

Manuel Jaén Vallejo
Profesor Titular de Derecho Penal.
Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

SUMARIO:

- I. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 232/1997, DE 16 DE DICIEMBRE
 - 1.1 Hechos
 - 1.2 Fundamentos jurídicos
 - 1.3 Comentario
- II. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 120/1998, DE 15 DE JUNIO
 - 2.1 Hechos
 - 2.2 Fundamentos jurídicos
 - 2.3 Comentario
- III. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA SEGUNDA) DE 7 DE MARZO DE 1998
 - 3.1 Hechos
 - 3.2 Fundamentos jurídicos
 - 3.3 Comentario
- IV. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA SEGUNDA) DE 8 DE MAYO DE 1998
 - 4.1 Hechos
 - 4.2 Fundamentos jurídicos
 - 4.3 Comentario
- V. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA SEGUNDA) DE 26 DE ENERO DE 1998
 - 5.1 Hechos
 - 5.2 Fundamentos jurídicos
 - 5.3 Comentario

I. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 232/1997, DE 16 DE DICIEMBRE (BOE NÚM. 18, DE 21 DE ENERO DE 1998). SALA PRIMERA. PONENTE: MAGISTRADO D. VICENTE GIMENO SENDRA.**1.1 Hechos**

El recurrente en amparo había sido condenado por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Oviedo como autor de un delito de exhibicionismo y de una falta de amenazas de los arts. 431 y 585.3, respectivamente, del Código Penal de 1973, considerando como hecho probado que aquél había mostrado sus genitales a una mujer mayor de edad y que, al ver cómo ésta se disponía a tomar la matrícula del vehículo en el que el acusado circulaba, le había dicho textualmente: "sé donde vives y si me pasa algo voy a por ti". Contra la Sentencia condenatoria el acusado formuló recurso de apelación, entendiendo que tras la entrada en vigor del nuevo Código Penal la conducta de exhibicionismo por la que fue condenado en la instancia había quedado despenalizada, al limitarse el art. 185 del nuevo texto legal a castigar como delito de exhibicionismo la conducta consistente en ejecutar o hacer ejecutar a otros "actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces", no comprendiendo, pues, dicho

texto, a diferencia del anterior, los referidos actos ante mayores de edad. El recurso fue desestimado por Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo de 11 de junio de 1996, contra la que se interpone el recurso de amparo, alegando en el mismo el recurrente la vulneración del derecho a la legalidad penal, reconocido en el art. 25.1 CE y, en consecuencia, solicitando la nulidad de dicha Sentencia y su absolución del delito de exhibicionismo.

1.2 Fundamentos Jurídicos

El Tribunal Constitucional estima, con todo acierto, el recurso de amparo, reconociendo al recurrente su derecho a la legalidad penal y anulando la Sentencia impugnada en lo relativo al delito de exhibicionismo. Recuerda el Tribunal Constitucional que en reiteradas ocasiones ha establecido que "la interdicción de interpretaciones analógicas y extensivas *in malam partem* integra, junto a la exigencia de la tipificación de los ilícitos y las sanciones mediante *lex praevia, scripta, certa et stricta*, el contenido del principio de legalidad penal y el del correspondiente derecho fundamental del art. 25.1 CE".

A continuación la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) realiza unas declaraciones sobre algunas de las exigencias del principio de legalidad y, en general, sobre su fundamento, altamente interesantes. Afirma el Tribunal Constitucional que "la garantía de tipicidad, que impide que los órganos judiciales puedan sancionar fuera de los supuestos y de los límites que determinan las normas, no es más que el reverso, el complemento y el presupuesto de la garantía de determinación que ha de preservar el legislador y, en su caso, la Administración con unas normas concretas y precisas, claras e inteligibles (STC 34/1996)", añadiendo que "el principio de legalidad en el ámbito sancionador es un principio inherente al Estado de Derecho que la Constitución enuncia en su título preliminar (art. 9.3), lo configura como contenido de un derecho fundamental de las personas (art. 25.1) y lo recuerda como límite de la función esencial de los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial (art. 117.1). Este principio impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, no sólo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente, pero similares a los que sí contempla (STC 133/1997). Como afirmaba la STC 133/1997, el principio de legalidad (...) significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial, que el Juez se convierta en legislador".

"En definitiva, el principio de legalidad penal es una garantía inherente al Estado de Derecho, que impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención penal, la estricta sujeción de Jueces y Tribunales al dictado de las leyes que describen e imponen penas. Su efectivo reconocimiento obliga en ocasiones a dilucidar si se ha traspasado la tantas veces tenue línea divisoria que separa la actividad judicial de reconocimiento del alcance y significado de la norma como paso previo a su aplicación, de la que, con ese

mismo fin, rebasa sus límites y genera o modifica su propio sentido (SSTC 75/1984 y 156/1996)".

En el caso concreto resuelto, dice la STC, "no se trata de discutir en esta sede si la selección de la norma aplicable, así como el análisis de su vigencia y derogación, labores que corresponden en exclusiva a la jurisdicción ordinaria de acuerdo con el art. 117 CE (SSTC 90/1990, 80/1991, 359/1993, entre otras muchas), ha sido manifiestamente irrazonable, arbitraria o fruto de un error patente, en cuyo caso podría producirse un control de la misma por parte de este Tribunal (SSTC 233/1991, 55/1993, 245/1993 y 203/1994, entre otras), desde el prisma del art. 24.1 CE; ni ... si nos encontramos aquí ante una aplicación extensiva o analógica *in peius* de una norma penal, sino lisa y llanamente ante su aplicación a un supuesto expresamente excluido por la Ley penal aplicable, lo que supone, no una infracción cualquiera del principio de legalidad, sino su desconocimiento puro y simple".

1.3 Comentario

La STC 232/1997 contiene importantes declaraciones en orden al fundamento y contenido del principio de legalidad, uno de los principios básicos del Derecho penal moderno, aunque sigue faltando aún en la jurisprudencia constitucional una mayor profundización en el análisis de cada una de las exigencias que integran el contenido de dicho principio, que, además, constituye un derecho fundamental. La ley penal, como con acierto se expresa en esta STC, debe ser una *lex praevia, scripta, certa et stricta*. Con esta última exigencia se hace referencia a la prohibición de la analogía, que ahora se contiene también en el art. 4.1 del Código Penal, al establecer que "las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas". Ahora bien, que quede prohibida la interpretación analógica, *in malam partem*, no significa, como parece entenderlo el Tribunal Constitucional cuando afirma la interdicción de las "interpretaciones analógicas y extensivas *in malam partem*", que también lo esté la interpretación extensiva. Una y otra interpretación son diferentes y no deben confundirse. Como dice Bacigalupo, mientras que la interpretación extensiva "importa la aplicación más amplia de la ley hasta donde lo consiente el sentido literal de la misma, se entiende por analogía la aplicación de la ley a un caso similar al legislado pero no comprendido en su texto".¹ Ciertamente, si todo texto se puede entender en un sentido amplio o en un sentido restringido, es claro que la interpretación extensiva no puede quedar prohibida por la exigencia de *lex stricta* del principio de legalidad. Cuestión diferente, nada fácil en ocasiones, es la de establecer dónde termina la interpretación permitida, aunque sea extensiva, y dónde comienza la interpretación analógica, prohibida ya por el principio de legalidad². En realidad, la propia STC comentada es consciente de la dificultad de tal distinción cuando se refiere a la necesidad de "dilucidar si se ha traspasado la tantas

1 *Principios de Derecho Penal*, Parte General, eds. Akal, 4ª ed., Madrid, 1997, p. 77.

2 Cfr. al respecto, Jakobs, *Strafrecht*, AT, 2ª ed., 1991, p. 85; "La garantía del principio de legalidad y la prohibición de la analogía en el derecho penal", *Anuario de Derechos Humanos*, 2/1983, pp. 13 y ss.; Baldó, "La construcción de la teoría del delito y el desarrollo continuador del Derecho", ADPCP, 1996; Mir Puig, *Derecho Penal*, PG, 4ª ed., Barcelona, 1996, p. 87.

veces tenue línea divisoria que separa la actividad judicial de reconocimiento del alcance y significado de la norma como paso previo a su aplicación, de la que, con ese mismo fin, rebasa sus límites y genera o modifica su propio sentido". Evidentemente, el art. 4.1 del Código Penal no se refiere a la interpretación extensiva sino a la analógica.

La STC también menciona la exigencia de *lex certa*, como "garantía de determinación que ha de preservar el legislador y, en su caso, la Administración, con unas normas concretas, claras e inteligibles (STC 34/1996)". Se trata de una exigencia del principio de legalidad dirigida al legislador, que le impone, como ya dijera la STC 159/1986, "el deber de conformar los preceptos legales que condicionan la aplicación de sanciones, sobre todo cuando se trata de sanciones criminales, de tal manera que de ellos se desprenda con la máxima claridad posible cuál es la conducta prohibida o la acción ordenada"; también las SSTC 133/1987, 127/1990, 150/1993 y 62/1994, han tratado esta importante garantía del principio de legalidad.

La primera de las Sentencias indicadas, la 133/1987, expresó con toda claridad la importancia que para el ciudadano tiene este principio. El ciudadano debe poder programar sus comportamientos "sin temor a interferencias imprevisibles del ordenamiento sancionador del Estado". Esta declaración hay que relacionarla con los fundamentos del principio de legalidad a los que una vez más se refiere el Tribunal Constitucional cuando en la Sentencia comentada afirma que las distintas garantías del principio de legalidad concretan diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho estatal sancionador, vinculándose con el imperio de la ley, el derecho de los ciudadanos a la seguridad, la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales³.

II. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚM. 120/1998, DE 15 DE JUNIO (BOE NÚM. 170, DE 17 DE JULIO). SALA SEGUNDA. PONENTE: MAGISTRADO D. FERNANDO GARCÍA-MON Y GONZÁLEZ-REGUERAL.

2.1 Hechos

Previa denuncia del Ministerio Fiscal, fueron requisados en la cámara frigorífica de la empresa de los recurrentes en amparo cincuenta y cuatro ejemplares de tortugas boba o *caretta*, muertos y congelados. El Juzgado de Instrucción instruyó entonces diligencias previas por un presunto delito de contrabando de los arts. 1.1.4º y 1.2 de la Ley Orgánica 7/1982, que culminaron en Sentencia absolutoria de los recurrentes en amparo, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 10 de Barcelona, fundándose la misma en la imposibilidad de complementar el tipo penal aplicable con leyes autonómicas, con disposiciones de rango inferior al de ley orgánica o con normas de carácter administrativo, así como en la falta de acreditación del género hallado. En cambio, la Audiencia Provincial de Barcelona los condenó como autores de un delito de contra-

³ Cfr., en el mismo sentido, SSTC 62/1982, 89/1983, 75/1984, 53/1985, 159/1986 y 137/1997, entre otras.

bando de especies protegidas. La Audiencia consideró que la Ley de contrabando es una ley penal en blanco que se integra por otras normas estatales como el Convenio sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (BOE de 30-7-1986), que incluye en su apéndice 1 la Tortuga Caretta, el Reglamento de la CEE 3626/82 del Consejo, de 3 de diciembre, referente a la aplicación a la CEE del mencionado Convenio C.I.T.E.S., la Ley 4/1989, de 27 de marzo, sobre Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, el Real Decreto 439/1990, de 30 de marzo, que regula el Catálogo General de Especies Amenazadas, entre las cuales se incluye la tortuga caretta-caretta, etc. También hacía referencia la Sentencia de la Audiencia Provincial a la Ley autonómica 3/1988, de 4 de marzo, de Protección de los Animales, del Parlamento de Cataluña. Los recurrentes en amparo entendían en su recurso, básicamente, que dicha Sentencia vulneraba el principio de legalidad penal del art. 25.1 CE y su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). En cuanto al principio de legalidad su vulneración se habría producido por la aplicación del art. 1.1.4º de la Ley Orgánica de Contrabando 7/1982 (actualmente derogada por la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando), según el cual "son reos del delito de contrabando, siempre que el valor de los géneros o efectos sea igual o superior a un millón de pesetas los que: (...) importaren, exportaren o poseyeren géneros prohibidos, y los que realizaren con ellos operaciones de comercio o circulación, sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes", en relación con el art. 3.2 b) de la misma Ley, conforme al cual "son artículos o géneros prohibidos: (...) b) Todos los que por razones de higiene, seguridad u otra causa cualquiera hayan sido comprendidos o se comprendan expresamente por disposición con rango de Ley, en prohibiciones de importación, exportación, circulación, comercio, tenencia o producción" ⁴. Según los recurrentes, el art. 1.1.4º de la L.O. 7/1982 constituiría una ley penal blanco, contrario al principio de certeza por no especificar el núcleo esencial de la materia de prohibición, pues aunque el mismo expresa en qué consiste la conducta constitutiva de delito, no identifica cuáles son los géneros prohibidos. También incurriría en indeterminación el art. 3.2 b) de la misma Ley. Otro de los argumentos del recurso de amparo hacía referencia al complemento de la ley penal en blanco; en opinión de los recurrentes, tal complemento ha de estar previsto por una ley estatal, que goce del rango de ley orgánica, y que tenga contenido penal. En cuanto a la presunción de inocencia, alegaban los recurrentes que el elemento delictivo de la valoración de las tortugas no había sido objeto de prueba de cargo por parte de la acusación y que se dio por probado tal elemento mediante una tasación *ex lege*.

2.2 Fundamentos jurídicos

La STC comienza el análisis de este caso examinando primero la eventual vulneración del principio de legalidad y reconociendo que la ley aplicada, en los precep-

⁴ El art. 2.1 d) de la vigente L.O. de Contrabando 12/1995 establece que "cometen delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 3.000.000 de pesetas los que: (...) realicen operaciones de importación, exportación, producción, comercio, tenencia, circulación o rehabilitación de géneros estancados o prohibidos, sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes", y el art. 1.6 y 7 de esta misma Ley contiene las definiciones de "géneros o efectos estancados" y "géneros prohibidos".

tos aplicados en la Sentencia impugnada, es una ley penal en blanco, "que impone taxativamente la consecuencia jurídica, pero cuyo supuesto de hecho no se encuentra totalmente previsto en ella, sino que requiere de un complemento previsto en otra norma; la norma penal se remite a otra norma de naturaleza no penal, que se integra de este modo en la definición del delito o falta".

En cuanto al problema del rango del complemento de la ley "en blanco", señala la STC que "la Constitución ni impone ni prohíbe que el complemento extrapenal de una ley punitiva en blanco haya de estar previsto por una disposición que tenga el rango de ley orgánica ... Según declaramos en la STC 118/1992, no existe una reserva de ley orgánica para el complemento de las leyes penales en blanco. Reiteradamente hemos señalado, además, que la reserva de ley que rige para las disposiciones penales no excluye la posibilidad de que éstas contengan remisiones a los Reglamentos administrativos (SSTC 127/1990, 111/1993, 62/1994, 102/1994, 24/1996), pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, pues esto último supondría degradar la garantía esencial que el principio de reserva de ley entraña, como forma de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes (SSTC 42/1987, 219/1991)".

Pues bien, la STC pone de relieve que de las distintas disposiciones mencionadas en la Sentencia impugnada como complemento de la Ley de Contrabando, al menos dos cumplen las exigencias que la propia Ley establece, entre las que se encuentra el rango de ley del complemento normativo. "Una de ellas es el Reglamento (CEE) núm. 3626/82 del Consejo, de 3 de diciembre de 1982, relativo a la aplicación en la Comunidad del Convenio sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres (...) y el Reglamento (CEE) núm. 2295/86 del Consejo, de 21 de junio de 1986, que modifica el anterior (...). Ambas son disposiciones de Derecho comunitario. Respecto de ellas, hemos señalado reiteradamente que no corresponde a este Tribunal controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario (SSTC 49/1988, 64/1991, 180/1993, 201/1996, 203/1996). Pero realmente se plantea ahora una cuestión distinta, la de determinar si una norma comunitaria puede cumplir la función de complementar la ley penal incompleta cuando ésta exige el rango de ley para la norma remitida. Al respecto recuerda la STC su doctrina, coincidente con lo declarado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su Sentencia de 23 de febrero de 1995 (asunto *Bordessa y otros*), que reitera su jurisprudencia, en el sentido de que las disposiciones comunitarias "pueden invocarse ante el órgano judicial nacional y dar lugar a la inaplicabilidad de las normas nacionales contrarias a dichas disposiciones". Consecuentemente, la STC concluye diciendo que "una norma del Derecho comunitario, originaria o derivada, en atención a su primacía en el orden interno, es susceptible de integrar el supuesto de hecho de una norma penal, incluso si ésta exige para su complemento que tenga rango legal, como ocurre en el presente caso".

De especial interés resulta la cuestión planteada por los recurrentes en amparo relativa a la pretendida imposibilidad de que una norma autonómica, en el caso concreto la Ley del Parlamento de Cataluña 3/1988, de 4 de marzo, de protección de los animales, pueda ser complemento válido de la Ley 7/1982, de Contrabando, porque ello supondría la posibilidad de que una misma conducta constituyera delito en una Comunidad Autónoma y no en otra, con vulneración del principio de uniformidad de la legislación penal en todo el territorio español. El TC contesta que efectivamente "la legislación penal es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.6ª CE), por lo que las normas emanadas de las Comunidades Autónomas no pueden prever concretos delitos ni sus correspondientes penas. La STC 142/1988 (fundamento jurídico 7º) declara que incurriría en la tacha de invadir la competencia exclusiva del Estado sobre legislación penal el precepto de la legislación autonómica que tipificase de manera efectiva y concreta algún supuesto de responsabilidad penal. Y asimismo en la STC 162/1996 (fundamento jurídico 4º) declaramos la inconstitucionalidad de un precepto autonómico que reproducía y ampliaba un tipo penal, ..., insistiendo en que está constitucionalmente proscrita la acción del legislador autonómico en el ámbito de la legislación penal". "Ahora bien, en el presente caso el problema planteado no es que la norma autonómica contenga un tipo penal, sino si el órgano judicial puede integrar el tipo penal con una norma autonómica de naturaleza administrativa o, expresado en otros términos, si la norma autonómica puede servir de complemento a la ley penal en blanco. Para dar una respuesta adecuada a esta cuestión, es menester partir de que nuestro ordenamiento jurídico ha adoptado una estructura compuesta, en la que están llamadas a coexistir la legislación estatal y la legislación autonómica. La función que corresponde al Estado de regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales (art. 149.1.1ª CE), no puede ser entendida de tal manera que vacíe de contenido las competencias que las Comunidades Autónomas asuman al amparo del art. 148 de la Constitución y de sus propios Estatutos de Autonomía, que han de ser respetadas en sus propios términos (...). A partir de esta premisa, es posible que sea diferente la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional (...). Ahora bien, la ausencia de una monolítica uniformidad jurídica no infringe necesariamente los arts. 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1ª de la Constitución, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino que, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales (...)"

Sobre la base de las anteriores consideraciones la STC concluye el tratamiento de este problema señalando que "el órgano judicial puede seleccionar como complemento válido de la ley penal las normas de las Comunidades Autónomas dictadas en el marco de sus respectivas competencias. En tal caso será preciso que dichas normas autonómicas se acomoden a las garantías constitucionales dispuestas en el art. 25.1 de la CE y que no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas

al fin perseguido respecto al régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio, doctrina que hemos reiterado en relación con la capacidad sancionadora de las Comunidades Autónomas (...). Puesto que de acuerdo con nuestra doctrina acerca de las leyes penales en blanco ... el núcleo del delito ha de estar contenido en la ley penal remitente, la función de la norma autonómica remitida se reduce simplemente a la de constituir un elemento inessential de la figura delictiva" (F.J. 4).

La STC ofrece un resumen de su doctrina sobre las leyes penales en blanco. "La doctrina contenida en la STC 127/1990 declaró que es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco, añadiendo que se deben cumplir los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la STC 122/1987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada (en el mismo sentido, SSTC 118/1992, 111/1993, 62/1994 y 24/1996)". Todos estos requisitos, según lo pone de manifiesto la STC, concurren en las leyes penales en blanco de la Ley 7/1982 a las que se refiere la misma.

El Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo por vulneración de la presunción de inocencia, concretamente por entender que la Sentencia impugnada dio por acreditado que el valor del objeto material del delito de contrabando, esto es, las tortugas, era superior a un millón de pesetas, exigencia contenida en el art. 1.1 de la L.O. 7/1982 para la aplicación de la sanción penal, no habiendo sido suficientemente probado este extremo por la Acusación Pública. Señala al respecto la STC que "desde una perspectiva constitucional, el derecho a la presunción de inocencia exige que la condena penal se fundamente en auténticos actos de prueba de cargo, obtenidos con estricto respeto de los derechos fundamentales y practicados en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad (SSTC 30/1996, 131/1997, 173/1997). Ahora bien, en el ámbito del proceso penal la exigencia de prueba no alcanza por igual a todos los elementos de una figura delictiva, pues sólo requieren ser acreditadas las circunstancias fácticas que están en la base de los referidos elementos, en tanto que las referencias a normas escritas incluidas en la ley penal no necesitan demostración alguna en virtud del principio *iura novit curia*, puesto que éstas ya son conocidas o cognoscibles a través de la publicación en un diario oficial (...). Como dijimos en la STC 150/1989 la presunción de inocencia es una presunción que versa sobre los hechos, pues sólo los hechos pueden ser objeto de prueba". Añade la STC que el valor del objeto material del delito de contrabando era una circunstancia fáctica necesitada de prueba, correspondiendo la carga de esta prueba a quien acusa, lo que no había acontecido en el caso resuelto.

2.3 Comentario

Especialmente interesante resulta esta STC en materia de principio de legalidad, y, en particular, en la problemática constitucional de la técnica legislativa de las leyes penales en blanco⁵, muy utilizada en el Código penal de 1995. Por ejemplo: en los delitos contra el medio ambiente (arts. 325 y ss.); en los delitos relativos a expendición de medicamentos deteriorados o caducados o que incumplan las exigencias técnicas sobre composición (art. 361); en el delito de ofrecimiento de productos alimentarios con omisión o alteración de las condiciones de caducidad o composición (art. 363); en los delitos sobre la ordenación del territorio; delitos contra los derechos de los trabajadores, etc. Uno de los problemas que presenta la técnica de remisión en que consiste la ley penal en blanco y que se plantea en el caso resuelto por la STC comentada está relacionado con la norma complementadora. En el caso concreto, el complemento de la ley penal se hallaba disperso en distintas disposiciones, siendo una de ellas autonómica y otras comunitarias, es decir, provenientes de órganos sin competencias penales, concretamente del Parlamento de una Comunidad Autónoma y del Consejo de las Comunidades Europeas. El Tribunal Constitucional deja claro que tanto las normas comunitarias como las autonómicas pueden servir de complemento a las leyes penales en blanco, aunque respecto a las últimas pone como límite que "no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto al régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio", porque ello sí que vulneraría el principio de igualdad. En cualquier caso, la ley remitente, ley penal en blanco, deberá contener, como lo viene a confirmar la STC, el núcleo esencial de la prohibición, aparte de señalar la pena; la norma remitida, norma complementaria de la ley penal en blanco, por su parte, sólo contendrá un elemento inesencial de la figura delictiva.

El Tribunal Constitucional sigue sin decir nada respecto a la necesidad de que la norma complementaria contenga una "cláusula de remisión inversa" (*Rückverweisungsklausel*), que permita a sus destinatarios saber que la infracción está amenazada con una sanción⁶. Con razón ha dicho Bacigalupo, con referencia a la STC 133/1987 (F.J. 7) que "la necesidad de exigir al legislador en España la inclusión en los preceptos complementadores de una cláusula de remisión inversa se debe deducir de la vinculación del principio de legalidad con el de seguridad jurídica que ha establecido el Tribunal Constitucional para garantizar que el ciudadano pueda programar su comportamiento sin temor a injerencias imprevisibles del ordenamiento sancionador del Estado. Si esta afirmación se toma verdaderamente en serio no cabe duda de que tal programación no quedará libre de temores mientras se admitan remisiones genéricas a preceptos que se ignora dónde están y si no se exige que los preceptos complementadores, a su vez, sean claramente determinados"⁷.

5 V., ampliamente, Bacigalupo, *Principios*, pp. 96 y ss.; Cobo del Rosal/Boix Reig, en *Comentarios a la Legislación Penal*, dirigidos por M. Cobo del Rosal, pp. 199 y ss.; Rodríguez Mourullo, G., *Derecho Penal*, PG, pp. 87 a 89.

6 Cfr., en este sentido, Bacigalupo, *Sanciones administrativas*, ed. Colex, Madrid, 1991, pp. 29 y ss.; Tiedemann, Klaus, *Tatbestandsfunktionem im Nebenstrafrecht*, 1969, p. 267; Bacigalupo, *Principios*, pp. 96 y 97; cfr. también, Mestre Delgado, Esteban, "Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal", ADPCP, 1988, pp. 516 y ss.

7 *Principios*, cit., p. 97.

En su I Encuentro, correspondiente a la nueva etapa, la Comisión Redactora del Nuevo Código Penal Tipo Iberoamericano, reunida en Bogotá (Colombia) en 1995, mostró una especial sensibilidad por el tratamiento de las leyes penales en blanco, siendo objeto de una profunda discusión los distintos aspectos de esta figura, entre ellos el relativo a la necesidad de la cláusula de remisión inversa. La discusión concluyó con la aprobación del siguiente proyecto de artículo: "**Leyes penales en blanco**. Las leyes penales que reenvíen, a los efectos de la determinación del comportamiento punible, a otra ley o a una norma de menor jerarquía, sólo será compatible con el principio de legalidad si la otra norma contiene una cláusula que indique a sus destinatarios que su infracción será sancionada conforme a una ley penal que deberá ser citada expresamente" ⁸.

III. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA SEGUNDA), DE 7 DE MARZO DE 1998. RECURSO NÚM. 1124/1997. PONENTE: MAGISTRADO D. ENRIQUE BACIGALUPO.

3.1 Hechos

Según la narración de hechos probados que transcribe la STS los acusados, F.J.C. y R.B.M., después de permanecer en una discoteca, subieron a un vehículo, junto con la joven A.V., efectuando un recorrido por distintos lugares, hasta que, ya de madrugada, R.B., a petición del otro procesado, condujo el vehículo hasta un camino de tierra y, ante la insistencia de F.J.C., paró allí el automóvil a pesar de los ruegos de la joven A.V. para que la llevaran a su casa. Nerviosa dicha joven y llorando -situada en el asiento trasero del automóvil junto a F.J.C mientras R.B. permanecía en el asiento del conductor, suplicó a los acusados que al menos la acercaran a una parada de taxis, a lo que accedió en principio R.B., pero que fue impedido por F.J.C., quien dijo a A.V. que si quería que la llevaran a su casa tenía que "comérsela" a ambos, amenazándola en caso de no acceder a ello con dejarla desnuda en la calle. No obstante la inicial oposición de R.B. a consentir ese acto, presionado por el temor que sentía ante la superioridad física del otro acusado, al asir F.J.C a esa chica por la nuca y acercar por la fuerza su rostro a la entrepierna de R.B., éste desabrochó la bragueta de su pantalón y permitió la introducción de su pene en la boca de A.V., mientras el otro acusado la sujetaba en esa posición y hacía diversos tocamientos en zonas íntimas de aquélla. Conseguida de esta forma la eyaculación de R.B., F.J.C. atrajo hacia él a A.V. con la frase "ahora me toca a mí", lo que trató de evitar la joven levantándose y diciendo "métemela Javi" con la finalidad de ofrecerle a cambio un coito vaginal. Pero, al comprobar F.J. que tenía la menstruación, obligó a la joven que le chupara el pene, si bien la eyaculación se produjo fuera de la boca.

Los acusados fueron condenados como autores responsables, el primero, de dos delitos de agresión sexual, y, el segundo, de un delito de agresión sexual.

⁸ La memoria de este Encuentro puede encontrarse en la *Revista Canaria de Ciencias Penales*, editada por el Instituto Iberoamericano de Política Criminal y Derecho Penal Comparado, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, nº 1/1998 (julio), pp. 10-26.

3.2 Fundamentos jurídicos

En uno de los motivos del recurso de casación formulado por F.J.C su Defensa impugnaba la aplicación del art. 179 CP, sosteniendo que es contradictorio que la víctima haya ofrecido un coito vaginal a cambio de la felación que se le exigía, dado que ello "supone gramaticalmente hablando un poder de elección de la víctima, incomprensible con el resto del relato de hechos". La STS, con buen criterio, niega tal contradicción, afirmando que "nada demuestra la imposibilidad de que la víctima, al verse imposibilitada de resistir haya procurado la forma que le resultaba menos repugnante del hecho. Por regla, la cuestión de la contradicción no puede ser planteada para impugnar decisiones de personas que no constituyen en modo alguno un acto en sí mismo imposible desde el punto de vista físico". En realidad, continúa la STS, cuando la Defensa "dice que si la víctima hizo esta proposición es porque tenía posibilidad de elegir, quiere decir que no existió coacción o que, al menos, ésta no era suficiente para considerar que el acceso carnal fue violento pues habría sido consentido. El argumento es inaceptable. En efecto, ante todo lo claro es que el coito fue oral y que ello significó el rechazo del ruego de la víctima. Dicho de otra manera, no sólo que el acceso carnal fue contrario a la voluntad de la víctima, sino que, en todo caso, el reconocimiento de que ésta ofreció otra forma lo único que demuestra es que el hecho realmente ocurrido fue contra su voluntad".

Uno de los motivos que basaban el recurso formulado por el otro acusado, R.B., igualmente desestimado por el Tribunal Supremo, se fundaba en la concurrencia respecto al mismo del art. 20.6º CP (miedo insuperable) y, alternativamente, de la eximente incompleta. La Audiencia había desestimado la pretensión, recuerda la STS, "dado que no existieron de parte del otro procesado amenazas serias que justifiquen una reacción capaz de reducir la capacidad de autodeterminación en forma tan considerable como lo requiere la jurisprudencia. En efecto, el acusado en presencia de la situación no hizo ningún intento significativo de resistencia a la imposición del otro procesado, no obstante que inclusive hubiera podido huir del lugar en su propio coche. Consecuentemente, la presión que el recurrente sufrió como consecuencia de la superioridad física del coprocesado, reflejada en los hechos probados, en todo caso no era irresistible, pues no se hubiera podido eludir en la medida en la que no llegó a paralizar por terror al recurrente. Tampoco cabe pensar en la eximente incompleta, dado que la presión descrita en los hechos probados tampoco tuvo la intensidad necesaria para ello. Es evidente que si el recurrente pudo aprovecharse de la situación para mantener una relación sexual con la víctima, no estaba bajo el efecto de fuerte perturbación de su voluntad requerido por la eximente incompleta de miedo insuperable".

3.3 Comentario

Con esta Sentencia el TS deja claro, una vez más, que lo decisivo a los efectos del tipo penal del art. 178, tipo básico, por cuanto que contiene los elementos esenciales de los tipos penales del Capítulo primero ("De las agresiones sexuales"), es la constatación de una voluntad contraria de la víctima. En el caso concreto, la víctima, al verse imposibilitada de resistir había ofrecido un coito vaginal, en lugar de la pene-

tración bucal exigida por uno de los sujetos, pero como con buen criterio afirma la STS, lo cierto es que el acto realizado por el sujeto fue contrario a la voluntad de la víctima, incluso, en el primer tramo del hecho, cuando aquél agarró a la víctima por la nuca y la acercó por la fuerza a la entrepierna del otro sujeto, con una clara concurrencia de vis física. Puede afirmarse que el tipo penal del art. 178 consiste en la realización de un atentado contra la libertad sexual mediante violencia o intimidación, no formando parte del tipo la resistencia de la víctima, según la doctrina moderna y la más reciente jurisprudencia⁹, y el tipo penal del art. 179, aplicado en la Sentencia impugnada, en la misma conducta de atentado a dicha libertad aunque en sus expresiones más graves, como es el caso del acceso carnal, equivalente a la denominada históricamente violación, y de las otras conductas equiparadas (introducción de objetos y penetración bucal o anal).

Finalmente, la STS rechaza también la pretendida concurrencia de la circunstancia eximente de miedo insuperable, así como la eximente incompleta, en el recurrente que mantuvo con la víctima la primera relación sexual, mientras que el otro la sujetaba. Ciertamente, el miedo que aquél alegaba haber sufrido, derivado de la superioridad física del otro coprocesado, no alcanzó, como consta en los hechos probados, la necesaria intensidad como para excluir la capacidad de poder dirigir los propios actos, y tampoco podía afirmarse que ésta hubiera quedado considerablemente reducida, como con carácter alternativo lo argumentaba el recurrente, pues éste llegó a aprovecharse de la situación, manteniendo la relación sexual consistente en penetración bucal, incluso con eyaculación, lo que parece requerir cierta predisposición, incompatible la fuerte presión que el mismo dijo sufrir.

IV. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA SEGUNDA) DE 8 DE MAYO DE 1998. RECURSO NÚM. 2546/1997. PONENTE: MAGISTRADO D. JOSÉ JIMÉNEZ VILLAREJO.

4.1 Hechos

Los recurrentes en casación habían sido condenados por la Audiencia Provincial como autores de varios delitos, entre ellos un delito de allanamiento de morada, con aplicación de la agravación contenida en el párr. 2º del art. 490 del CP de 1973 (hoy art. 202), por la pretendida concurrencia de violencia o intimidación, en base a los hechos probados que siguen, en lo que a dicho delito interesa. Los acusados (5) acudieron al piso domicilio de los suegros de P.B.P., quien, al parecer, les debía dinero, y en donde esperaban encontrarlo. Cuando aquéllos abrieron la puerta de la vivienda, los cinco acusados entraron en tropel dando voces llamando a P. y registrando todas las habitaciones del piso; y al comprobar que no estaba dijeron a sus familiares que si P. no daba la cara y no cancelaba su deuda iban a rodar cabezas, a la vez que les advertían que si los denunciaban rajarían a su hija, llegando uno de los acusados a enseñarles una navaja.

⁹ Cfr. SSTS de 27-2-1995 y 16-5-1995.

4.2 Fundamentos jurídicos

El principal motivo de casación lo habían formulado los recurrentes al amparo del art. 849.1º LECrim., por indebida aplicación del párr. 2º del art. 490 del CP de 1973. La STS aprecia efectivamente dicha infracción de ley, declarando que "el delito de allanamiento de morada se ejecuta entrando en morada ajena o manteniéndose en la misma contra la voluntad del morador. Si la agravación prevista en el párrafo segundo del art. 490 CP derogado está prevista para cuando el hecho se ejecuta con violencia o intimidación, parece lógico exigir, para la realización del tipo agravado, que la violencia o intimidación se hayan ejercido -Sentencia de esta Sala de 20.11.87- para entrar o para mantenerse en la morada ajena. No se describe en la declaración de hechos probados de la Sentencia recurrida una entrada realmente violenta o intimidatoria y, menos aún, una permanencia de las mismas características. Se dice que los acusados, hoy recurrentes, entraron en la casa de los perjudicados "en tropel dando voces" y que registraron todas las habitaciones buscando al hijo de aquéllos. Pero ello no es suficiente para decir que ejecutaron el hecho de entrar con violencia o intimidación. Entrar en tropel en una casa es casi inevitable si lo hacen cinco personas que no cuentan, para acceder a su interior, con el consentimiento del morador que les ha abierto la puerta, de suerte que con ese comportamiento apenas se manifiesta otra cosa que la firme decisión de los intrusos de penetrar en la casa, se les consienta o no por los moradores. Y dar voces no equivale en todo caso a intimidar, sobre todo si, como parece deducirse de la declaración de hechos probados, con las voces se llamaba, en la ocasión de autos, a una persona que los recurrentes buscaban y creían que podía encontrarse allí. Es cierto que los acusados, antes de marcharse, profirieron amenazas contra los habitantes de la casa que habían invadido y contra su hijo, con el mensaje expreso de que aquéllos se las hiciesen llegar. Pero también lo es que tales amenazas, que no fueron medio para entrar ni para permanecer en la casa, han sido consideradas en la Sentencia recurrida un delito autónomo y como tal han sido castigadas. El Tribunal de instancia no ha podido estimar que la intimidación inherente a estas amenazas sea susceptible de una doble incriminación: como elemento específico del tipo agravado de allanamiento de morada y como actividad esencial del tipo básico de amenazas. Debe ser estimado, en consecuencia, el primer motivo del recurso y no aplicar, en la segunda Sentencia, que dictamos, el párrafo segundo del art. 490 CP de 1973".

4.3 Comentario

Aunque el Tribunal Supremo estima en esta Sentencia que los cinco acusados no entraron en la vivienda con violencia, a pesar de constar en los hechos probados que habían irrumpido en la vivienda tan pronto su morador abrió la puerta, es altamente dudoso que en casos como el presente, en los que el morador se encuentra con el autor de la acción típica no concurra violencia ni intimidación. Hipótesis imaginable en los supuestos en los que el autor entra en la morada ajena cuando ésta no se encuentra en ese momento habitada, o sin que su morador tenga encuentro alguno con aquél; pero cuando, como ocurrió en este caso, se produce dicho encuentro, entrando sin más, no una sino hasta cinco personas, sin la voluntad de sus moradores y que al menos debieron empujar a la persona que les franqueó la entrada, es

verdaderamente difícil de imaginar, insisto, un supuesto en el que esté ausente tanto la violencia como la intimidación. Otra cosa es que la violencia pueda alcanzar un mayor ó menor grado de intensidad y que puedan concurrir otros delitos por las lesiones, o incluso por la muerte, que se puedan llegar a producir.

En mi opinión, la agravación del art. 490, párr. 2º, del Código penal de 1973 (ahora contenida en el art. 202.2 del Código penal de 1995), se refiere sólo a personas, no a cosas, lo mismo que ocurre en aquellos otros supuestos en los que el Código penal se refiere a la violencia y a la intimidación (por ej., en los arts. 237, 243, 244, 245, etc.)¹⁰. El principio de legalidad, en cuanto que requiere que la ley penal sea interpretada como una *lex stricta*, entiendo que así lo exige (art. 4 CP). La jurisprudencia del Tribunal Supremo, aunque la Sentencia que se comenta no dice nada al respecto, ha venido entendiendo que sí es posible incluir en el supuesto agravado los casos de fuerza en las cosas cuando la violencia material sea la forma de ejecución del allanamiento¹¹.

Por último, con buen criterio la STS exige, para la realización del tipo agravado, la conexión entre la violencia y el allanamiento¹². Si una u otra se producen al margen del allanamiento, como ocurrió en el caso objeto de la STS, lo más correcto será apreciar un delito de amenazas, que concurrirá realmente con el de allanamiento (art. 73 CP).

V. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA SEGUNDA) DE 26 DE ENERO DE 1998. RECURSO NÚM. 1594/1997. PONENTE: MAGISTRADO D. ENRIQUE BACIGALUPO.

5.1 Hechos

Los hechos probados, transcritos en la STS, y por los que la Audiencia condenó a los acusados como autores de un delito relativo a la prostitución, son los siguientes: "en fecha no precisada de finales del mes de mayo de 1985, J.S.T., ..., se encontraba ejerciendo la prostitución en un club en las proximidades de Oliva (Valencia), obligada por J.J.P., por cuya intervención en estos hechos se tramitaron otras diligencias penales, presentándose en dicho club el acusado A.G.R., ..., y otro, y a cambio de una cantidad de dinero no concretada consiguieron que J.J.P. les cediera a J.S.T., trasladándola a Alicante al club Dandy, ..., propiedad del acusado A.G.R., y allí la obligaron con amenazas y maltrato físico, que no consta le produjese lesiones, a ejercer durante veinte días la prostitución. En dicho club trabajaba como encargado el acusado A.M.A., ..., que tenía como misión, entre otras, vigilarla para que no contase a los clientes la situación en la que se encontraba, y al que entregaba lo que le pagaban por mantener en el club relaciones sexuales, dinero que A.M.A. entregaba a los otros acusados. La víctima, esos días, vivía encerrada bajo llave en casa del Sr. G."

10 Cfr., en este sentido, López Barja de Quiroga, J., y Pérez del Valle, C., *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, dir. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, t. II, ed. Trivium, Madrid, 1997, p. 2349).

11 SSTS de 25-3-1985, 16-10-1986, 6-11-1987, 21-4-1988, 18-6-1990, 14-1-1993, etc.

12 Cfr., al respecto, López Barja de Quiroga y Pérez del Valle, *ibidem*.

5.2 Fundamentos jurídicos

La STS recuerda, ante la pretendida vulneración del derecho a la presunción de inocencia alegada por los recurrentes en base a la rectificación de la víctima en el juicio oral, que "la rectificación de la acusación en el juicio oral por parte de la víctima no tiene el efecto automático del desistimiento de la acción penal, toda vez que la titularidad de la acción por los delitos perseguibles de oficio no le corresponde a la víctima. Por tal motivo, se trata de la rectificación de un testimonio, que no vincula al Tribunal y que permite a éste, por la vía del procedimiento de confrontación del declarante con sus anteriores declaraciones previsto en el art. 714 LECrim., formar su convicción sobre la base de la prueba producida en el juicio oral".

La defensa alegaba también en su recurso la infracción del art. 188.1 CP, argumentando que "no existe posibilidad de que dichas amenazas y maltrato físico fueran de la entidad suficiente para doblegar la voluntad de J.S.T.", y que "por otro lado, estar encerrada bajo llave en casa tampoco es ejercer la prostitución coactivamente, mediante engaño o abusando de una situación de necesidad o superioridad". La STS rechaza uno y otro motivo, señalando que "las coacciones a las que se refiere el art. 188.1 CP no necesitan traducirse en lesiones corporales de la víctima ... En realidad, cualquier medio capaz de limitar seriamente la libertad de acción y decisión de la víctima permite la realización del tipo. Más aún, no existe ninguna razón para entender que la coacción a la que se refiere el art. 188.1º CP podría tener menor entidad que la prevista en el art. 172 CP. Por lo tanto, si la jurisprudencia ha considerado que la *vis compulsiva* ejercida contra el sujeto o los sujetos pasivos del delito (cfr. SSTs 2-2-81, 25-3-85, 10-4-87, 6-10-95), resulta subsumible bajo el tipo de las coacciones, es evidente que la *vis compulsiva* también es suficiente en el delito de someter a otro a la prostitución. En efecto, el delito del art. 188.1 CP es también un delito contra la libertad, como el delito de coacciones, sólo que, además ataca otro bien de suficiente importancia como para cualificar lo ilícito de una manera especial. Esta cualificación no consiente que, en cuanto delito contra la libertad el del art. 188.1º CP, requiera mayores exigencias que el delito de coacciones. Por lo tanto, es evidente que la pretensión de los recurrentes no puede prosperar, toda vez que el mantenimiento de una persona encerrada durante veinte días, bajo amenazas para el caso de resistencia, constituye el empleo de fuerza física y de amenazas de su empleo directamente dirigido al cuerpo del sujeto pasivo y tiene, indudablemente, suficiente entidad como para limitar su libertad ambulatoria. Más aún, es claro que ante la falta de acusación en este sentido (...), la Audiencia no ha podido aplicar también el art. 163.4 CP en concurso con el 188.1º CP, pero que su proceder hubiera sido jurídicamente correcto si lo hubiera hecho".

5.3 Comentario

En esta Sentencia el TS establece un paralelismo entre la coacción propia del art. 172 CP y la del art. 188.1 CP, aplicado en el presente caso. En aquel artículo se contienen dos formas típicas: la consistente en impedir a otro mediante violencia hacer lo que se haya propuesto, y la consistente en compeler a otro a efectuar lo que no quiere; en este último supuesto, aunque no se menciona expresamente en el texto

legal la violencia, también se exige su concurrencia¹³. Ahora bien, el concepto de violencia no es precisamente un concepto pacífico. Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se han propuesto distintos conceptos, ampliándose con el tiempo los distintos comportamientos subsumibles en las mencionadas modalidades típicas. Desde la exigencia de una *vis física* o absoluta, de ejercicio de fuerza sobre el cuerpo, se ha llegado en la actualidad a la simple exigencia de *vis in rebus* que afecta a la víctima¹⁴; en verdad, es altamente dudoso que una interpretación de esta naturaleza, que amplía tanto el tipo penal, sea compatible con el principio de legalidad (art. 25.1 CE), aunque tampoco este principio tiene por qué impedir una interpretación, aunque sea extensiva, que permita comprender en el concepto de violencia hipótesis tales como la consistente en la utilización de narcóticos o de la hipnosis, en las que lo decisivo es que el efecto de la acción sobre el cuerpo de la víctima determine que ésta no pueda actuar voluntariamente.

Sin embargo, no es posible que el concepto de violencia comprenda los casos de simple intimidación o *vis compulsiva*, que de todos modos podrán subsumirse en muchos casos en alguno de los tipos penales de amenazas (arts. 169-171 CP), o de simple fuerza en las cosas, en los que la fuerza no tiene influencia directa sobre la motivación a través del cuerpo de la víctima. En Alemania, el parágrafo 240 StGB, dedicado al delito de coacción (*Nötigung*), sí permite abarcar los supuestos de *vis compulsiva*, pues se fijan expresamente como medios de la coacción, tanto la violencia como la amenaza con cualquier mal grave. De todos modos, se ha criticado en la doctrina que con este referencia legal a la amenaza y con la ampliación del término de la violencia, dicho tipo penal ha experimentado una ampliación que requiere una corrección para obtener resultados adecuados¹⁵, y que se ha conseguido gracias a la cláusula del ap. 2 de aquel parágrafo¹⁶.

En cualquier caso, es coherente y plausible que si, como dice la STS comentada, la *vis compulsiva* ejercida contra el sujeto pasivo del delito resulta subsumible en el tipo penal de coacciones, también lo pueda ser en el tipo de las coacciones ex art. 188.1 CP, aunque no es improbable que la jurisprudencia del TS pueda cambiar en algún momento de orientación, tanto en relación a uno como en relación a otro tipo penal, por exigencias del principio de legalidad, una de cuyas exigencias, la consistente en que la ley penal sea interpretada como una *lex stricta*, ha quedado ahora establecida en el art. 4 CP.

El delito del art. 188.1 CP es también, dice la STS, un delito contra la libertad. En efecto, este artículo contiene una hipótesis de prostitución forzada de mayores de edad, en la que la acción típica consiste en imponer a otro a iniciarse o mantenerse en la prostitución, mediante coacción, engaño, abusando de una situación de nece-

13 Cfr., en este sentido, García-Pablos de Molina, *Estudios Penales*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 266.

14 Cfr., entre otras, SSTS de 24-3-1983 y 4-12-1990.

15 Cfr. Schönke/Schröder, StGB, parágrafo 240/15.

16 "El hecho es antijurídico cuando el empleo de la violencia o la amenaza con el mal sean reprobables respecto del fin perseguido".

sidad o de una situación de superioridad. Por ello, es claro que entre este delito y los de amenazas y coacciones existe una relación concursal (relación de subsidiariedad tácita). Unas y otras quedan absorbidas en aquél, que tiene carácter principal respecto a los arts. 169 y ss. CP (art. 8.2^a CP). No ocurre lo mismo, como con buen criterio lo advierte la STS, en relación a los delitos de detención ilegal (arts. 163 y ss. CP) u otros cometidos al utilizar la violencia, como lesiones, cuya concurrencia determinaría la existencia de un concurso de delitos (arts. 73 y ss. CP)¹⁷.

¹⁷ Cfr. González-Cuéllar García, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, ed. Trivium, 1997, p. 2265.