rodríguez Mourullo, 1966, p. 183); por ello se sustituyó por la expresión «que se *halla* en desamparo...».

#### *La falta del actuar exigido*

El comportamiento exigido (mandado) es el de prestar socorro, cualquiera que sea la forma como se lleve a cabo, ya sea por sí o por otro (segundo del art. 489 bis).

#### *Capacidad real física de actuar del individuo*

Del párrafo segundo del art. 489 bis surge claramente este requisito: capacidad real física que ciertamente no es eliminada, si el sujeto puede pedir auxilio ajeno. Este requisito es básico en la restricción del tipo, pues no basta con tener conocimiento o noticia de que un sujeto se *halla* en peligro, sino que es necesario que se tenga la capacidad real de actuar. En tal sentido se puede decir que la falta del art. 586.2.º ha quedado en gran medida sin contenido («Los que, requeridos por otro para evitar un mal mayor, dejaren de prestar el auxilio reclamado, siempre que no hubiere de resultarles perjuicio alguno»).

#### *Falta de riesgo propio o ajeno*

El C. P. contempla, además, para precisar el ámbito situacional del tipo, un elemento esencial específico, derivado de la teoría del riesgo (cf. Bustos, P. G., p. 244). Todo mandato tiene límites mayores que una prohibición, por el hecho mismo de que se exige una actuación; como toda actuación supone siempre un riesgo, hay que partir del hecho que se trata aquí de riesgos precisos (análogos a los que se trata de evitar), es decir, aquellos que afecten a la *vida, salud y libertad* del sujeto o de otro. Carecería de sentido un mandato de evitar un peligro que significara a su vez crear otro peligro. La existencia de esta causa de atipicidad restringe a nivel de antijuricidad las justificantes de legítima defensa y estado de necesidad, ya que muchos de esos casos ya habrán sido absorbidos dentro de la consideración de este elemento.

La doctrina sostiene aquí que se trata de una causa de no exigibilidad de otra conducta (cf. Sainz Cantero, 1960, p. 447, 451; Muñoz Conde, P. E., p. 191; distinto Bajo, II, la misma causa de justificación, p. 71). Pensamos diferente, ya que aquí no hay un problema de motivación que afecte el comportamiento del sujeto, sino la consideración objetiva de la existencia de un riesgo para el sujeto, por lo tanto esta circunstancia ha de ser abarcada por el dolo y puede dar lugar a un error sobre un elemento esencial (art. 6 bis a) 88 primero y segundo). Se trata de un problema claro de tipicidad, sin perjuicio que, además, posteriormente se considere, en relación al sujeto responsable, la no exigibilidad de otra conducta.

b a b) *Aspecto subjetivo*

El dolo ha de abarcar todos los extremos del aspecto objetivo (cf. s. T. S. 23/1/1981, 28/3/1983) y también, como ha quedado dicho, el elemento de riesgo. También queda comprendido el dolo eventual (s. T. S. 12/2/1958), por lo cual ha de aplicarse en este caso la atenuante del art. 9.4.º, con el objeto de diferenciar en la pena una y otra forma de relación personal con el hecho (y dado que el dolo eventual tiene la estructura de la culpa).



y espiritual en que se pueda desarrollar, en el cual pueda acumular su experiencia personal, sin el cual no podrá ejercer su capacidad de actuar para la satisfacción de necesidades.

El mundo moderno y la complejidad de las relaciones sociales han traído como consecuencia el aumento considerable de las posibilidades de afección a la intimidad. Especial relevancia tiene al respecto el salto cualitativo de la tecnología, tanto en relación a los nuevos procedimientos técnicos generales para entrar en el ámbito físico y espiritual personal de otro, como los procesos de *informatización*, que permiten establecer una red que absorbe toda la experiencia personal del sujeto y la ejeniza (cf. Morales, 1983, p. 577ss.; 1984, p. 31as.).

En ese sentido el C. P. resulta sumamente anacrónico en la protección a la intimidad (cf. Morales, 1983, p. 585), aun cuando por reforma última se haya introducido una disposición en relación a los nuevos procedimientos técnicos para interferir la intimidad (art. 497 bis). Los peligros de la sociedad moderna residen justamente en la afección de la intimidad del sujeto, en obstaculizar con ello su capacidad de actuación para satisfacer sus necesidades y con ello lograr una despersonalización de la sociedad. De ahí la importancia de que la protección a la intimidad sea lo más amplia e intensa posible (así como también de las garantías a la intimidad, problema que ha de estar en relación a limitar la intervención de la autoridad y el que ha de considerarse en los bienes jurídicos institucionales, ver *infra*, cap. XIII).

#### b) Allanamiento de morada (arts. 490ss.)

b a) *Bien jurídico*. Se protege la intimidad (cf. s. T. S. 29/4/1963; así Jorge Barreiro, p. 23ss.) limitada a la morada, es decir, a un determinado espacio físico (cf. Suárez Montes, p. 867); no se protege por tanto la propiedad (cf. s. T. S. 13/2/1968). Tampoco queda incluida, como ocurre en el derecho alemán, la tranquila posesión ni la paz del hogar (cf. Suárez Montes, p. 864ss.), en virtud de una libertad de disposición sobre lugares. La restricción en cuanto a las formas de afección de la intimidad en la morada impiden que la mayoría de los medios modernos (audiovisuales, por ejemplo) queden incluidos, salvo los que en parte pueden incluirse en relación a la morada conforme al art. 497 bis. En general, se trata de una protección sumamente restringida, que habría que ampliar (no suprimir, como plantea García Vitoria, p. 75). (Según Sanz se protege la voluntad del morador, menosprecio a la voluntad, p. 326; pero todos los delitos son contra la voluntad o menosprecio de ella, eso es demasiado amplio, vago y formal y no sirve para determinar el bien jurídico, lo que era propio a la concepción de *Blindung* que sigue el autor.)

#### b b) *Tipicidad*

#### b b a) Tipicidad objetiva

Al igual que el sujeto activo de la detención ilegal, aquí también se habla del particular, lo cual es un fallo técnico legislativo, pues la calidad de particular no configura un tipo especial, por tanto cualquiera puede cometer este delito. Lo único que ello puede significar es que el particular no puede cometer el delito del art. 191; pero si a la inversa, pues de otro modo habría un privilegio al funcionario (hay que entender que éste lo que lesiona son las garantías a la intimidad —art. 191— y, además, allanamiento de morada, siempre habrá en su contra concurso ideal de delitos).

El sujeto pasivo puede ser cualquiera, el dueño de la morada, el arrendatario, basta cualquier título, por muy precario que sea, basta ser *morador* (cf. s. T. S. 30/11/1970).

El aspecto básico típico está constituido por el concepto de *morada*, que tendría los siguientes requisitos: espacio determinado, no importa que sea abierto, en parte, pero debe ser separado del mundo exterior de modo de excluir a otras personas, destinado al desarrollo de las actividades de la vida privada, en uso actual (cf. Suárez Montes, p. 869-870; cf. s. T. S. 18/5/1979; por eso una vivienda deshabitada nunca puede ser morada), aunque no necesariamente permanentemente (se puede tener más de una morada) (cf. Larrauri, p. 298), y limitado a cualquier título, pues el Derecho no puede proteger situaciones anti-jurídicas (así Jorge Barreiro, p. 50). Por eso cualquier espacio delimitado puede convertirse en morada, sea mueble o inmueble (así una carpa, un coche, un vagón de ferrocarril, la habitación de un hotel, cf. s. T. S. 17/11/1911; 27/5/1968; por cierto el coche o el vagón de ferrocarril en cuanto no sea su uso ocasional, por eso un coche casa remolque lo será siempre e igual el coche cama de un tren o el camarote de un barco). No es morada por ello mismo una casa pública (art. 492), como cafés, tabernas, posadas, salvo que ya estén cerradas al público o bien que tengan dependencias no abiertas al público o estén abiertas a un círculo determinado, como es el caso de un club (cf. s. T. S. 9/4/1985; 13/3/1985; 18/4/1916; 26/2/1929; 15/1/1976) y también de una casa de prostitución (cf. Jorge Barreiro, p. 54). En forma extensiva la jurisprudencia ha considerado dentro del concepto de morada sus dependencias, siempre que se hallen en comunicación con ella (cf. s. T. S. 4/3/1966; 28/10/1980; la doctrina tiende hoy a justificar esta extensión sobre la base de la legítima defensa, que comprende la «defensa de la morada o sus dependencias», cf. Suárez Montes, p. 873; Muñoz Conde, P. B., p. 164, Jorge Barreiro, p. 57; pero con ello se pasa por alto que tal disposición es excepcional y extensiva en el caso de la legítima defensa y, por tanto, no puede servir para interpretar a su vez de forma extensiva que las dependencias son morada, cosa que no hace ni siquiera tal disposición, pues diferencia nitidamente entre morada y dependencias y, además, la agresión legítima no necesariamente ha de ser típica, lo cual también vale para la entrada indebida); lo cual es una interpretación abusiva y que transgrede el principio constitucional de legalidad, la violación de las dependencias podrá ser un hecho indebido y aun típico si hay coacción, pero nunca podrá ser allanamiento de morada, por que no es morada (lo que se protege es la intimidad y no la propiedad o la posesión tranquila).

*El comportamiento consiste en entrar o mantenerse en la morada ajena*. Entrar significa *introducirse* en el interior, luego ello implica con todo el cuerpo (cf. Suárez Montes, p. 875), por tanto no es entrar si se pasa sólo una parte de él o se utilizan medios mecánicos (en este sentido el concepto es sumamente restringido, pues con medios mecánicos o electrónicos se puede perturbar ostensiblemente la intimidad e impedir un desarrollo de su vida privada). Mantenerse significa que el sujeto ya se encuentra en la morada, sin ser morador de ella (el código habla de habitar, es decir, ostentar un derecho de cualquier naturaleza que implique no poder ser excluido de la morada, cf. Jorge Barreiro, p. 62), por tanto es un comportamiento subsidiario del primero, pues si entró sin la voluntad del morador, el segundo comportamiento sólo será una actividad de agotamiento del primero.

Tanto en uno como en otro caso el comportamiento ha de ser *contra la voluntad del morador*, la que podrá ser expresa o tácita, pero claramente manifestada en hechos exteriores (no basta la voluntad presunta, que sería una extensión abusiva del tipo). Se trata de un elemento típico, característico de los delitos contra la libertad, que será la principal causa de atipicidad (la jurisprudencia erróneamente excluye la anti-juridicidad, 22/4/1978).

El problema fundamental surge cuando hay pluralidad de moradores; en tal caso cada uno tiene derecho para permitir la entrada (si hay divisiones en la morada, sólo tiene tal derecho respecto de los lugares de uso común y de su propia habitación dentro de la morada). No cambia la situación si se trata de una familia (salvo el caso de hijos menores en relación al derecho de corrección o educación: los padres que prohíben visitas a sus hijos mientras están estudiando), esto es, cada uno de los miembros de la familia tiene derecho a dejar entrar (comprendidos también los sirvientes; cfr. s. T. S. 20/2/1965; cfr. Muñoz Conde, P. E., p. 165.)

La jurisprudencia, en cambio, le da mayor importancia al cabeza de familia (cfr. s. T. S. 8/10/1968), si bien en los casos de cohabitación (marido y mujer) le otorga prevalencia al que niega el consentimiento (mujer que no consiente la entrada de la amante de su marido, s. T. S. 8/10/1968; 29/10/1980). Lo que también es erróneo, pues lo importante es el aspecto positivo, cada uno tiene derecho a permitir la entrada (salvo a aquel lugar que sea de uso exclusivo de uno de ellos; ello sin perjuicio de las acciones de carácter civil que cada cotitular pueda ejercer contra el otro, pero que no hay que confundir con este requisito amplio de atipicidad). Diferente es el caso en que hay una convivencia jerarquizada (convento, internado, hospital, etc.); en estos casos el principal tiene el derecho de admisión y los demás por delegación de éste, pero si tienen un derecho de exclusión respecto de lugares de su exclusivo uso (cfr. Jorge Barreiro, p. 72).

#### Agravación

El art. 490 párrafo segundo contempla como agravante el uso de violencia o intimidación. La violencia o intimidación están referidas tanto al entrar como al permanecer y han de ser medio para el allanamiento (para entrar o permanecer, como la conducta de mantenerse subordinada a la de entrar, claramente también se da la agravación si después de entrar ejerce violencia o intimidación para mantenerse en la morada ajena), no utilizadas simplemente con ocasión del allanamiento (cfr. Suárez Montes, p. 891).

En cuanto al alcance del término violencia, la doctrina, con razón, se inclina por una interpretación restringida, esto es, que sólo comprende la fuerza sobre las personas y a lo más la *fuerza directa sobre las cosas* (añadido, por ejemplo, sólo considera el n.º 2 del art. 504, pero no el n.º 1; cfr. Muñoz Conde, P. E., p. 166; Quintano, P. E., p. 853s.; Suárez Montes, p. 888; Jorge Barreiro, p. 78ss.). En el último tiempo la jurisprudencia ha seguido esta posición intermedia que parece la más ajustada, excluyendo aquella que sólo reduce el concepto de violencia a fuerza sobre las personas y aquella que la amplia a cualquier fuerza sobre las cosas (cfr. s. T. S. 14/1/1974; 11/10/1975; 12/6/1980; 18/11/1981).

#### b b b) Tipicidad subjetiva

En el último tiempo tanto la doctrina como la jurisprudencia estiman que basta con el dolo y no es necesario un elemento subjetivo, pues no tendría sentido la disposición del art. 491 si se exigiese una finalidad específica de violar el domicilio, la que claramente no existe en el caso del art. 491 (cfr. Suárez Montes, p. 895s.; Muñoz Conde, P. E., p. 166; Rodríguez Ramos, P. E., p. 157; s. T. S. 23/10/1969, 8/5/1973, 22/4/1978, 28/10/1980, 18/11/1981; cfr. Guallart, p. 547ss.).

Por tanto, en principio sería posible la tipicidad culposa. Sin embargo, ello queda excluido por la propia estructura del delito de allanamiento de morada, que como todo deli-

to contra la libertad implica el abuso sobre la libertad ajena, y por eso se requiere el conocimiento de que se hace contra la voluntad ajena (añadido s. T. S. 22/4/1978), luego dolo (diferente Jorge Barreiro sobre la base puramente conceptual, sin análisis de la estructura típica en relación al bien jurídico protegido, p. 81ss.).

b c) *Tipo cualificado autónomo* (art. 492 bis). El tipo del artículo 492 bis resulta completamente diferente al del art. 490. Se amplia el concepto de intimidad en muchos sentidos. Está referido a *lugar o inmueble que tenga privilegio de inviolabilidad por ley especial o convenio internacional*. Se trata, por tanto, de *lugar* (puede ser, por eso, bastante abierto) en que habitualmente se realizan *determinadas actividades privadas* (religiosas, por ejemplo), no de lugar en que se habita. El comportamiento consiste simplemente en *quebrantar la inviolabilidad*, por tanto es sumamente amplio en principio (esto es, no sólo mediante entrar o permanecer, sino también mediante la utilización de medios mecánicos o electrónicos; así por ejemplo lanzar constantemente bombas con gases repelentes, etc., o poner clandestinamente un transmisor de televisión que permita ver todo lo que sucede en el interior, etcétera).

Por excepción se considera también conjuntamente una pena especial agravada en el caso de que el sujeto activo sea un funcionario público, cuando éste *abusa de su cargo* (lo que plantea la idea de que el aumento de penalidad se debe a que comete, además, un atentado contra las garantías de los ciudadanos que él debe respetar; en este sentido esta disposición viene a confirmar nuestra interpretación del art. 184 y semejantes, de que la disposición especial para el funcionario no es un privilegio, sino que señala la existencia de un bien jurídico diferente al cual atenta el funcionario: las *garantías constitucionales y legales que protegen los derechos de los ciudadanos frente a la autoridad*, y, por ello, siempre ha de haber un concurso ideal entre el delito contra las garantías y el que atenta contra el respectivo bien jurídico específico. Tal solución aparece recogida por el art. 492 bis mediante un delito compuesto).

#### b d) Antijuricidad, consumación, concurso

##### Antijuricidad

Una especial consideración tiene al respecto el estado de necesidad recogido en el art. 491, que en la actualidad carece de significación frente a la amplitud del art. 8.7.º; más aún resulta una disposición contradictoria, pues parecería que el estado de necesidad no pudiera extenderse al segundo comportamiento del allanamiento, esto es, al permanecer, lo cual no tiene ninguna razón de ser (cfr. Suárez Montes, p. 893; Jorge Barreiro, p. 86ss.; s. T. S. 5/11/1974).

##### Consumación

Dada su estructura típica, basta con entrar o permanecer. En la práctica será difícil considerar los grados de desarrollo, pero sí sería posible concebir la tentativa, y el delito imposible en el caso de entrar. Dadas las características del bien jurídico, puede ser un *delito permanente*, esto es, prolongarse en el tiempo la violación de la intimidad, en la medida en que se prolonga la estancia en la morada.

**Concurso**

El delito de allanamiento puede concurrir conjuntamente con muchos delitos, especialmente en un concurso real de delitos (asesinato, violación, etc.) y también ideal (sea en el caso auténico o en el asimilado de modo a fin); pero lo probatorio se presenta cuando forma parte de un delito complejo, como es el caso del robo con fuerza en las cosas. En este caso ciertamente ha de aplicarse el principio de consumación (art. 68), por tanto si en el caso específico el allanamiento está consumado, pero no el robo y le corresponde pena menor (por ejemplo, tipo legal art. 505 párrafo primero primera frase en grado de tentativa), ha de aplicarse el allanamiento.

**BIBLIOGRAFÍA.** GARCÍA VITORIA, Aurora (1983): El derecho a la intimidad en el derecho penal y en la Constitución de 1978, Pamplona; GUALLEART Y DE VIANA (1981): ¿Existe un elemento subjetivo de lo injusto en el delito de allanamiento de morada?, en ADP, JORGE BARRASIO, Agustín (1987): El allanamiento de morada, Teos, Madrid; LABAURI PIRIOV, Elena (1984): Allanamiento de morada y derecho a la vida, en C.P.C. 24; MORALES, Fermín (1984): La tutela penal de la intimidad: «privacy» e informática, Barcelona; — (1983): «Privacy» y reforma penal: La propuesta de Antiproyecto, en Documentación Jurídica, Madrid; PELLISA (1950): «Privatamiento de morada, en NEJ II; SANZ MORÁN, Ángel J. (1989): Algunas observaciones sobre el delito de allanamiento de morada, en Estudios de Derecho Penal Criminológico, Univ. Nac. Distantia, Madrid; SUAREZ MONTES, Rabio (1968): El delito de allanamiento de morada, en ROLJ.

**c) Descubrimiento y revelación de secretos (arts. 497ss.)**

**c a) Bien jurídico.** Si en el allanamiento de morada la intimidad está protegida en relación a un espacio determinado, en este caso se trata de la protección de hechos o actividades propias o destinadas a la persona o a un círculo reducido de personas, que por eso mismo reciben el nombre de *secretos*. Aunque en forma restringida se amplía la intimidad hacia una concepción espiritual y no puramente material espacial. Tal ampliación se ha visto profundizada con la ley 7/1984, de 15 de octubre, que introdujo el art. 497 bis, que incorpora en relación al descubrimiento de secretos, los medios tecnológicos modernos, si bien en forma aún restringida, pues se refiere sólo a la captación de sonidos, dejando inequívocamente excluido todo aquello que se refiere a la captación de imágenes (con o sin movimiento); tampoco se incluye todo lo referente a violación de los datos informativos o a la consecución ilegítima de datos a través de la informatización (cfr. Morales, 1983, p. 583ss.; Novoa, p. 86ss.).

**c b) Descubrimiento y revelación de secretos documentales (art. 497)****c b a) Tipicidad**

**c b a a) Tipicidad objetiva.** La figura base es la del párrafo segundo. La restricción fundamental del ámbito situacional del tipo está referida a que se trata sólo de secretos (si no hay secreto no puede haber delito), contenidos en documentos (papeles o cartas). La segunda restricción es relativa al comportamiento, ya que sólo puede ser por *apoderamiento*, esto es, es necesaria la aprehensión de los documentos, de modo que si se logra conocer el secreto que contiene el documento por otro medio no se da el delito (con lo cual se excluyen medios tecnológicos modernos) (cfr. Morales, 1983, p. 590; Muñoz Conde, P. E., p. 157; Cuello, P. E., p. 815; la s. 3/4/1957, permite por lo menos entender que

el apoderamiento no necesita ser definitivo, sino sólo para tomar conocimiento del secreto). Para la doctrina dominante basta con el apoderamiento, no es necesario el conocimiento o descubrimiento del secreto, lo cual aparece concordante con la estructura del tipo legal (cfr. Cobo, p. 683ss.; Muñoz Conde, P. E., p. 157; Morales, p. 589).

Respecto del sujeto activo no hay restricción, pero si la hay respecto del sujeto pasivo, ya que conforme a la letra de la ley es necesario que el titular del bien jurídico (sujeto pasivo) sea a su vez el titular de los papeles (de modo que si el sujeto activo se apodera de los papeles de alguien para conocer y divulgar los secretos de un tercero, no habría delito, lo cual es ciertamente absurdo, por eso, con razón, propone García Vitoria una interpretación extensiva, p. 57s.; pero ello va en contra del principio de determinación del art. 25.1 de la Constitución y sería una aplicación por analogía, en este sentido Manzanares, p. 306; Morales, p. 590s.).

**Agravación**

El párrafo primero considera como agravante el hecho de apoderarse de los papeles, descubrir el secreto y divulgarlo (revelación del secreto).

**c b a b) Tipicidad subjetiva.** Se trata de un delito de intención trascendente (de actos reducidos a uno), por ello se requiere, además del dolo, un elemento subjetivo del tipo («para descubrir los secretos»). Por eso la agravación consiste justamente en la realización del segundo acto y su agotamiento (descubrimiento y divulgación); por una mala técnica legislativa queda, sin embargo, muy confuso, ya que los elementos típicos se describen en la agravación y no en el tipo base. El tipo culposo no es, por tanto, posible.

**c b b) Antijuricidad, grados de desarrollo del delito****Antijuricidad**

Una causa de justificación expresamente mencionada es la del párrafo 3.º del art. 497, que no es otra cosa que una *repetición* del ejercicio legítimo de un derecho y no podría entenderse más allá que ello, por tanto muy limitada (Morales, p. 591); pero además es inoportuna, pues ha dado origen al planteamiento que se trataría de una excusa absoluta y, por tanto, que excluiría cualquier hecho violatorio de los padres o tutores, por arbitrario y delictivo que fuese (así, Bajo, p. 155s.; Manzanares, p. 316; Quintano, P. E., I, p. 1.019). De ahí que sea recomendable su supresión.

**Grados de desarrollo del delito**

El delito se consuma con el apoderamiento de un documento que contiene secretos, por ello resulta difícil tanto la tentativa como la frustración (más bien parecería un delito homólogo a los de empujamiento, que se consuma ya con la tentativa). Si se sigue una tesis subjetivista al respecto se podría plantear el delito imposible en el caso de que el documento no contenga ningún secreto (art. 52 § segundo).

## c c) El delito de escucha ilegal (art. 497 bis)

## c c a) Tipicidad objetiva

Sujetos activo y pasivo puede ser cualquiera. El comportamiento consiste en la interceptación de la palabra o los sonidos telefónicos de otro por cualquier medio, o bien, en utilizar formas de transmisión o reproducción de cualquier sonido (es decir, no sólo se refiere a la comunicación telefónica, también a las conversaciones, a la emisión de sonidos por el otro, canciones, grabaciones, etc., utilizando grabadoras, retransmisores, etc.). Esta técnica alternativa no ha sido afortunada, ya que el sonido telefónico es sólo una especie. Lamentablemente, además, no se ha considerado la captación de la imagen (ya sea estática o en movimiento). Desde el punto de vista del objeto material también hay una ampliación, pues se refiere tanto a los secretos como a cualquier dato de la intimidad del otro. De ahí el requisito típico, propio de los delitos contra la libertad, específicamente señalado, que ha de ser sin su consentimiento (si es secreto, de por sí implica ir contra la voluntad del otro, pero no cuando se trata de un simple dato de su intimidad, de ahí que se plantee el requisito de falta de anuencia, la cual ha de entenderse que se da, salvo que se pruebe lo contrario).

Como en el caso anterior basta con la interceptación o transmisión del sonido, no es necesario para el tipo legal la toma de conocimiento de los datos interceptados.

A diferencia del tipo legal anterior el sujeto pasivo no necesita coincidir con la titularidad respecto de los sonidos, aunque generalmente así sea (es decir, puede darse también en relación a la grabación que tenga un amigo de una despedida grabada que le ha regalado su amigo), justamente porque se refiere a la intimidad en general y, además, se habla de «otros».

## Agravación

Con la misma técnica del tipo anterior se agrava la pena por la divulgación o revelación de lo descubierto.

## c c b) Tipicidad subjetiva

También se trata de un delito de intención trascendente, aunque se ha mejorado la técnica legislativa y se plantean los requisitos respecto del tipo base; por ello es necesario dolo y, además, un elemento subjetivo del tipo («para descubrir los secretos o la intimidad»). El tipo culposo no es, por tanto, posible.

c d) Revelación de secretos por parte de dependientes (arts. 498 y 499). Tanto uno como otro tipo legal son una inadecuada formulación de una protección más amplia, que debería ser aquella revelación de secretos conocidos por razón de profesión, oficio o trabajo (cfr. Morales, 1983, p. 592a.); la técnica utilizada resulta arcaica y elitista, porque fundamentalmente se atiende a relaciones de dependencia, que no es lo que merece destacarse. Lo importante es la vía por la cual se ha llegado al conocimiento del secreto. Por otra parte, se requiere una modernización de tales tipos legales, ya que en la sociedad moderna los términos fábrica o establecimiento industrial no expresan la globalidad de las relaciones pro-

fesionales o de trabajo que se pueden dar entre los sujetos y en virtud de las cuales se toma conocimiento de secretos.

En uno y otro caso y sin ninguna razón, se limita el tipo legal estrictamente a secretos, es decir, no se amplía a cualquier ámbito de la intimidad como en el tipo legal anterior. Se trata de delitos especiales, ya que el sujeto activo y pasivo sólo pueden ser ciertos sujetos determinados (administrador, dependiente, criado, encargado, empleado u obrero). Por otra parte es necesario que el secreto se conozca en virtud de la relación de trabajo existente, si es por otra circunstancia no queda comprendido en estos tipos legales. En ambos casos, por ello mismo la conducta típica consiste en descubrir o divulgar los secretos conocidos.

La diferencia básica entre uno y otro tipo está en la naturaleza del secreto; en el tipo legal del art. 498 puede tratarse de cualquier secreto, ya que el C. P. no señala restricción alguna; en cambio en el tipo legal del art. 499 ha de ser sólo un secreto industrial. También hay diferencias desde el punto de vista subjetivo. En ambos tipos legales se requiere dolo, ya que el secreto de por sí implica que exista la no voluntad de su divulgación, de modo que ello ha de ser abarcado por el dolo, por tanto no es posible el tipo legal culposo. Pero en el tipo legal del art. 499 se requiere un elemento subjetivo del tipo, ya de ser con la finalidad de perjudicar al dueño de la industria (luego, por una parte no es necesario que el perjuicio se produzca; pero por otra, sí no es con esa finalidad, no se cometería delito; por ejemplo para realizar una denuncia por un delito contra el medio ambiente o de calidad de consumo, etc.).

Un problema difícil de resolver en estos tipos legales es el referente al tiempo de mantención del secreto (Morales, 1983, p. 594); tal como están redactados los preceptos legales, que suponen una relación de dependencia (cfr. s. T. S. 7/6/1962), habría que estimar que desde el momento que se termina la relación laboral cesa también la prohibición de divulgar los secretos (así, con razón Muñoz Conde, P. E., p. 159; ya Groizard se había dado cuenta del problema, V, p. 734). De ahí que urge una reforma que plantee el problema de la divulgación de secretos en relación al ejercicio profesional o laboral y desde esta perspectiva esta-blezca una determinada permanencia, adecuada socialmente, en la mantención del secreto. Esto además ha de compatibilizarse con el legítimo derecho del sujeto a ejercer su profesión y labor en cualquier lugar o aprovechando la experiencia y la ampliación de sus conocimientos (lo cual no podría estimarse una revelación de secretos).

BIBLIOGRAFÍA. Bayo, Miguel (1980): El secreto profesional en el Proyecto de Código Penal, en ADP; Boux Rago, Javier (1988): Protección jurídico-penal de la intimidad e informática, P1, Especial IX, Nicetas formas de delincuencia, Madrid; Cano de Roca, Manuel (1971): Sobre el apoderamiento documental para descubrir los secretos de otro, en ADP 1971; García Vitoria, Aurora (1983): El derecho a la intimidad en el derecho penal y en la Constitución de 1978, Pamplona; Gurrután González, Luis (1987): Algunas notas sobre la tipificación penal de las escuchas clandestinas, P1 n.º 6, Madrid; Lurzon Peña, Diego-Manuel (1988): Protección penal de la intimidad y derecho a la información, ADP I, XLI, fase 1, Madrid; Manzanares, José Luis (1978): El artículo 497 del Código Penal, en ADP; Morales, Ferrnán (1983): Delitos contra la intimidad: «Privacy» y reforma penal, en Documentación Jurídica, Madrid; Novoa Monreal, Eduardo (1979): Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos, México; Rodríguez Marín, Fernando (1990): Los delitos de escuchas ilegales y el derecho a la intimidad, en ADP, I, XLIII, fase 1; Romano Coromá, Aurelia María (1988): Derecho y deber de reserva y libertad de información en el ordenamiento jurídico-penal italiano, en Actualidad Penal, I, 88-2, p. 2.145; Vivante Ravasani, Javier de (1990): Descubrimiento y revelación de secretos mediante escuchas telefónicas: aptitud de recepciones causales. Consideraciones sobre el empleo de teléfonos inalámbricos, P1 n.º 17, marzo, Madrid.

19. LAS AMENAZAS (arts. 492ss.) Y LAS COACCIONES (art. 496):  
LA LIBERTAD DE OBRAR (cfr. en general Larrauri)

A) *Las amenazas*

a) *Bien jurídico*

Es un delito en que se afecta tanto la libertad de actuación, como la seguridad como presupuesto de la libertad de actuación. Así, en el tipo del art. 493.1.º, se prevé la imposición de una condición (actuación), el dolo está dirigido a ello y, por tanto, el bien jurídico es la libertad de actuación. En cambio, en el art. 493.2.º, lo único afectado es la seguridad como presupuesto de la libertad de actuación.

Varios autores modernos señalan que el bien jurídico protegido en las amenazas condicionales sería la capacidad de resolución, a diferencia de las coacciones en que sería la capacidad de actuación (cfr. Mir, p. 270, 284ss.; Higuera, p. 45, 61, 88; García Pablos, p. 115ss.). Pero la libertad de actuación es la que siempre resulta lesionada, ya que la libertad o interferido no tiene significación sin la actuación y, por tanto, siempre se ha obstaculizado o interferido en la libertad de actuación del sujeto (cfr. Torro, p. 29, 33, 26, 28; Mita, p. 128, con matices diferentes).

El bien jurídico, en el caso de amenazas y coacciones, es la libertad de actuación (dentro de la cual hay que considerar la capacidad de resolución); la única particularidad residiría en las amenazas no condicionales, en que el bien jurídico está constituido por la seguridad como presupuesto de la capacidad de actuación. Seguridad que hay que entender como el conjunto de circunstancias objetivas para que se dé la capacidad de actuación, ya sean objetivas a la situación o a la persona. La diferencia entre las amenazas condicionales y la coacción sólo se podría encontrar a nivel de la determinación típica o de la pena, no en razón al bien jurídico. Claramente en una reforma debería comprenderse como coacción también a las amenazas condicionales, dejando propiamente como amenaza sólo a las no condicionales.

En Alemania últimamente Jakobs (p. 69ss.) ha planteado que el bien jurídico en la coacción y amenazas condicionales no sería simplemente la libertad de actuación, sino sólo la libertad de actuación jurídicamente garantizada. Esto es, cuando se amenaza con ejercer un mal que el sujeto está obligado a soportar, esto es, un mal hecho, no se está frente a un delito contra la libertad ya que no se recortan alternativas de comportamiento, desde el momento en que el sujeto pasivo está obligado a actuar en una dirección determinada por el ordenamiento jurídico. El problema está en que para Jakobs, consecuentemente, no hay amenaza aun cuando la realización del mal se vincule al ejercicio de una condición incoherente o que no guarde la debida relación con el mal que se amenaza. Ello se debería a que al ofrecer el autor otra alternativa, aun cuando sea incoherente, no se recortaría al sujeto pasivo alternativas de comportamiento, sino que por el contrario las ampliaría, le ofrecería dos alternativas; el sujeto podría elegir, se le ofrecería un plus de libertad. Este planteamiento es insoportable, pues de todos modos no se obvía el hecho de que para el sujeto pasivo las dos alternativas son *un mal* (que es lo que exige el tipo de amenaza); por otra parte, que el sujeto tenga alternativas afecta igualmente la libertad, ya que lo característico en las amenazas es que el sujeto pueda elegir y, por último, desde el momento en que la condición exigida es incoherente se afecta otras esferas del comportamiento, que podrían ser descriptas

como neutras o jurídicamente garantizadas. En definitiva, la posición de Jakobs no es susceptible y el bien jurídico es la libertad de actuación sin otro adjetivo.

b) *Formas típicas*

b a) *Amenaza no condicional (art. 493.2.º)*

b a a) *Aspecto objetivo*

Es el tipo más elemental desde el punto de vista objetivo y en razón del bien jurídico (se afecta la seguridad como presupuesto de la libertad de actuación: es un *delito de lesión*). Es necesario que se trate de un *mal*, esto es, de un peligro para bienes jurídicos determinados: vida, salud, libertad y seguridad, honor y patrimonio (cfr. Lorenzo, p. 768s.). Es decir, se amplia más allá de bienes personalísimos, a la inversa de lo que sucede por ejemplo con el art. 338 bis. Este peligro, sin embargo, ha de ser necesariamente *constitutivo de delito*, con lo cual se restringe enormemente el ámbito típico, lo que no tiene una fundamentación razonable; tampoco es lógica la limitación de que el mal esté referido al sujeto o su familia, pues podría haber personas más allá de su familia de tanta o mayor significación para él (cfr. Lorenzo, p. 764ss.). A pesar de que se habla de «causar un mal», no se ve obstáculo a que el mal mismo se lleve a cabo por omisión.

La comisión del mal se puede producir tanto por violencia como por intimidación, ya que de ambas formas se puede afectar la seguridad del sujeto como presupuesto de su capacidad de actuación (da lo mismo que el condenado le diga a su captor, que cuando se le va a matar, o bien, que le mande matar su perro favorito, etc.).

b a b) *Aspecto subjetivo*

Necesariamente, por la estructura típica, al comminarse con mal, se requiere dolo. No es posible la culpa (cfr. Bajo, p. 655).

b b) *Amenazas condicionales (art. 493.1.º y 494)*. El problema fundamental de estas amenazas reside en el aspecto objetivo, ya que como pueden ser llevadas a cabo por violencia o intimidación, no hay posibilidad típica de distinciones de las coacciones (se aplicable también la problemática en relación al art. 338 bis, cfr. *infra*, 20 b a). De ahí que la única forma de resolver el problema es aplicar el criterio de la consumación y determinar, por tanto, el tipo aplicable según la pena (art. 68). Es por ello que en una reforma futura necesariamente hay que hacer un tratamiento conjunto de amenazas condicionales y coacciones.

La jurisprudencia ha tratado de hacer la diferenciación exigiendo que el mal sea injusto, futuro, determinado y dependiente de la voluntad de quien lo hace (cfr. s. T. S. 22/2/1980). Tales requisitos, además de ser sumamente vagos y dejar la determinación típica al juez (así, por ejemplo, siempre todo mal es futuro, cfr. Mir, p. 283; Bajo, II p. 121), pasan por alto lo básico, cual es el de afectar la capacidad de actuación, respecto de lo cual tales requisitos no son significativos.

La condición puede consistir en:

*Exigir una cantidad*, con lo cual se plantean problemas con el robo con intimidación, lo que la jurisprudencia ha pretendido salvar con el requisito de futuro del mal (cfr. s. T. S. 23/5/1977); pero la única solución posible es la consunción, conforme al art. 68 del C. P., ya que toda otra es vaga y artificial.

*Cualquier otra condición*, también en este caso, si además hay otro bien jurídico atacado, habrá que proceder con el criterio de la consunción.

La condición a su vez puede ser lícita o ilícita, ya que también una condición lícita puede ser una forma de afectar la capacidad de actuar del sujeto pasivo, pues aparece en descomposición con el mal con que se comina (se matará si no pagas tu deuda; cfr. Bajo, II, p. 124). Se puede en estos casos plantear la posibilidad del ataque a la Administración de Justicia (relación con el art. 337) (cfr. Bajo, p. 50, 59, 80; Artz, p. 834ss.), lo que permite tirar la ampliación de una disposición tan estrecha como la del art. 337. En todo caso hay que señalar que lo afectado es la capacidad de actuación del sujeto, de modo que se trata de una amenaza, sin perjuicio que otro tipo pudiese poner el acento en el aspecto procesal que lleva en sí la condición, caso en el cual habría que plantearse la problemática del concurso.

El marco penal depende de varias circunstancias:

Si se consigue o no el propósito (prisión menor, o bien, arresto mayor). Se ha planteado que en el caso de no conseguirse el propósito, lo afectado sería sólo la libertad de resolución (Rodríguez Devesa, P. E., p. 282); pero ya señalamos que no es así, sino que en ambos casos lo afectado es la libertad de actuación, sólo que en un caso se trata de un delito de lesión (se consiguió afectar la capacidad de actuación) y en el otro de un delito de peligro concreto (de ahí la diferencia de penalidad y de que un hecho absorba al otro, pero no se trata de dos tipos diferentes).

Según si el mal constituye o no delito. Si no constituye delito (art. 494) la pena será la misma (arresto mayor) que si se trata de delito en que no se consigue el propósito. Como simplemente el art. 494 trata de mal que no constituye delito, puede tratarse de un mal ilícito o lícito, con lo cual entonces puede darse el caso en que el mal con que se comina sea lícito y a su vez la condición que se imponga (ya que hay remisión art. 493.1.º) sea también lícita (cfr. Muñoz Conde, P. E., p. 144; se amenaza con denunciar al sujeto pasivo por el delito cometido si no entrega determinada cantidad de dinero; en contra Cobo-Carbonell, P. E., p. 703). El criterio para determinar cuándo un mal lícito, imponiendo una condición lícita, realmente afecta (injustamente) la capacidad de actuación y sea considerado típico, tendrá que residir en que no existe la *debida conexión interna* (cfr. Rodríguez Devesa, P. E., p. 280, 283, 284) entre el actuar exigido y el mal con que se comina desde la perspectiva del ordenamiento jurídico (existe tal conexión si se amenaza con establecer demanda si no le paga la deuda) (cfr. Lorenzo, p. 776ss. ampliamente).

Por su parte si constituye delito se puede imponer la pena en su grado máximo si las amenazas se hacen por escrito o a nombre de entidades reales o supuestas.

c) Concurso, caución o destierro, amenaza contra una población, amenaza falsa, chantaje

Ya en el curso de la exposición hemos tratado los diferentes problemas de concurso, señalando que en general, junto a las amenazas, se puede dar la afectación a otro bien jurídico (propiedad, libertad sexual, seguridad del Estado, etc.) se procederá conforme al criterio de la consunción. El mismo criterio ha de utilizarse en la relación entre amenazas condicionales y coacción.

El C. P. aplica al que amenaza sanción de caución o en su defecto de destierro (art. 495).

En el art. 496 bis se contempla una agravación común a amenazas y coacción, cuando el sujeto pasivo está constituido por los habitantes de una población; la agravación está por tanto en relación a la masificación de las víctimas, pero sujeto pasivo es cada uno de los habitantes.

No pareciera necesario crear el delito de *chantaje* (exigir un provecho determinado bajo la conminación de revelar un secreto cuya divulgación perjudicaría al sujeto pasivo), ya que dada la amplitud de las amenazas condicionales (arts. 493.1º y 494), cualquier caso de chantaje queda ya considerado en ellas (así Muñoz Conde, P. E., 146; Rodríguez Devesa, P. E., p. 286; en contra Cobo-Carbonell, P. E., p. 703, ya que restringen las amenazas condicionales).

Los arts. 585 párrafo 1.º, 2.º y 3.º consideran casos de *amenazas falsas* («amenazar con armas de modo leve», «amenaza de mal que constituye delito, pero sin persistir en la idea», «amenazar de palabra con un mal que no constituye delito»). La diferencia sólo puede plantearse desde la perspectiva de la escasa gravedad del mal con que se amenaza (cfr. s. T. S. 24/6/1959; 11/2/1977; 4/2/1981).

BIBLIOGRAFÍA. Artz, Günther (1974): *Zum Zweck und Mittel der Notigung*, en *Festschrift für Hans Welzel*, Berlin; Bajo Farabán, Miguel (1976): *La realización arbitraria del propio derecho*, Madrid; — (1989): *El delito de amenazas*, en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona*, Homenaje a Antonio Bertrán, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián; Cuello, Eugenio (1952): *Sobre el delito de chantaje*, en ADP; Díaz Pulos (1950): *Amenazas*, en NEI II; García Pizarro, Antonio (1983): *Sobre el delito de coacciones*, en *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela; Hicounza Guzmán, Juan Felipe (1978): *El delito de Karl Peters; Larrauri Puroán, Elena (1987): Libertad y amenaza*, PPJ, Barcelona; Lorenzo Saldado, José y Derecho Penal al servicio de la persona. Homenaje a Antonio Bertrán, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián; — (1989): *El delito de amenazas*, Homenaje a Fernández Albón, Santiago de Compostela; Mira Puga, El concepto de violencia en el delito de coacciones, en C.P.C. 22; Románsuz Deyras, José María (1984): *Chantaje*, en NEI IV; Torio López, Ángel (1977): *La estructura típica del delito de coacciones*, en ADP.

B) Las coacciones (art. 496)

a) Bien jurídico

Como se ha dicho, se ha pretendido diferenciar desde el bien jurídico a las amenazas de las coacciones, pero ello no pareciera posible, pues en ambos casos lo que se protege es la libertad de actuación. El bien jurídico protegido es la libertad de obrar (así Mir,

p. 270; Torío, p. 223; Mira, p. 128; García Pablos, p. 113). Es el delito en que cobra especial expresión el planteamiento de Stuart Mill que señala que el límite a la libertad reside en no perjudicar a un semejante. La libertad de uno termina en la libertad del otro: la capacidad de actuar de una persona termina en la capacidad de actuar del otro. La vida moderna social hace que las zonas de interferencia sean múltiples y que lo socialmente adecuado amplíe su radio, creando una zona cada vez mayor de concordancia y restricción de la libertad de uno y otro, que impide, por tanto, el planteamiento de una coacción (así el paso de la carretera, la constitución de colas y conductores; la forma en que circulan los coches en de concordancia de las libertades, con su consecuente restricción, también se amplía el ámbito en que pueden ser afectadas. Especial importancia tienen en la actualidad una serie de técnicas modernas psicológicas o de propaganda, que pueden tener un carácter coactivo (la llamada propaganda subliminal o las técnicas psicológicas para obtener una declaración del sujeto). En este sentido la coacción puede llegar aun a cambiar la *misericordia* del sujeto, puede consistir en una manipulación total de su personalidad, dentro de lo cual pueden caer todas aquellas técnicas denominadas de resocialización o socialización. También desde esta perspectiva quedan incluidas todas aquellas formas de censura y autocensura (la más difundida es aquella que se da en el terreno de la información).

La libertad de actuación abarca un amplio campo y, por ello mismo, como bien jurídico protegido tiene un carácter residual en el caso de las coacciones, esto es, este delito surge sólo cuando, al igual que las amenazas, los hechos a que se refiere no estén comprendidos ya en otro tipo legal.

#### b) Tipicidad dolosa

b a) *Aspecto objetivo.* Sujeto activo de este delito puede serlo cualquiera, también, en principio el sujeto pasivo, aun un imputable, si bien pueden darse límites ficticios (niño de días o enfermo mental catatónico), derivados justamente del hecho que lo protegido es la libertad de actuación, pues hay casos en que dicha libertad no puede ser afectada.

El comportamiento consiste en impedir con violencia a otro hacer lo que la ley no prohíbe o compelerle (con violencia) a efectuar lo que no quiera, sea justo o injusto. Se trata de un delito de lesión y de acción ya que la *violencia* supone un comportamiento activo y aunque la ley no lo diga es un *requisito común* a todo el comportamiento, ya que de otro modo la disposición sería contradictoria y sin sentido.

La problemática más importante de este tipo legal gira en torno al *concepto de violencia* (cfr. Mira, p. 130ss.). La tendencia jurisprudencial se dirige hacia una concepción amplia del término; por ello se incluye no sólo la fuerza física, si no también la intimidación y aun la fuerza sobre las cosas que tengan efecto sobre el sujeto (por ejemplo, para que el inquilino deje el piso, corta el dueño el agua, la luz, etc.) (cfr. s. T. S. 9/12/1963; 23/5/1975; 18/10/1979; 6/3/1981) (cfr. análisis pormenorizado de Mira, p. 130ss.).

La inclusión de la intimidación produce ciertamente problemas con la distinción con las amenazas condicionales; pero ello se debe fundamentalmente a cuestiones de mala técnica legislativa, en cuanto deberían tratarse conjuntamente en las coacciones los hechos que se plantean como constitutivos de amenazas condicionales. Dado que en ambos delitos se trata del mismo bien jurídico, llegado el caso habrá que decidir conforme al principio de consunción (art. 68), por lo cual en ciertos casos se aplicará el art. 496, así en relación al tipo legal del art. 494 y segundo supuesto del art. 493.1.º y, en otros, el art. 493, que se-

guramente será en la generalidad de los casos, cuando la relación se produzca con el supuesto primero del art. 493.1.º (cfr. Muñoz Conde, P. E., p. 138s.). Pero en definitiva, entonces, ello no es óbice para considerar que en la violencia ha de comprenderse también la intimidación, pues al igual que la violencia física, con ella se afecta la *capacidad de acción* del sujeto.

Una serie de autores tiende a eliminar la intimidación sobre la base de que en las amenazas se afecta la resolución y, por tanto, la intimidación sería lo propio de la amenaza (cfr. Torío, p. 28; Mir, p. 284; Higuera, p. 87; por su parte Rodríguez Deyesa parte del mismo fundamento de diferenciación entre amenaza y coacción, con lo cual trata de restringir la amenaza a aquellos casos en que se actúa sólo sobre la motivación, P. E., p. 270). Por ello es sumamente artificial, ya que todo lo que tiene efecto sobre la motivación influye también en la actuación.

También se ha discutido el comprender dentro de violencia el uso de fuerza sobre las cosas (cfr. Muñoz Conde, P. E., p. 139). En la medida en que se trata de fuerza en las cosas en conexión con la persona, que tiene efectos sobre su capacidad de actuación, no se ve razón para su exclusión, ya que se trata de un problema simplemente de medios y ciertamente el uso de violencia no excluye medio alguno, ni los espirituales y menos los materiales, como sería este caso (así, el conocido ejemplo de la novela *El Padrino*, en que se compele al sujeto a actuar, cortándole la cabeza a su caballo preferido) (cfr. s. T. S. 18/6/1969; 27/2/1970).

En definitiva, el concepto de violencia ha de entenderse en su sentido amplio, ya que ha de vincularse al bien jurídico capacidad de actuar, y por tanto, comprende cualquier tipo de medio, esto es, fuerza física sobre las personas, violencia psíquica sobre las mismas (mediante fuerza sobre las cosas, uso de narcóticos o de hipnosis) (cfr. Mir, p. 281s.) y comprendiendo también, como extensión de esta violencia psíquica, a la intimidación. Sólo así se le puede dar su verdadero sentido y significación en el mundo de hoy a la coacción (comprendiendo con ello aun la llamada propaganda subliminal y otros procedimientos semejantes).

Otra cuestión importante a resolver es la referente a los *requisitos típicos de «no prohibido» y de «justo o injusto»*. El comportamiento de impedir está referido a lo no prohibido y el compeler a lo justo o injusto.

En primer lugar, en cuanto al requisito de «no prohibido», parecería que al oponer a que las normas de prohibición son propias del ámbito penal; por tanto habría que excluir injustos civiles o administrativos (así Cobo-Carbonell, P. E., p. 697; en contra Rodríguez Deyesa, P. E., p. 271 nota 22; Rodríguez Ramos, P. E., p. 133; Quintano, P. E., I, p. 130s.), pues además ello supondría una extensión enorme de atipicidad y ciertamente propia de hacerse justicia por mano propia (cfr. Cuello Calvo, P. E., p. 811). Luego, es causa total concordancia con el art. 338 bis, que *manda* impedir determinados delitos (contra la vida, la integridad, honestidad, libertad y seguridad). Sería absurdo cualquier otro planteamiento, ya que a un sujeto no se le puede mandar a prohibir al mismo tiempo (lógicamente entonces quien impide, por ejemplo, con violencia que alguien mate a otro, en caso alguno realiza el tipo legal de coacción; se trata de una restricción del ámbito de la legítima defensa y de otras causas de justificación, en virtud de que situaciones ya comprendidas por ellas han de considerarse en la tipicidad, ya que el tipo es la descripción de un ámbito situacional). El problema se plantea en relación con otras prohibiciones no comprendidas en el

art. 338 bis. Pareciera que en estos casos no puede plantearse un problema de tipicidad, sino uno de antijuricidad; por ejemplo quien impide a otro con violencias una falsificación de instrumento público, no lleva a cabo una conducta atípica, sino que el problema hay que ponerlo en relación con la *autorización legítima* que tenía para realizar tal conducta, que hace referencia a una causa de justificación amplia. En caso contrario sí que se estaría dando entrada a la justicia por mano propia, lo cual sería contrario a todo el ordenamiento jurídico (cfr. s. T. S. 10/2/1970).

En segundo lugar, en cuanto al requisito de *justo o injusto*, hay que entenderlo en forma amplia, aplicado a todo el ordenamiento, pues da lo mismo compeler en el ámbito penal, civil, administrativo, etc., ya que de otra manera se trataría de hacerse justicia por sí mismo (este es un nuevo argumento para la interpretación restringida anterior). Sin embargo, habría que hacer ahora una interpretación consecuente con el art. 338 bis, que viene a restringir el ámbito del término «justo». Impedir un delito conforme al art. 338 bis implica también impedir, por ejemplo, un homicidio por omisión. Por tanto se podría *compeler* con violencia a un salvavidas de una playa a que salve a un bañista que se está ahogando. Esto sería compeler a algo justo, que en caso alguno podría ser típico, ya que sería ilegítimo que a un sujeto que se le mande y se le prohíba al mismo tiempo y, por otra parte, también sería absurdo en el art. 338 bis no comprender los delitos de omisión. Luego hay que restringir el concepto de «justo» sólo a aquellos casos que estén más allá del art. 338 bis. Este también es un argumento para la interpretación anterior sobre el término «prohibido», ya que sería absurdo que fuese típico compeler con violencias, por ejemplo, a que un sujeto entregue la cosa que tiene en depósito y, en cambio, no fuese típico impedir con violencia una estafa.

b) *Aspecto subjetivo*. Por la estructura misma de este tipo legal, y en especial por la exigencia de violencias, el tipo legal de coacciones exige dolo, por tanto no puede ser cometido por culpa.

c) *Antijuricidad, grados de desarrollo del delito, concursos, agravación*

c a) *Antijuricidad*

*Imputación objetiva*

Como ya hemos dicho se trata de un delito de lesión, no simplemente de puesta en peligro de la libertad; por eso tanto respecto del *impedir* como del *compeler* ha de poderse imputar objetivamente un efecto determinado: *un determinado hacer de la persona* (sea que ese hacer sea impedido, o bien, se compela a él). Para tal imputación jugarán un rol importante juicios de adecuación objetiva, para poder determinar si el efecto producido se puede realmente reconducir al comportamiento conativo, así la cultura, educación y ambiente social en que se desenvolvían sujetos activo y pasivo, su edad, su sexo, profesión, etc., son cuestiones a considerar (cfr. Mir, p. 289s.; s. T. S. 6/4/1968; 30/1/1980).

*Causas de justificación*

El art. 496 señala, además de los requisitos específicos de tipicidad («no prohibidos» y «justo o injusto»), una mención expresa a las causas de justificación mediante la expresión

«sin estar legitimamente autorizado» (cfr. s. T. S. 10/2/1970; 13/10/1972; 30/1/1980; 24/3/1983). Con ello se hace especial mención al ejercicio legítimo de un deber, derecho (por ejemplo, el acreedor que exige el pago de la deuda o en caso contrario demandará, el que exige la cosa dada en depósito, que en caso contrario entablará denuncia), profesión u oficio; estado de necesidad (así por ejemplo el impedir con violencias que otro se suicide, ciertamente cumple el tipo de coacción, ya que el suicidio no está prohibido, pero habría estado de necesidad; aunque de todos modos se considera que sólo cumplirá el tipo de coacción, aquello que vaya más allá del deber de socorro que establece el art. 489 bis) (cfr. s. T. S. 14/3/1979) (en general en este sentido Muñoz Conde, P. E., p. 141; en contra Higuera, que parte de la ilicitud del suicidio, p. 153ss., 156).

En cuanto a las manifestaciones (por huelga u otra razón) no puedan estimarse coacción típica, en la medida que sean pacíficas, pues falta el requisito de violencia; si son violentas habría que entrar a analizar los intereses en juego (derecho de reunión y expresión y libertad de los otros), esto es, apreciar según el estado de necesidad.

c b) *Grados de desarrollo del delito*. Como se trata de un delito de lesión, no hay dificultad para la existencia de la tentativa o frustración (cfr. s. T. S. 27/4/1972; 7/11/1983).

c c) *Concursos*. Las coacciones, al igual que las amenazas, aparecen como un delito residual, de modo que en relación a otros delitos contra la libertad pueden considerarse como consumidas en el caso concreto (delitos contra la libertad sexual, detenciones ilegales, allanamiento de morada); y también respecto de otros delitos (así, por ejemplo, en el robo con violencia o intimidación en las personas) (cfr. s. 25/2/1976; 3/3/1982). Ya anteriormente vimos su relación con las amenazas condicionales (*supra*, b a).

Una especial importancia tiene la diferenciación con la falta tipificada en el art. 585.4.º («coacción o vejación injusta de carácter leve»). Los requisitos de la falta son los mismos que los del delito, por ello hay que estimar que la *levedad* ha de estar en relación tanto con el desvalor de acto (las violencias ejercidas) como con el desvalor del resultado (esto es, si mediante una violencia mínima, en virtud de las demás circunstancias concurrentes —por ejemplo pertenencia del sujeto activo a un grupo organizado conocido y temido—, se logra un hacer o no hacer trascendente para el sujeto, ciertamente habrá delito de coacciones; por el contrario, aunque el hacer o no hacer sea mínimo, pero se han ejercido violencias muy intensas sobre el sujeto, habrá también un delito). La jurisprudencia ha tendido erróneamente a darle importancia al desvalor de acto, en relación al *quantum* de violencias ejercidas (cfr. s. 10/2/1970; 12/11/1979; 7/2/1981); con ello se olvida que todo delito comprende tanto un desvalor de acto como uno de resultado, ambos son fundamentales para determinar la levedad o gravedad del delito.

De todos modos y sobre todo en el caso de las coacciones mínimas, que aparecen con poca significación social, o mejor dicho como propias al tráfico social, son adecuadas socialmente (aparcar en doble fila; cruzar en mitad de la calle cuando vienen coches, etc.) (cfr. Bustos, P. G., p. 188; Mir, p. 300s.).

c d) *Agravación*. Como ya vimos respecto de las amenazas, hay una agravación común (art. 496 bis) consistente en la coacción con el propósito de atemorizar a los habitantes de una población.

**BIBLIOGRAFÍA.** ALVAREZ GONZÁLEZ, Santiago (1986): Secuestro internacional de menores («legal kidnapping») y cooperación internacional: la posición española ante el problema, P.J. n.º 4, Madrid; Díez Pucos (1982); Casabona, en NEJ. Y GARCÍA PASCOS, Antonio (1983): Sobre el delito de coacciones, en Estudios penales y criminológicos, Santiago de Compostela; HIGUERA GINERNA, Juan Felipe (1978): El delito de coacciones, Barcelona; MIA PÉREZ, Santiago (1977): El delito de coacciones en el Código Penal español, en ADP; MIRA BENAVENTE, Javier (1984): El concepto de violencia en el delito de coacciones, en C.P.C. 22; QUERALT, Juan José (1983): Coacción directa y justificación, en RJC; TORO LÓPEZ, Ángel (1977): La estructura típica del delito de coacción, en ADP; VERA RUIZ, José Augusto de (1988-9): La privación de libertad a través de las órdenes de presentación y comparecencia, en La Ley, p. 1.169.

## 20. DE LAS DETENCIONES ILEGALES (art. 480ss.), LA SUSTRACCIÓN DE MENORES (art. 484ss.) Y EL RAPTO (art. 440)

### A) Detenciones ilegales (art. 480ss.)

#### a) Bien jurídico

El bien jurídico en este delito es una especificación de la libertad, esto es, la capacidad de actuación en lo referente a la movilidad del sujeto. Por ello mismo desde el punto de vista delictivo es una especie de coacción (cf. s. T. S. 20/12/1974; 31/1/1978; 2/10/1978). El bien jurídico protegido es la libertad ambulatoria, la capacidad del sujeto para trasladarse de un lugar a otro (s. T. S. 21/10/1971; 20/12/1974). Por ello mismo puede haber dificultades en la delimitación con el delito de coacción, lo importante es que en este último se afecta la capacidad de actuación en general (por ello, por ejemplo, será coacción el inutilizarle el coche a un sujeto para obligarlo a ir a pie, pues no se ha afectado su capacidad para trasladarse de un lugar a otro; diferente sería si se le inutilizara la lancha que es el único medio que él tiene para trasladarse de su isla a tierra firme; en este caso habría detención ilegal).

#### b) Tipo básico

##### b a) Tipicidad dolosa

##### b a a) Aspecto objetivo

El sujeto activo según el art. 480 ha de ser el particular; se trata de un claro defecto de técnica legislativa, pues el particular no puede constituir un sujeto especial (cf. Bustos, p. 364s.); luego el sujeto activo es solamente el inominado «el que». Por tanto, cualquiera puede ser sujeto activo de este delito, también el funcionario público, ya que, en el delito del art. 184 no se atenta contra la libertad ambulatoria, sino contra las garantías a la libertad (cf. Bustos, p. 342ss.), de otro modo se configuraría respecto del funcionario público un privilegio, lo que sería contrario a la Constitución. En verdad el «privilegio» es a la inversa, es el particular el que jamás puede cometer el tipo legal del art. 184, ya que las garantías sólo pueden establecerse respecto de la autoridad.

En cuanto al sujeto pasivo, en principio, éste puede ser cualquiera, pero siempre que esté dotado de los procesos volitivos para su determinación psico-especial (cf. Córdoba,

p. 393), ya que se trata de la libertad ambulatoria (por eso un niño de diez meses de edad o un enfermo mental en estado catatónico, etc.).

El comportamiento consiste en encerrar o detener, siendo indiferente el medio, para realizarlo. Aunque aparentemente podría pensarse que es un delito sólo de acción, ciertamente también se puede cometer por omisión impropia (por ejemplo, la persona que pide a su criado que lo encierre durante la noche, pues padece de sonambulismo, y éste a la mañana siguiente no le abre la puerta). Lo importante es que el encierro o la detención se constituyan en una afeción a la libertad, como lo señala el propio art. 480 («privándole de su libertad»). De ahí que también se trate de un delito permanente, pues continúa en el tiempo mientras perdura la privación de libertad. También por ello se trata de un delito de lesión, es necesaria la privación de libertad para que se consuma el delito (aunque sea un instante, cf. s. 21/12/1977).

Encerrar equivale a situar a un sujeto en un lugar delimitado, esto es, del cual no pueda salir (casa, patio, isla, coche, etc.). Es indiferente, por tanto, su movilidad dentro de ese espacio delimitado. Naturalmente la delimitación del espacio no ha de implicar simplemente un aumento de dificultades o restricción de alternativas (en tales casos podrá haber coacción), sino imposibilidad de superación para hacer uso de su libertad de trasladarse a otro lugar. Las limitaciones puntuales a la inversa, esto es, no dejar entrar a una persona a un determinado lugar, no pueden considerarse detención ilegal, ya que se exige encierro, sólo podrá ser una coacción.

Detener significa simplemente privar de libertad de movimiento sin necesidad de encierro, y es el comportamiento característico de la detención ilegal (amarrar, aturdir, marcar, etc.).

Detenciones o encierros de carácter leve para la libertad (como que el bus no se detenga en el paradero que corresponde, sino en el siguiente; o bien, no abrir el ascensor en el piso solicitado por el sujeto, sino en otro), deberían considerarse como coacciones leves del artículo 585.4.º.

Por último, aunque no se establezca en el tipo legal, hay que considerar como requisito típico, por ser delito contra la libertad, y causa fundamental de atipicidad, que el encierro o detención se efectúe contra la voluntad del sujeto pasivo.

##### b a b) Aspecto subjetivo

Este delito requiere de dolo. Se discute la posibilidad de la culpa (a favor Polaino, p. 178s.); ciertamente es concebible una detención o encierro imprudente (por ejemplo, el encerrar de la bodega de un banco que por descuido la cierra dejando encerrado durante toda la noche a otro empleado). Pero este delito hay que entenderlo dentro de los hechos contra la libertad y reconducirlo a aquellos delitos elementales en relación a ella, que son la coacción y la amenaza. La idea que sirve de fundamento al delito de detención ilegal está referida a la invasión abusiva de la libertad de otro (contra su voluntad), luego la estructura de estos delitos requiere de esta actitud de abuso (en las coacciones y amenazas ilegales, como en todo delito contra la libertad, está presente esta actitud de abuso, que tampoco se puede distinguir del dolo, ya que es necesario el conocimiento de que se actúa contra la voluntad del sujeto (en contra también de un elemento subjetivo específico, Míñoz Conde, P. E., p. 151; Córdoba, 1965, p. 20). Es por la estructura típica del delito de detención ilegal que no es posible la culpa.

b) *Antijuricidad, grados de desarrollo del delito, participación.* Una especial importancia tiene como causa de justificación el ejercicio legítimo de un deber, derecho, profesión, oficio o cargo. Así los padres o maestros en virtud del derecho de corrección y educación podrán impedir determinada movilidad del hijo o educando, en la medida que se mantenga en el ámbito del derecho de educación o corrección (que no es un derecho sobre la persona del hijo), justificará tal comportamiento.

Como se trata de un delito de lesión, no hay dificultad alguna para concebir la tentativa y la frustración, como la particularidad de que al ser delito permanente, su momento *consumativo* se prolonga en el tiempo.

En cuanto a la participación, dado el carácter de delito permanente, ésta será posible durante todo el tiempo en que perdure la consumación.

El código contempla una serie de disposiciones en un planteamiento *preventivo penal general* que castigan de modo especial *actos preparatorios y formas de participación* (cfr. Orts, p. 427ss.).

El art. 481 bis párrafo primero contempla un acto preparatorio punible («construir o acondicionar lugares para cometer detención ilegals»).

El art. 480 párrafo segundo contempla un acto de complicidad, hay que entenderla de carácter simple (ya que la necesaria tendría la misma pena y no se necesitaría una disposición especial), que señala la misma pena del autor («proporcionar el lugar para la ejecución del delito»).

En el art. 481 bis párrafo segundo se contempla un *acto preparatorio de complicidad* (habría que entender de necesaria o simple) («construir o acondicionar lugares con el propósito de proporcionarlos a otros para la comisión de detención ilegals»); con lo cual se llega al límite de punición desde una perspectiva *preventiva general*.

De ahí que el paso siguiente, como sucede siempre con la idea *preventiva general*, traspasa los límites de un derecho penal *garantista*, ya que castiga la posesión de lugares hábiles *para* una detención ilegals, *si no se pusiere en conocimiento* de la autoridad; es decir, se trata de un delito de omisión propia (cfr. Orts, p. 427 y 433ss.). Se trata de un tipo legal sumamente amplio y en que de modo alguno se puede vincular el comportamiento del sujeto con el bien jurídico libertad ambulatoria de otro (en el mejor de los casos se podría plantear en relación a la posible persecución de delitos, esto es, en relación a la administración de justicia).

En todas estas formas no cabe la culpa (en *las de preparación*) porque la culpa es inherente a un delito y no a una forma accesoría, y, en segundo lugar, porque se precisa un elemento subjetivo, que es el que vincula la forma accesoría con lo principal («con el propósito», «para»); en cuanto al último tipo, que aparece como autónomo (omisión propia), tampoco es posible ya que requiere el conocimiento de que se posee esos lugares y que no se denuncia.

### c) Tipo agravado (art. 481)

El art. 481 establece tres posibles agravaciones del delito de detención ilegals. Tales agravaciones no constituyen un delito autónomo, por eso quedan en forma independiente respecto de los delitos con que puede concurrir la detención ilegals («sin perjuicio de las demás responsabilidades»). La doctrina dominante estima que ello implica la posibilidad de concurso con amenazas graves o bien con el delito de usurpación de funciones (cfr. Muñoz Conde, P. E., p. 54; Rodríguez Devesa, P. E., p. 414; Bajo, II, p. 33).

Para Orts, en cambio, «la citada cláusula no significa más que por su través se pretende insistir en la idea de que las demás responsabilidades, es decir, las que se derivan de actos no tipificados en las diversas detenciones agravadas, deben ser castigadas por sí mismas, mientras que si están supeditadas al servicio de estas figuras delictivas, su punición queda embebida en la de ellas» (p. 416-417). Pareciera que Orts tiene razón; como hemos señalado, lo único que quiere decir el art. 481, es que el hecho de la agravación no impide el castigo *por otros delitos* que concurren con el tipo del art. 480. Naturalmente lo que no se puede hacer, pues vulneraría el principio del *ne bis in idem*, es aplicar la agravación y además el delito que corresponde con la agravación impuesta (amenaza grave, usurpación de funciones).

Por rescate hay que entender una cosa con valor económico, aunque no implica limitación alguna, ya que basta «cualquier otra condición»; pareciera que no es necesario que tal condición sea para poner en libertad al detenido, aun cuando esto sea lo normal (cfr. Orts, p. 407). Basta con la exigencia de la condición, no es necesario que se logre. Hay una *desmesurada* amplitud en la segunda frase del n.º 1, ya que la agravación se produce cuando la detención ilegals «fuere consecutiva a un delito contra la propiedad».

En el n.º 2 la agravación se produce si la detención dura más de quince días, plazo que se cuenta de momento a momento lo que incide en el carácter de delito permanente de este tipo legal.

El n.º 3 se refiere a la simulación de funciones públicas, por tanto basta con que se haya  *fingido* el carácter de funcionario público y que el sujeto pasivo *estime racionalmente* que este tiene facultades para detener, no sería necesario que tal funcionario fingido en verdad las tuviera, basta el efecto sobre el sujeto pasivo (ya que en el fondo lo que hay es una intensificación de la coacción y esto es lo determinante) (cfr. Orts, p. 410-411).

Naturalmente estas agravaciones se refieren al tipo base del párrafo primero del art. 480 y no a las disposiciones especiales de los dos párrafos siguientes, pues tal aplicación sería totalmente contradictoria (con un simple acto de cooperación, ya agravado en sí y con una figura atenuada en el tercer párrafo).

Por otra parte habría que señalar que dadas las características de estas agravaciones, la primera y tercera en relación a tipos especiales y la segunda en consideración al elemento típico de permanencia del delito, ellas pueden ser compensadas por atenuantes generales, aunque sean muy especiales.

Estas agravaciones se aplicarían aun cuando el tipo básico quede en grado de frustración o tentativa, es decir, hay que partir de la pena de prisión mayor en su grado máximo a reclusión menor y no de la de prisión mayor, para determinar la pena de la tentativa o frustración. Es decir, la regla del art. 481 es siempre *regla especial* en relación al art. 480.

### d) Tipo atenuado (art. 480, § 3.º)

Se trata de una consideración especial de la atenuante general de arrepentimiento espontáneo (dar la libertad dentro de los tres días, sin lograr su *objetivo* o *propósito* —lo que excluye claramente la aplicación a este supuesto del art. 481— y no haberse iniciado el procedimiento).

### e) Tipo privilegiado autónomo (art. 482)

En el aspecto objetivo se trata del particular que *cumple una función pública*, conforme a lo que establecen los arts. 490 y ss. de la LEC; pero no se puede plantear en la

misma forma que el funcionario público, ya que sólo respecto de éste se da la contraposición autoridad y ciudadano, por esto no se produce una infracción de las garantías constitucionales (éstas son un límite a la autoridad, no a los particulares). En el aspecto subjetivo se requiere dolo y, además, un elemento subjetivo del tipo de intención trascendente: «para presentarla a la autoridad». El privilegio está en razón entonces del cumplimiento de la función pública, por eso se exige el aspecto subjetivo específico. El problema es saber de dónde procede la naturaleza de este tipo legal; para Muñoz Conde se trata de una causa de justificación incompleta (P. E., p. 53); pero si no se da el aspecto objetivo, difícilmente se puede hablar de justificación incompleta (como si falta la agresión o la situación de necesidad). Por eso, hay que entenderlo como un tipo legal autónomo doloso en relación al art. 480, esto es, en que hay un exceso de celo de justicia (y es eso lo que atenta) por el particular. Tampoco podría ser un problema de error sobre un elemento esencial (el invencible deja impune, el vencible lleva a la imprudencia, que también en este caso sería impune) ni tampoco de creencia errónea invencible, que deja impune el hecho.

Sólo, entonces, podría estimarse que se trata de una creencia errónea veniable sobre la licitud de obrar, con un tratamiento especial por el celo de justicia —función pública—, ya que tendría menor pena que aplicar el art. 66 en relación con el art. 6 bis a) párrafo final.

**BIBLIOGRAFÍA.** Álvarez González, Santiago (1986): Secuestro internacional de menores (*legal kidnapping*) y cooperación internacional: la posición española ante el problema, en P.I. n.º 4; Bernal Llanusa (1980): Consideraciones acerca de los delitos de rapto y detenciones ilegales agravadas de sospecha, en RGL; Bustos Ramírez, Juan (1983): El delito de práctica ilegal de la detención por parte del funcionario público, en C. P. C. 20; Córdoba Roda, Juan (1964-1965): El delito de detenciones ilegales, en ADP; Otrera Benavente (1979): El nuevo art. 481 del Código Penal, en Escritos Penales, Valencia; Porlano Navaserra, Miguel (1982): El delito de detención ilegal, Pamplona; Pura Peña, Federico (1957): Detenciones ilegales, en NEJ VII; Vera Ruiz, José Augusto de (1989-9): La privación de libertad a través de las Ordenas de presentación y comparecencia, en *La Ley*.

## B) Sustracción de menores (art. 484ss.)

### a) Bien jurídico

Para un sector de la doctrina se trata de un delito contra la familia, en el cual lo afectado son los derechos y deberes inherentes a la patria potestad (cfr. Rodríguez Ramos, P. E., p. 251; Cobo, p. 229; Diego Díaz-Santos, p. 287).

Ya hemos señalado al referirnos al abandono de familia nuestro criterio contrario a la existencia de tales delitos. En este delito lo que se quiere recalcar en forma expresa es que se afecta directamente tanto la *seguridad*, como presupuesto de la *libertad en general* (como en el abandono de familia y de niños), pero, además, y de modo principal, la *seguridad* como presupuesto de la *libertad ambulatoria del menor* (ya que da lo mismo que la sustracción sea con la anuencia o no del menor) (semejante Muñoz Conde, P. E., p. 68; Quintano, P. E., p. 931).

Se trata pues de un tipo *especial* en relación a las detenciones ilegales, dada la amplitud con que está considerada la libertad (no sólo la libertad ambulatoria, sino también la seguridad como presupuesto de la libertad en general, en cuanto se afectan los derechos y deberes de la patria potestad). Sin embargo, resulta *contradictorio* que no se le apliquen las agravantes del art. 481. En todo caso, a su vez, es tipo especial respecto de éste el rapto (art. 440), si se da la finalidad sexual.

## b) Sustracción de menores de siete años (art. 484)

b a) *Tipicidad objetiva.* Sustracción significa atentar tanto respecto de la libertad ambulatoria del menor (*de estar* con sus padres o guardador) como respecto de los derechos de custodia o patria potestad de la persona que lo tiene a su cargo. Ciertamente cuando se trata de un niño de meses no se puede plantear la libertad ambulatoria, e igual si es con su anuencia; por eso lo que se afecta es la *seguridad* como presupuesto de la libertad en general y la *seguridad* como presupuesto de la libertad ambulatoria.

Resulta incomprensible que la pena sea la misma que en las detenciones ilegales, cuando claramente en este caso hay una mayor cualificación del injusto y es todavía más absurdo que no se le apliquen las agravantes del art. 481.

b b) *Tipicidad subjetiva.* Es necesario el dolo, ya que la estructura de *sustracción* plantea un comportamiento intencional. La edad es una simple delimitación típica con las detenciones ilegales, de modo que si es mayor de siete años, el dolo cubre la detención ilegal, es un error irrelevante. El problema surge a la inversa si se cree que es mayor de siete años y tiene menos, sobre todo por la defectuosa técnica legislativa de las penas y agravaciones; no hay duda que con ello va a resultar favorecido el autor, pues habrá que aplicar la sustracción de menor (ya que la edad es un *presupuesto objetivo* típico) aun cuando se diese alguna de las circunstancias del art. 481. (La única posibilidad técnica poco satisfactoria sería considerar concurso ideal entre un delito imposible [art. 52] de detención ilegal agravada con sustracción de menores, que permitiría imponer prisión mayor en su grado máximo.)

## c) Inducción al abandono de la casa (art. 486)

El tipo legal en su parte objetiva se refiere sólo al mayor de siete años y que no tenga dieciocho años; queda excluido el menor de siete años, respecto del cual hay que entender que se da simplemente el delito de sustracción de menores del art. 484.

Se trata de una tipificación extraña, ya que el abandono de la casa por parte del menor no es punible, luego tampoco lo debería ser la inducción. Hay que entender, como en la inducción al suicidio, que la precupación del legislador por la seguridad y la libertad ambulatoria de las personas, lo lleva a considerar la especial situación en que se encuentra un menor entre 7 y 18 años. En principio sería fácil (aunque no sea igual un menor de 8 con uno de 17) interferir en su capacidad de actuación, la que aparecería garantizada a través de sus padres, tutores o encargados de su persona.

Al tratarse de una forma de inducción tipificada, es necesario que se dé el abandono para que el delito esté consumado; de otro modo se estaría castigando la inducción frustrada. Por tratarse de una forma de participación tipificada no puede plantearse ni la tentativa ni la frustración.

Desde el punto de vista subjetivo, como toda inducción, necesariamente requiere dolo para su realización, no es posible la culpa.

Por último, no pueden ser inductores los padres, ni tampoco incluirse en los demás supuestos de sus detenciones de menores, cualquiera que sea su situación; en el caso que están suspensos en sus derechos por Tribunal, lo único que puede darse es el delito de desobediencia grave del art. 237 o leve del art. 584.6.º (cfr. Cobo, p. 442a; Diego Díaz-Santos, p. 297; Muñoz Conde, P. E., p. 70a.; diferente Cobo-Carboneil, P. E., p. 713, para los cuales hay un concurso ideal entre sustracción y desobediencia). La jurisprudencia ha planteado

que cuando la sustracción es protagonizada por los padres, si no padece la seguridad del menor, la conducta es atípica, lo cual no impediría apreciar la existencia de un delito de desobediencia (S. T. S. 15/3/1983).

**BIBLIOGRAFÍA.** Caso *DEL ROSAL*, Manual (1961): Consideraciones técnico-jurídicas sobre la sustracción de menores, en ADP; Disco *DÍAZ-SANTOS* (1974): Delitos contra la familia, Madrid; *QUINTANO RIBOLLES* (1961): La relativa sustracción del delito de sustracción de menores, en ADP.

### C) El rapto (art. 440)

#### a) Bien jurídico

En el último tiempo los autores tienden, con razón, a separar el delito de rapto de los delitos contra la libertad sexual (cfr. Zugaldía, p. 607a.; Cobo, p. 393ss.; Rodríguez Ramos, P. E., p. 151; ya antes Sáinz Cantero, p. 255).

Se trata de un tipo legal de intención trascendente (de dos actos reducidos a uno), por lo cual no se puede considerar que la pura subjetividad del segundo (finalidad de atentar contra la libertad sexual) sea lo decisivo para determinar el bien jurídico afectado.

Se trata, por eso, de un delito contra la libertad (y *seguridad*), en que el accento está puesto en la libertad ambulatoria y, por ello, ha de estar en relación a las detenciones ilegales y a la sustracción de menores, sin perjuicio de considerar además la libertad sexual. Evidentemente tal inclusión pone de relieve todos los fallos técnicos de que padece la sistemática legislativa (ya vistos en relación a la sustracción de menores) los que merecen las críticas más severas (cfr. Cobo, p. 372a.).

Ciertamente estas reflexiones sobre el bien jurídico hay que matizarlas cuando se trata de menores de doce años, ya que como hemos dicho un menor de meses no tiene capacidad psicofísica respecto de su libertad de actuación como tampoco en relación a su actividad sexual. Sin embargo, dados los términos expresos de la ley, habría que entender que también tales casos quedan incluidos en el art. 440 párrafo segundo (si se da el rapto y la finalidad). Luego, habría que entender que en tales casos el rapto implica un atentado contra la seguridad del menor (como ya vimos en la sustracción de menores) como presupuesto de su libertad de actuación (comprendida la ambulatoria), en cuanto se alteran las circunstancias objetivas para que él pudiera ejercerla, y también la seguridad como presupuesto de la libertad sexual, que como circunstancia objetiva la doctrina tiende a denominar *intangibilidad sexual o indemnidad sexual* (cfr. Carrmona, p. 40ss., González Rus, p. 283ss.; Cobo, p. 402a.).

En definitiva se trata de un delito de lesión contra la libertad y seguridad (en relación a la libertad ambulatoria) y de peligro respecto de la libertad y seguridad sexual.

#### b) Tipicidad

**b a) Aspecto objetivo.** Después de la reforma de 1978, tanto el sujeto activo como el pasivo, pueden ser un hombre o una mujer, la ley es suficientemente clara al respecto (cfr. Zugaldía, p. 593; Cobo, p. 390s.; en contra, sin razón, S. T. S. 21/5/1981).

La conducta consiste en raptar, conducta que hay que entender tanto como interferencia en la capacidad de traslación de la persona (detención ilegal) como en la seguridad

del menor, como presupuesto de su libertad (art. 440 § segundo), y todo en relación a los derechos y deberes derivados de la patria potestad o de la guarda (por ello tal conducta está también en relación con la sustracción de menores).

Como en todo delito contra la libertad, es necesario que se lleve a cabo contra la voluntad del sujeto pasivo, de modo que su anuencia es la principal causa de atipicidad. Sin embargo, por las consideraciones ya vistas respecto del bien jurídico, se estima que el menor no está en disposición de ejercer su capacidad de actuación en este caso (como ya se vio respecto del menor de siete años en la sustracción) y de ahí que sea indiferente su anuencia.

En todo caso, así como criticamos la penalidad en la sustracción, también en este caso lo hacemos, pues tiene la misma pena que la de detención ilegal, siendo que se trata de una detención ilegal cualificada, y más aún, al igual que en la sustracción de menores, inaplicablemente no se pueden aplicar las agravaciones del art. 481. En general, el legislador ha sido muy poco sistemático y consecuentemente, en lo que respecta a la protección de la libertad (ya hemos visto los problemas de las amenazas, las coacciones, las detenciones ilegales, etc.). Respecto de todos estos tipos legales se requiere una profunda y amplia reforma.

**b b) Aspecto subjetivo.** Es necesario el dolo y un elemento subjetivo del tipo: finalidad de atentar contra la libertad sexual, que tiene, por tanto, un sentido muy amplio, comprensivo de todos los hechos referidos a dicha libertad. La realización por culpa no es posible. Desde el punto de vista del dolo no hay problema si se cree que es mayor de doce años la persona y el rapto se comete contra su voluntad; diferente es si se da la misma situación con la anuencia del sujeto. La edad, como en la sustracción de menores, es un *presupuesto objetivo* típico, luego no se requiere que el dolo la abarque. Se trata de una permanencia de responsabilidad objetiva por razones de prevención general. Para salvar estas situaciones debería crearse un tipo culposo en contra de *la seguridad*, como presupuesto de la libertad, del menor de 12 años (de negligencia o imprudencia inexcusable).

#### c) Concursos y disposiciones comunes

Cuando no concurren los requisitos del tipo legal del art. 440, pueden darse, sin embargo, otros tipos legales, ya sea de detención ilegal o vinculados a él (cfr. Cobo, p. 376ss.). Así la persona mayor de 12 años y menor de 18 raptada con su anuencia (al es mayor ya no puede haber delito alguno), puede caer dentro del art. 486 si hay abandono de la casa de sus padres, tutores o encargados de su persona. Lo mismo se podría decir respecto de menores de la misma edad cuyo rapto se obtuviese por engaño.

Problema especial es el rapto de una persona menor de doce, pero sin finalidad sexual. Si es menor de siete será sustracción de menores, y si es de entre siete y 18 años con su anuencia, se podrá aplicar el tipo legal del art. 486, y si es contra su voluntad podrá aplicarse detención ilegal del art. 480 (cfr. Cobo, p. 384ss.).

En relación a las disposiciones comunes, véase *infra* 21, E.

**BIBLIOGRAFÍA.** Carrmona, Salvador (1982): Los delitos de abusos deshonestos, Barcelona; Caso *DEL ROSAL*, Manual (1963): El delito de rapto, en Comentarios a la legislación penal, Edersa, Madrid; González Rus, Juan (1982): La violación en el Código Penal español, Granada; Sáinz Cantero, José (1978): La reforma del derecho penal sexual, en ADP; Sáinz Morán, Ángel (1989): La reforma del delito de rapto, en Criminología y Derecho penal al Servicio de la persona. Homenaje a Antonio Bertrán, Instituto de Criminología del País Vasco, San Sebastián; Silva, José (1978): Consideraciones sobre la reforma de los delitos de estupro y rapto, en C. P. C. 8; Zúñiga Vidua, Evaristo (1978): Consideraciones críticas sobre la nueva normativa del rapto, en ADP.