

R- 2713

LA RESPONSABILIDAD DE LAS AUTORIDADES ANTE DESORDENES PUBLICOS RACISTAS

**(Comentario tardío, pero actual,
a la Sentencia del Tribunal Supremo
de 2 de julio de 1994)**

JAVIER SANCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES

*Doctor en Derecho penal por la Universidad de Bonn
y Profesor Asociado de Derecho penal
de la Universidad Complutense de Madrid*

concepciones, reglas y contenidos de otros ordenamientos, en la medida que «la interdependencia internacional se ha incrementado notablemente» hasta el punto de no más ser posible «hablar de soledad de la Constitución, y considerarla como un Universo cerrado y excluyente sino de un pluriverso basado en el pluralismo interno, internacional y comunitario» (98).

Ante tales ponderaciones, y en sede conclusiva, propugnamos el acierto de la decisión del Tribunal Constitucional de España en el «caso de la Mesa Directiva de Herri Batasuna», por representar el camino recto y necesario en el sendero de la efectividad de los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos: a las altas cortes de control judicial debe estar reservada la tarea de adecuar toda y cualquier manifestación legislativa a los límites fijados por las constituciones de los Estados de Derecho, sin que eso implique en interferencia en el ejercicio de la función otorgada al Legislativo.

(98) Cf. LUCAS VERDÚ, P.: *La Constitución abierta y sus enemigos*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1993, p. 91. Al respecto, FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías...*, op. cit., p. 151, añade que «ninguno de los problemas que afectan al futuro de la humanidad puede ser efectivamente resuelto, y ninguno de los valores de nuestro tiempo puede ser realizado fuera del horizonte del derecho internacional...».

LA RESPONSABILIDAD DE LAS AUTORIDADES ANTE DESORDENES PUBLICOS RACISTAS

(Comentario tardío, pero actual,
a la Sentencia del Tribunal Supremo
de 2 de julio de 1994)

JAVIER SANCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES

*Doctor en Derecho penal por la Universidad de Bonn
y Profesor Asociado de Derecho penal
de la Universidad Complutense de Madrid*

SUMARIO: I. Introducción.—II. Resumen de hechos probados.—III. Pronunciamientos de la Audiencia de Instancia y motivos del recurso de casación.—IV. Sentencia del Tribunal Supremo.—V. Comentario: 1. Introducción. 2. Responsabilidad del Alcalde. 3. Responsabilidad del Alcalde *como autor*: a) Autoría. b) Sobre las figuras del «autor detrás del autor» y de la autoría mediata. 4. Responsabilidad del Alcalde como autor *doloso*: a) ¿Qué concepto de dolo es aplicable? b) ¿Cómo se determina qué clase de «conocimiento» requiere el dolo?

I. INTRODUCCION

Desgraciadamente, de cuando en cuando, saltan a las primeras páginas de la prensa sucesos originados por desórdenes públicos de origen racista. Esta vez le ha tocado el turno a la localidad almeriense de El Ejido. En efecto, como es sabido, a primeros de febrero se han producido allí violentos incidentes entre inmigrantes marroquíes y vecinos del pueblo, fruto de la muerte días atrás de una joven, a manos de un ciudadano de Marruecos, al parecer, con sus facultades mentales perturbadas.

Los hechos han sido graves y en consecuencia habrán de ser analizados por las autoridades competentes. Los inmigrantes agredidos acusan a las autoridades de dejación de sus funciones y solicitan que se les indemnicen por los daños sufridos. Han sido muchos los comercios regentados por magrebíes que han sido destrozados. Según informa la prensa, dos asociaciones han interpuesto incluso una querrela contra el alcalde de El Ejido «por incitar a la violencia».

En caso de que existan responsabilidades —lo que ni este comentarista conoce ni, en ningún caso, de este comentario se debe

inferir—, éstas habrán de ser depuradas y, en verdad, también en la vía penal. Por todo ello, parece conveniente recordar ahora cómo ha sentenciado el Tribunal Supremo en otros supuestos de desórdenes públicos por motivos racistas con los que se ha enfrentado, realizando un análisis pormenorizado de su paradigmática SENTENCIA DE LA SALA SEGUNDA DE 2 DE JULIO DE 1994, que enjuició unos hechos con cierta similitud —sin que se quiera prejuzgar con ello, repito, el comportamiento de las autoridades en los sucesos de El Ejido—.

II. RESUMEN DE HECHOS PROBADOS

Se declararon probados por la Audiencia Provincial de Jaén, entre otros, resumidamente —y en especial respecto a uno de los procesados— los siguientes hechos:

En la madrugada del sábado 18 de mayo de 1991 se produjo en un bar de la localidad de Mancha Real una pelea entre varios miembros de «una familia gitana y otros de familia castellana», en la que resultó muerto uno de los castellanos y varios heridos. Esto fue motivo para que un grupo de vecinos de la localidad acudieran a la plaza del Ayuntamiento a las primeras horas del día 18 para entrevistarse con el Alcalde y Concejales para pedir Justicia. El Alcalde estableció por ello comunicación con el Gobernador Civil de Jaén poniendo en su conocimiento la *intención de celebrar* una manifestación que le pedían los vecinos, *desaconsejándosela* el Gobernador. Este le indicó que hablara al pueblo para pedirles calma, y al mismo tiempo que esa manifestación no reunía los requisitos legales, señalando asimismo, que si a pesar de ello se celebraba, no debía pasar por la calle donde había ocurrido la pelea y vivían las familias gitanas.

No obstante se envió un fax al Gobernador Civil con el siguiente contenido: «El Ayuntamiento (...) ha acordado realizar una concentración pacífica (...) y un recorrido por diversas calles para manifestar la más enérgica repulsa de esta población por todo lo sucedido y *pedir que las familias implicadas abandonen voluntariamente el término municipal*». La redacción del texto en el sentido de pedir el «abandono voluntario» se debió fundamentalmente al hecho de que el Señor Secretario del Ayuntamiento había señalado anteriormente la ilegalidad —por ser contrario a la Constitución— de un acuerdo tomado por la Corporación y que querían tomar en el Pleno, consistente en «la expulsión de unas 12 personas que consideraban indeseables». Tras la celebración de la manifestación programada, que salió del Ayuntamiento tras una pancarta con el lema «Ladrones y asesinos fuera del pueblo», el

Alcalde se dirigió desde el balcón del Ayuntamiento a los manifestantes asegurando «que *las próximas movilizaciones que se realicen (podrían) ser más violentas*», y comenzó a dar nombres y apellidos de personas que consideraba delincuentes y que *había que echar de Mancha Real*, prometiendo que *acabaría con los gitanos que habían matado al castellano de la pelea*, y terminó convocando al pueblo a una segunda manifestación que tendría lugar después del entierro de la víctima; asimismo señaló que *ellos mismos marcarían con pintura las puertas de las viviendas de las personas que tenían que marcharse de Mancha Real*. Más tarde realizó en una emisora de radio declaraciones en parecido sentido.

Ese mismo día personas desconocidas prendieron fuego a dos vehículos pertenecientes a dos gitanos, por lo que la Guardia Civil retiró de la vía pública otros coches de gitanos que habían *abandonado el pueblo de forma precipitada* y aconsejó al resto de la comunidad gitana que se fueran a otro lugar hasta que se celebrara la manifestación señalada para después del entierro. El Gobernador Civil al enterarse de la convocatoria de la nueva manifestación habló con el Alcalde, insistiendo sobre la ilegalidad de dicho acto, volviendo a repetirle que no pasara por la calle donde vivían las familias gitanas. A pesar de ello, el domingo 19 de mayo, después del entierro del vecino muerto, se celebró la segunda manifestación, previamente anunciada por megafonía por todo el pueblo y convocada por el Ayuntamiento, encabezada por el Alcalde y con la pancarta del día anterior «Ladrones y asesinos fuera del pueblo». Dicha manifestación no cumplió ninguno de los requisitos legales previstos para estos casos, como la existencia de un servicio de orden. Cuando la cabeza de la manifestación entró en la calle donde había ocurrido la pelea y donde se encontraban la mayoría de las casas de las familias gitanas, comenzó la violencia; personas armadas con elementos contundentes empezaron a forzar las puertas de las viviendas, a entrar en ellas y destrozar todos sus elementos, incluso tiraron tabiques internos y arrancaron marcos de las puertas y ventanas y otros actos vandálicos que arrasaron prácticamente las viviendas. No está probado que dichos actos fueran vistos, oídos y consentidos por el Alcalde y Concejales que portaban la pancarta a la cabeza de la manifestación; sólo tuvieron conocimiento de algún fuego, pues vieron el humo, y con relación al mismo, el Alcalde mandó al coche bomba del Ayuntamiento. Los graves daños causados —por cuantía de varios millones de pesetas— no pudieron ser evitados por la Guardia Civil que custodiaba las casas, al ser ésta arrollada por el gentío. Como consecuencia de los hechos, los afectados y sus familias, que salieron de Mancha Real, o trasladaron sus domicilios a otros lugares de la localidad, no han podido volver a sus casas, por no

poder ser éstas reparadas por causas independientes de su voluntad, produciéndoseles un daño moral.

III. PRONUNCIAMIENTOS DE LA AUDIENCIA DE INSTANCIA Y MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACION

Entre otros pronunciamientos, la Audiencia de instancia condenó al Alcalde de Mancha Real como autor responsable del delito definido en el artículo 189 del Código penal de 1973, *contra la libertad de residencia*, sin la concurrencia de ninguna circunstancia que modifique su responsabilidad criminal, a la pena de seis meses y un día de destierro y 300.000 pesetas de multa; también se condenó al Alcalde, junto con otros imputados, a indemnizar —conjunta y solidariamente— por daños morales en la cantidad de 3.000.000 de pesetas a cada uno de los perjudicados por el delito, y subsidiariamente por ellos, al Ayuntamiento de Mancha Real, por un delito de *manifestación ilícita*, comprendido en los artículos 167, números 1 y 2 y párrafo 3.º, 4.º y 5.º, 168 y 171, todos del antiguo Código Penal, a la pena de un año de prisión menor y multa de 300.000 pesetas. *Se absolvió al Alcalde del delito de daños* del que venía siendo acusado y por el que fueron condenados varios de los participantes en la manifestación.

Notificada la sentencia a las partes, ésta fue, entre otros —y en relación a los pronunciamientos sobre el Alcalde de Mancha Real—, recurrida por la Acusación Particular y por el Ministerio Fiscal. Sostuvo la Acusación Particular que el Alcalde debía haber sido condenado también como inductor o cooperador necesario [art. 14.2.º o 3.º del anterior Código, art. 28, segundo párrafo, letras *a*) y *b*) del actual] en relación con el *delito continuado de daños* de los artículos 557 y 558.4.º, artículos 69.bis y 167, todos ellos del anterior texto punitivo, y que por tanto también procedía en este caso establecer la responsabilidad subsidiaria del Ayuntamiento de Mancha Real según los artículos 19 y 22 del Código Penal de 1973. Este punto también fue recurrido por el Ministerio Fiscal, si bien sosteniendo que el delito de daños por el que el Alcalde también debía ser condenado no había sido cometido en forma dolosa, sino imprudente. Sostuvo en este sentido, que no se actuó sobre la base de un «acuerdo expreso ni tácito, simultáneo o sobrevenido entre los autores materiales de los daños y el Alcalde (...) para ocasionar daños, y que tampoco existió inducción, ni provocación para ello, ni siquiera complicidad». No obstante ello, agregaba el Ministerio Fiscal, se debe aplicar el artículo 565 C.P. (de 1973) sobre la imprudencia, dado que «en tales circunstancias,

encrespados los ánimos, era fácilmente previsible que se produjeran los destrozos en las viviendas de aquella calle».

IV. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Aunque la Sentencia del Tribunal Supremo analiza separadamente ambos motivos, se puede resumir su argumentación conjuntamente como sigue:

a) La Audiencia había entendido que el Alcalde no podía ser considerado autor de los daños, «pues no hubo acuerdo expreso ni tácito, simultáneo o sobrevenido para efectuar los referidos daños y sobre todo no se organizó la manifestación para producirlos», a lo que agrega que el Alcalde y Concejales «ignoraban los daños cuando se estaban efectuando». Asimismo estableció que el Alcalde tampoco podía ser considerado inductor, pues no se produjo en el caso «una incitación directa». Finalmente no se le consideró cómplice, «pues no se ha justificado que hayan cooperado en la ejecución de los daños». La Sala 2.^a del Tribunal Supremo entiende por contra, que estos tres criterios en los que la Audiencia fundamentó la exclusión de la responsabilidad por los daños son erróneos:

- 1.º La coautoría no necesitaría de un acuerdo formal, sino es suficiente con que éste sea tácito y con que el coautor sume su parte del dominio del hecho a la de los otros, coautores en una ejecución común.
- 2.º Suponiendo que fuese necesaria una incitación directa, es evidente que la hubo, pues el Alcalde se dirigió a la turba sin intermediación.
- 3.º Resultaría indudable —concluye la Sala 2.^a del T.S.— que su acción importa una colaboración en los daños, por el impulso dado a los demás mediante el *uso indebido de su autoridad* sin someterse al derecho vigente y contribuyendo al desorden y a la inseguridad de los bienes y las personas.

b) Afirmada la responsabilidad del Alcalde con base en estos argumentos, se ocupa el Tribunal Supremo de la forma de participación que es imputable al procesado. Dice la Sala: «La cuestión no ofrece dudas: es claro que no es posible saber si el Alcalde creó el dolo de los manifestantes y, por lo tanto, no resulta posible considerarlo inductor; sin embargo, dado que el Alcalde tuvo una auténtica preponderancia del dominio de la decisión que condujo a los hechos, se le debe considerar como autor mediato de los da-

ños. (...) La utilización en forma contraria al deber de su autoridad, para lanzar proclamas que aprobaban la acción contra determinados vecinos, al tiempo que postulaban la responsabilidad de un grupo étnico respecto de un hecho individual, constituye en las circunstancias del caso un verdadero superdominio del hecho de los autores inmediatos, fundado en la posición de autoridad del Alcalde. En estos supuestos una parte muy significativa de la doctrina ha considerado la posibilidad de la autoría mediata sobre la base de la figura del *autor detrás del autor*, caracterizada por la posibilidad de la autoría en ciertos casos en los que el autor inmediato de la acción típica es también plenamente responsable. En este caso, ello es consecuencia de que el Alcalde, con el apoyo de su autoridad a la actitud vengativa de los vecinos que componían la muchedumbre, contribuyó de una manera decisiva a crear un clima de permisividad de la venganza entre los manifestantes, lo que le otorgaba una posición directiva superior de los hechos. Tal situación es similar a la que cabe aceptar en los supuestos en los que los autores inmediatos obran en la creencia de que su comportamiento cuenta con una autorización o, al menos, una tolerancia oficial, cuya ilicitud podían reconocer con un mínimo esfuerzo de conciencia. En suma, la posición institucional del Alcalde le otorga —como se dijo— una posición de dominio superior sobre el hecho de otros autores que obran también en forma responsable. Como es claro, esta superioridad del dominio de la decisión tiene carácter normativo, toda vez que —como se ha destacado en la doctrina— “no se debe determinar según la fuerza motivadora en el caso concreto, pues (...) se trata del rango normativo de la participación”».

c) Respecto a la existencia o no de dolo en la actuación del Alcalde, argumenta el Tribunal Supremo: No es plausible sostener que no existía dolo, como afirma el Ministerio Fiscal, porque faltase el acuerdo con los otros partícipes. «Basta tener en cuenta que, si fuera así, el autor que no obrara en conjunto con otros no lo haría con dolo o, lo que es lo mismo, que el dolo presupone participación. Por el contrario esta Sala viene sosteniendo (cfr. S.T.S. de 23 de abril de 1992, entre otras) que el autor que prevé un peligro concreto de lesión de un bien jurídico y, no obstante ello, ejecuta la acción peligrosa, obra con dolo. En el presente caso el Alcalde, que con conocimiento de la crispación de la muchedumbre profiere una arenga incendiaria, en la que señala, inclusive con su nombre, a personas que se debía expulsar de Mancha Real e incita a continuar con manifestaciones que pasarán por “esas casas donde sabemos existen personas no gratas”, no ha ignorado el peligro real que su actuación representa para los bienes que finalmente resultaron lesionados. Es evidente que la utiliza-

ción de su autoridad para sumarse a una turba difícilmente controlable no podía sino tener las consecuencias que tuvo y ello excluye completamente la posibilidad de aplicación del artículo 565 C.P. (de 1973)» referido a la imprudencia.

Por todo ello se dictó una segunda sentencia casando la anterior, que, entre otros pronunciamientos, condena al Alcalde de Mancha Real como *autor de un delito de daños*, y establece la responsabilidad civil subsidiaria del Ayuntamiento respecto de las indemnizaciones con causa en este delito.

V. COMENTARIO

La Sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, sobre unos hechos que en su día tuvieron gran repercusión en los medios de comunicación, se ocupa de dos interesantísimos problemas de la moderna dogmática penal: uno, referido a la teoría de la autoría y la participación, el segundo, sobre la determinación de la prueba del dolo. En ambos casos, fundamentación y terminología utilizadas en la sentencia se deben analizar —como a continuación— de una forma crítica, pero en sus conclusiones la decisión de casación resulta, desde las teorías más modernas imperantes en la dogmática jurídico penal, impecable.

1. INTRODUCCIÓN

En general, existen dos formas de estar ligado a una realización delictiva. Bien mediante una organización, mediante un establecer condiciones que constituyan un aporte más o menos importante al hecho delictivo —*delitos de dominio del hecho*—, bien por estar unido a un determinado bien jurídico mediante una relación positiva que obliga a su cuidado y fomento, mediante un deber especial —*delitos de infracción de deber*— [sobre estos últimos, aquí y en lo siguiente, cfr. JAVIER SÁNCHEZ-VERA: *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Berlín, 1999, con especiales referencias a CLAUS ROXIN y GÜNTHER JAKOBS. En España, esta categoría ha sido defendida principalmente por BACIGALUPO, Enrique: *Principios de Derecho penal, Parte General*, 4.^a ed., Madrid, 1997, pp. 405, 408 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel: «El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)», *A.D.P.C.P.*, 1984, pp. 114 y ss.; véase, asimismo, PÉREZ DEL VALLE, Carlos: «La deslealtad profesional del abogado y su repercusión penal», en *La Ley*, abril de 1997; en contra de esta categoría véase, entre otros, GRACIA MARTÍN, Luis: *El actuar en nombre de otro en Derecho penal, I. Teoría general*, Zaragoza, 1985,

pp. 332 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio: «Las actuaciones en nombre de otro», *A.D.P.C.P.*, 1984, pp. 23 y ss. (pp. 48 y ss.); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: «Inducción o autoría mediata en malversación impropia», en *La Ley*, 1986, 4, pp. 529 y ss.].

Quien facilita a un tercero un arma para que éste cometa un homicidio, es evidente que ha organizado de forma defectuosa. Si se considera que su organización constituye un aporte con el que domina el hecho delictivo, su responsabilidad será como autor o coautor; y si se considera que no posee el dominio del hecho, tan sólo habrá de ser calificado como partícipe, pero en cualquier caso —si no concurren otras circunstancias— y debido a su organización defectuosa, responderá. Estos son los delitos de dominio del hecho, también llamados, últimamente, de organización.

Ejemplo paradigmático del *delito de infracción de deber* es, en cambio, el de la madre, que deja morir de hambre a su hijo u omite impedir que un tercero le lesione. Es cierto que ella, debido a que tan sólo omite, *no domina el hecho* en el sentido habitual de este concepto —en el segundo supuesto es claro que el hecho es dominado por el tercero que lesiona—, pero no por ello queda libre de responsabilidad. En efecto, debido a la institución positiva de la patria potestad, la madre, como nadie duda, tiene un deber positivo de cuidado respecto de su hijo. Puesto que la relación es positiva —la madre debe cuidar de su hijo y *no sólo no dañarle* como en una relación negativa—, es claro que aunque en el caso concreto *no haya organizado nada*, deberá impedir la muerte de su hijo dándole de comer o evitando las lesiones de manos de terceros. Estos delitos, a diferencia de los de dominio del hecho u organización, tienen su base en un comportamiento solidario o de ayuda. Se trata de un comportamiento solidario porque aunque no se haya organizado nada, existe un deber positivo que vincula siempre con el bien jurídico y que obliga a ayudar. Un deber de ayuda y fomento que no se basa en una autoobligación mediante una organización previa, sino en un deber solidario. No así en los delitos de dominio del hecho o de organización antes vistos: en ellos se responde simplemente porque se ha organizado algo dañino, porque se ha realizado un aporte —sólo o con otros— a un hecho criminal, lo cual, obviamente, no tiene nada que ver con una obligación nacida de un deber de solidaridad.

Pero no sólo los casos como el expuesto, de la madre y su hijo, han de ser tenidos como de infracción de deber. También —entre otros— los delitos de funcionarios, aquéllos que la antigua terminología denominaba de forma visionaria delitos *especiales*, son considerados hoy día como delitos de infracción de deber. Los funcionarios del Estado tienen *deberes especiales*, deberes que no incumben a todo ciudadano, y que, como a continuación se expli-

cará, al igual que en el caso de la madre, son deberes positivos de cuidado basados en la solidaridad estatal en sentido amplio. Veamos un ejemplo: Imaginemos un ciudadano tan poco cívico, que lleva varios años sin pagar sus impuestos al Estado. Imaginemos también que, tras descubrirse esta circunstancia, se le incoa por este motivo un procedimiento administrativo, o incluso, que se encuentra procesado por delito fiscal. Pues bien, incluso en este caso, seguirá teniendo derecho a algunas prestaciones estatales fundamentales, y ello, precisamente, con base en la solidaridad estatal a la que me acabo de referir. Si se produce un robo en su casa, la policía no podrá argüir que no interviene porque la víctima no contribuye con sus impuestos al mantenimiento de la seguridad interior del Estado (entre otras instituciones, al sostenimiento de la policía), y si su vivienda resulta afectada por un fuego, tampoco podrá ampararse el cuerpo de bomberos en aquella circunstancia para no extinguir el incendio.

Con todo ello se quiere decir: No es necesario que el bombero o el policía —el funcionario en general— actúen movidos por impulsos solidarios, es más, en realidad en gran medida actúan porque cobran su sueldo, pero es de destacar que ellos no son sino la correa de transmisión de una fuerza nacida en una solidaridad y que, según los casos, hunde sus raíces en el Estado social, en determinados principios humanitarios, etc. El Estado, por motivos de solidaridad, ofrece protección, v. gr. mediante la policía, también a aquéllos que no pueden pagarla, incluso, como hemos visto, a aquéllos que no han contribuido —de forma contraria a su obligación— a su sostenimiento. Por ello —junto con otros motivos que aquí han de dejarse de lado— actualmente la moderna dogmática penal considera los delitos de funcionarios también dentro de la categoría de los delitos de infracción de deber: El funcionario tiene un deber positivo de fomento y cuidado respecto a bienes jurídicos que son de su competencia, deber especial que nace de su cargo como servidor del Estado, pues es éste, el Estado, el que originariamente posee tal deber.

2. RESPONSABILIDAD DEL ALCALDE

El caso que nos ocupa, como se desprende de la sentencia —aunque ésta emplee una terminología poco decidida al respecto—, es pues un supuesto de delito de infracción de deber. En efecto, los deberes de un Alcalde —como demuestra su potestad sobre la policía local— son deberes positivos en cuanto a la seguridad y protección de los vecinos del municipio (cfr. también art. 24.1 del C.P.).

Parece claro que el Alcalde no sólo debe responder si ordena a la policía local actos ilegales contra los vecinos, organizando así

de forma defectuosa su ámbito de dominio (delito de dominio), sino también si, por ejemplo, omite ordenar a ésta intervenir en caso de necesidad, quebrantando pues su deber de cuidado y fomento de los bienes jurídicos relacionados con su competencia y dando lugar con ello a un delito de infracción de deber. En los sucesos relatados en la sentencia objeto de comentario, parece claro que estos deberes de cuidado y protección de los vecinos fueron incumplidos respecto de las familias gitanas que residían en el municipio. Tales deberes incumbían también por ejemplo a otros obligados especiales, como la Guardia Civil, que sí cumplió con su cometido: retiró varios vehículos de la vía pública para evitar que fueran dañados, aconsejó al resto de la comunidad gitana que se fueran a otro lugar hasta que se celebrara la manifestación señalada para después del entierro del castellano muerto y, finalmente, custodió las casas —ya abandonadas— para evitar, aun sin lograrlo, que fuesen destruidas como desgraciadamente ocurrió.

En los hechos objeto de la sentencia, las circunstancias acompañantes hacían todavía más clara si cabe, la posición de garante del Alcalde: Quien como Alcalde convoca una manifestación, debe velar por la seguridad de la misma, más aún cuando durante la convocatoria se asegura «que las próximas movilizaciones que se realicen pueden ser más violentas» y que «se marcarían con pintura las puertas de las viviendas de las personas que tenían que marcharse de Mancha Real». Esta actitud, incluso para un no obligado positivamente por un deber de cuidado y fomento, hubiera ya supuesto probablemente una posición de garante en virtud del pensamiento de la injerencia. Pero aquí ni tan siquiera se requiere tal fundamentación: los deberes positivos de cuidado y protección que incumbían al Alcalde son claros, como también lo es su incumplimiento. El caso es similar al anteriormente mencionado de la madre que deja que un tercero dañe a su hijo (de la madre): la falta de dominio del hecho de la madre —dominio que se encuentra en manos del tercero que lesiona al niño— no la exonera de responsabilidad, puesto que lo fundamental es el incumplimiento del deber de cuidado nacido de la institución patria potestad.

Por ello, el hecho de que fueran otros los autores materiales de los daños a las viviendas, nada tiene que ver con la infracción del deber por parte del Alcalde y por tanto tampoco puede exonerarle de su responsabilidad. Se trata respecto de los manifestantes y del Alcalde de dos formas distintas de imputación: los manifestantes, como en su día estableció la Audiencia de forma acertada, responden del delito de daños porque ellos mismos los han organizado, y lo hacen como autores, porque dominaban el hecho de la destrucción de las viviendas. El Alcalde, por su parte, como ahora el

Tribunal Supremo establece en sus conclusiones de forma correcta, responde del delito de daños, no ya por haber organizado algo —como los vecinos—, sino, ante todo, por haber incumplido su deber positivo de cuidado como primera autoridad pública. A continuación se profundizará más en esta cuestión.

3. RESPONSABILIDAD DEL ALCALDE COMO AUTOR

a) AUTORÍA

Tras concluir que el Alcalde debe *también* responder del delito de daños, ha de plantearse la cuestión de su forma de participación. También aquí se secundan en la Sentencia de la Sala Segunda los resultados a los que conduce la teoría del delito de infracción de deber, a mi juicio, de forma acertada.

El hecho de que fuera el propio Alcalde junto con la corporación quien convocara la manifestación, de que asegurase en público «que las próximas movilizaciones que se realicen pueden ser más violentas» y que «se marcarían con pintura las puertas de las viviendas de las personas que tenían que marcharse de Mancha Real», no hace, como se vio, sino redundar en la idea de que el Alcalde faltó a su deber de protección para con algunos de los vecinos, pero, siguiendo la teoría del delito de infracción de deber, tales circunstancias no deben resultar determinantes a la hora de establecer el grado de participación del Alcalde en los hechos. Esta conclusión también fue extraída por la Sala Segunda en su sentencia. En efecto, si se hubiese atendido —de forma errónea— a tales circunstancias y no al *únicamente relevante hecho de la infracción de su deber como Alcalde*, no se podría haber condenado por autoría —como hace la sentencia—, pues tales manifestaciones en ningún caso suponen un dominar el hecho; en otras palabras, no representan, *per se*, un delito de daños en las cosas, si no es argumentando a través de la teoría del delito de infracción de deber.

Y es que, en efecto, es claro que atendiendo a tales hechos y no a la infracción del deber, sólo podría haberse condenado por participación. Dice la sentencia «que no es posible saber si el Alcalde creó el dolo de los manifestantes y, por lo tanto, no resulta posible considerarlo inductor». Pero es que cuando se infringe un deber especial, es indiferente la forma mediante la que se infrinja, por acción, por omisión, mediante cooperación, complicidad o inducción, etc. O se cumple con el deber o no se cumple, *tertium non datur*. Si se incumple induciendo a otros a dañar el bien jurídico, o colaborando con ellos, o simplemente no impidiendo que otros dañen ese determinado bien, en todo caso, se incumple. Explicado de nuevo mediante el caso paradigmático de la madre, que en sus

conclusiones siempre resulta más evidente. La madre tiene un deber positivo de cuidado respecto de su hijo en virtud de la institución patria potestad. Por ello responde como autora de un homicidio si le deja morir de hambre (omisión). Pues bien, si esto es obvio —y lo es unánimemente en la doctrina científica—, no puede serlo menos cuando no sólo se omite, sino que además se colabora (es decir, también se omite el cuidado); por ejemplo facilitando el arma homicida al asesino de su hijo (de la madre), ella también deberá responder como autora: aquí omite el deber de cuidado como en el primer caso (deja morir al hijo), y además ayuda a destruir el bien jurídico (facilita el arma), por lo que su responsabilidad como autora es, aun si cabe, más clara.

Lo mismo sucedió en el hecho que nos ocupa: el Alcalde no sólo incumplió su deber como edil omitiendo asegurarse de la protección de todos los convecinos del municipio —esta omisión ya habría fundamentado su autoría—, sino que además participó con un impulso psíquico a la pérdida del bien jurídico. Entiendo que a esto se refiere el Tribunal Supremo cuando dice: «... la utilización en forma contraria al deber de su autoridad, para lanzar proclamas que aprobaban la acción contra determinados vecinos, al tiempo que postulaban la responsabilidad de un grupo étnico respecto de un hecho principal, constituye en las circunstancias del caso un verdadero superdominio del hecho de los autores inmediatos, fundado en la posición de autoridad del Alcalde». Cuando el Tribunal Supremo habla de que la posición como Alcalde constituía un «verdadero superdominio del hecho de los autores inmediatos» se está refiriendo, en realidad, a la mencionada responsabilidad en virtud de una *infracción de deber*, infracción de deber que, en sus consecuencias, es equivalente a la responsabilidad por dominio del hecho, puesto que ambas conducen a la autoría. Bien es cierto que la terminología puede inducir a alguna confusión, pues, en verdad, no es el dominio del hecho lo relevante, sino la infracción de deber, pero no es menos cierto que quizá con esa terminología se trata de lograr —y, de hecho, se alcanza— un consenso con otros sectores de la jurisprudencia más reacios a tales innovaciones doctrinales. En suma, la construcción de una autoría con respecto al Alcalde, no puede sino ser aplaudida.

De otras partes de la sentencia puede deducirse igualmente que el Tribunal Supremo en sus conclusiones afirma la responsabilidad del Alcalde por la omisión de cumplir su deber positivo de cuidado, protección y fomento, es decir, en definitiva que sigue los postulados de la teoría del delito de *infracción de deber*: «... el Alcalde, con el apoyo de su *autoridad* a la actitud vengativa de los vecinos que componían la muchedumbre, contribuyó de una manera decisiva a crear un *clima de permisividad* de la venganza en-

tre los manifestantes, lo que le otorgaba una posición directiva superior de los hechos. (...) En suma, la posición institucional del Alcalde le otorga una posición de dominio superior sobre el hecho de otros autores que obran también en forma responsable». Con estas afirmaciones, el Tribunal Supremo corrobora, aún sin mencionarlo expresamente —como ya *supra* se indicó—, que ha considerado el delito del Alcalde como un delito de infracción de deber. Y ello, resumiendo, por dos motivos: El primero porque no es sólo el hecho de la incitación al delito de daños lo que determina la responsabilidad del Alcalde, sino su infracción de deber basada en su «posición institucional» al «crear un clima de permisividad». En segundo y consecuencia de lo anterior, porque se afirmó su responsabilidad como autor. El responsable en virtud de un deber positivo de cuidado es, en principio, *siempre autor*, no cabiendo formas de participación: quien está obligado *personalmente* al cumplimiento de un deber, y lo incumple, siempre lo incumple *personalmente*, esto es, como autor. Que la forma de incumplimiento sea dañando el bien jurídico él mismo, o no salvándolo frente a un ataque o colaborando con el daño ajeno, es irrelevante: lo cierto es que en ninguno de estos casos se satisface la obligación personalísima.

b) SOBRE LAS FIGURAS DEL «AUTOR DETRÁS DEL AUTOR»
Y DE LA AUTORÍA MEDIATA

Precisa la sentencia que nos hallamos pues ante un caso de «autoría mediata sobre la base de la figura del *autor detrás del autor*, caracterizada por la posibilidad de la autoría en ciertos casos en los que el autor inmediato de la acción típica es también plenamente responsable». Esta construcción del «autor detrás del autor», procedente de la dogmática jurídico-penal alemana, afirma que el hecho de que exista un autor inmediato de un determinado delito, no impide en ciertas ocasiones la existencia, a su vez, de un segundo autor detrás de ese autor.

La figura no se encuentra exenta de polémica entre la doctrina alemana *respecto de los delitos de dominio*. Si ya existe un autor responsable, se argumenta, puede resultar problemática la existencia de otro autor por el mismo hecho «detrás» de ese autor, puesto que, o bien el autor de delante es tal y entonces el de detrás es tan sólo partícipe en su hecho, o bien el hombre de detrás es autor, pero entonces se habrá servido del hombre de delante como instrumento, por lo que éste nunca podrá ser, a su vez, autor.

No es lugar aquí de entrar en esta discusión, sobre todo, puesto que ya hemos dicho que no nos hallamos ante un delito de domi-

nio del hecho, sino ante uno de *infracción de deber*. Y es que, respecto a éstos, sí reina cierta unanimidad en la doctrina científica a la hora de aplicar, al menos en sus consecuencias, la figura dogmática del autor detrás del autor. *Ad exemplum*: Si un funcionario de prisiones deja que un preso que él custodia sea agredido por otro recluso, parece claro que habrá dos autores; el recluso agresor, por su acción, el funcionario, por su omisión en posición de garante. Pues bien, también en los sucesos de Mancha Real existía tal dualidad: por un lado, los manifestantes que procedieron a destruir las casas; por otro, la omisión de impedir tal delito por parte del Alcalde. Dicha dualidad responde, como también se apuntó, a formas de imputación diferentes: por un lado, para los vecinos, la imputación por el quebranto de la institución negativa *neminem laedere* al haber organizado de forma defectuosa destrozando las casas; por otro, para el Alcalde, la imputación por el quebranto de una institución positiva al no haber cumplimentado el deber de ayuda y protección que le incumbía. Se puede, pues, como hace el Tribunal Supremo en la sentencia, hablar de un «autor detrás del autor» también en estos casos.

La Sala hace mención también a la figura de la autoría mediata. Con ello se adhiere a la posición del fundador de la teoría del delito de infracción de deber, CLAUS ROXIN, que en casos como los juzgados también se inclina por esta figura. Si bien es cierto que por mantener una terminología tradicional o por motivos didácticos se puede hablar aquí de autoría mediata (en el sentido de que hay unos autores inmediatos, los manifestantes, y un hombre de detrás, el Alcalde), *en puridad*, sin embargo, no sería necesario recurrir a tal construcción. En efecto, no es del todo exacto que el hombre de detrás no sea también, en rigor, autor *inmediato*. Su deber positivo de cuidado —como Alcalde— es *personalísimo* y *siempre inmediato*, y por ello no lo incumple mediatamente, sino siempre de forma inmediata. Un deber de prestación de ayuda a los convecinos se posee —y, por tanto, en su caso, se incumple— de forma inmediata, esto es, con independencia de si es un tercero o fuerzas naturales las que desencadenan la situación de necesidad. Con esto se quiere decir: si el Alcalde niega a los convecinos la ayuda que tenga a su alcance, por ejemplo en caso de unas inundaciones, de tal manera que sus viviendas se ven afectadas, es autor inmediato de un delito de daños, igual que si se la niega cuando terceras personas amenazan con destruir las viviendas. En cualquier caso, como ya se señaló, y puesto que en definitiva la estructura *meramente externa* del delito es idéntica a la de una autoría mediata —hay un hombre de detrás que responde a pesar de existir un hombre de delante— no habría inconveniente, por razones didácticas, en mantener la terminología de autoría mediata

también para estos casos. Hay problemas por resolver en nuestras ciencias penales mucho más acuciantes que los simplemente terminológicos.

4. RESPONSABILIDAD DEL ALCALDE COMO AUTOR *DOLOSO*

La sentencia también estudia por último, y a instancia del Ministerio Fiscal, si el Alcalde obró dolosamente en relación al delito de daños. Según el Ministerio Público, no se habría actuado sobre la base de un «*acuerdo* expreso ni tácito, simultáneo o sobrevenido entre los autores materiales de los daños y el Alcalde o Concejales que encabezaban y dirigían la manifestación, *para ocasionar daños* y que tampoco existió inducción, ni provocación para ello, ni siquiera complicidad», por lo que habría que aplicar el antiguo artículo 565 C.P. sobre la imprudencia. Para nuestra discusión habría que añadir a estas afirmaciones además, el pasaje de los hechos probados en el que se declara que «no está probado que dichos actos (los actos de vandalismo llevados a cabo por los manifestantes) fueran vistos, oídos y consentidos por el Alcalde y Concejales que portaban la pancarta a la cabeza de la manifestación; sólo tuvieron conocimiento de algún fuego, pues vieron el humo, y con relación al mismo el Alcalde mandó al coche bomba del Ayuntamiento».

a) ¿QUÉ CONCEPTO DE DOLO ES APLICABLE?

La tipicidad del delito doloso requiere además del ya expuesto tipo objetivo, la realización del tipo subjetivo, es decir, fundamentalmente, el dolo del autor. Ya la definición del dolo, empero, resulta problemática. Tradicionalmente el concepto de dolo se resumía en un «querer y conocer la realización del tipo», es decir, se requería un elemento volitivo y otro cognitivo en el autor doloso. Sin embargo, la doctrina más moderna ha renunciado *de facto* a la exigencia del elemento volitivo como característica del dolo, pues, indudablemente, tal elemento conducía a soluciones poco satisfactorias. Así, si un terrorista adhiere al pecho de su víctima —con objeto de extorsionarle— un explosivo, que de ser manipulado, estallará, en caso de que el explosivo efectivamente haga explosión, el terrorista —con la antigua definición del dolo— siempre podría argüir que obró tan sólo imprudentemente. Si bien conocía los peligros creados al colocar el explosivo, podría argumentar —desde aquella teoría del dolo volitivo, no sin plausibilidad— que *no quería* la muerte del extorsionado, puesto que de producirse ésta, él nunca cobraría el «rescate» [cfr. S.T.S. de 27 de diciembre de 1982

(caso Bultó)]. Como se ve, exigir como criterio determinante del dolo un elemento volitivo, conduce a tener que afirmar una comisión imprudente en supuestos más que dudosos.

No es éste el único argumento en contra de un elemento volitivo: también se ha puesto de manifiesto su imposibilidad de explicar el denominado dolo de consecuencias necesarias (cfr., aquí y en lo siguiente, BACIGALUPO: *Principios de Derecho penal*, cit., pp. 223 y ss.). En estos casos, el autor *no dirige su voluntad* a las consecuencias accesorias de su acción, aunque, como necesarias que son, las conoce. Ejemplo: para asesinar a un político se hace estallar el avión en el que viaja, sabiendo que de esta forma necesariamente morirá también la tripulación del aparato. Aquí, y según un concepto de dolo que recogiese también componentes volitivos, habría que concluir que respecto de la muerte de la tripulación el autor obró sin dolo, pues en verdad la única consecuencia *querida* era la muerte del político y no la de la tripulación. Por último, se han destacado también las dificultades de prueba que la exigencia de un elemento volitivo presenta. Pues ¿cómo saber si el sujeto quería o no quería la realización del tipo, esto es, cómo escudriñar elementos puramente psíquicos? Aun en el caso de que el autor confiese su voluntad, podría estar mintiendo, con lo cual, no se trataría más que de un *dolo subsequens*, de un «querer» lo ya realizado y que, por tanto, tan sólo significaría un conformarse con lo hecho.

Por todo ello, gran parte de la doctrina científica actual y la jurisprudencia más moderna define el dolo acudiendo *de facto* tan sólo a elementos cognitivos (cfr., en este sentido, la importante S.T.S. de 23 de abril de 1992 sobre el caso del aceite de colza). Así también, la sentencia objeto de estudio: «Esta Sala viene considerando» —dice— «que el autor que prevé un peligro concreto de lesión de un bien jurídico y, no obstante ello, ejecuta la acción peligrosa, obra con dolo», es decir, es suficiente con el conocimiento del peligro sin necesidad de que exista una voluntad específica de producir el resultado, sea porque ésta no interesa, sea porque se considera que no se puede indagar con certeza, sea —como parece más probable— porque *tal voluntad se presupone cuando el autor conoce el peligro y, de todos modos, actúa*. Con ello, el Tribunal Supremo alcanza el primer nivel de argumentación: la definición del dolo, y deshace el argumento del Ministerio Público que sostenía que la falta de una voluntad de acuerdo entre los partícipes excluye el dolo. El otro argumento, sobre la falta de inducción, provocación o complicidad, es obvio que nada tiene que ver con la determinación del dolo, amén de que ya fue estudiado al tratar la participación.

b) ¿CÓMO SE DETERMINA QUÉ CLASE DE «CONOCIMIENTO» REQUIERE EL DOLO?

Tras la obtención de este concepto de dolo basado en determinaciones cognitivas queda todavía por decidir en *qué datos* se ha de basar el juzgador para afirmar que alguien ha conocido, esto es, que ha actuado dolosamente. En efecto, lo hasta ahora dicho evidencia, que el sistema jurídico interpreta y toma por sí mismo los datos que el mundo exterior le proporciona con arreglo a un determinado código —*código jurídico* como se le quiere denominar aquí—. Así, se ha visto, que el ordenamiento no concede relevancia, *per se*, a datos como los elementos psíquicos de la voluntad —un pretendido elemento volitivo es irrelevante—, o que considera un «aporte» que en realidad «sólo» consistía en un omitir por parte del Alcalde, como suficiente para determinar una infracción de deber, etc.

La existencia de un código jurídico propio en nuestra ciencia es una obviedad, si es que estamos hablando de ciencia *jurídica* y no, v. gr., de ciencias de la naturaleza, de psiquiatría, etc. La «materia de la ciencia jurídica», escribe GUSTAV RADBRUCH en su *Filosofía del Derecho*, «por supuesto que no es la realidad sin configuración, amorfa, sino que es una preformada por conceptos precientíficos o en su caso extrajurídicos. (...) En cualquier caso la ciencia jurídica no asume concepto prejurídico alguno *sin transformarlo a la vez*. (...) Los conceptos naturalistas experimentan, pues, una transformación teleológica, cuando son asumidos por la ciencia jurídica» (*Rechtsphilosophie*, 6.^a ed., 1963, pp. 219 y s.).

Según esto, el mismo problema de prueba que —como vimos— afrontaba una definición de dolo basada en un elemento volitivo como el querer, lo afronta una apoyada en elementos cognitivos psíquicos: ¿Cómo decidir —se puede esgrimir en contra del concepto de dolo hasta ahora expuesto— qué es lo que realmente conocía el autor? ¿A qué atenernos en cuanto a esa «prueba del conocimiento»?

La solución la impone el código jurídico al que se hacía referencia anteriormente: los elementos psíquicos no son tampoco aquí, *per se*, relevantes; por contra, para determinar si un sujeto concreto actuó dolosamente habrá que estarse a una *atribución de conocimientos* que el ordenamiento jurídico realiza, y que dependerá de los parámetros con los que el código jurídico valore ciertas circunstancias, un código jurídico basado en las expectativas *desde el punto de vista social* que se tienen de un determinado comportamiento (véase aquí y en lo siguiente, RAGUÉS I VALLÈS, Ramón: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 1999). En efecto, parece claro que también respecto de los elementos cognitivos es imposible saber qué sucedió en «ese arcano pro-

fundo y escondido del alma humana, en donde la persona guarda y custodia sus más recónditos pensamientos» (S.T.S. de 29 de enero de 1992), esto es, saber, en definitiva, qué conoció el sujeto.

Así las cosas, el criterio seguido en esta sentencia —y en otras muchas— parece ser el más acertado. No refiere el Tribunal Supremo su argumentación a la psique del Alcalde —esto resultaría además de todo punto imposible— sino a la *valoración social* que de su comportamiento puede y debe hacerse. «(...) El Alcalde, que con conocimiento de la crispación de la muchedumbre profiere una arenga incendiaria (...)» señala la Sala abstrayendo del caso —y por tanto de la psique— del autor, «no ha ignorado el peligro real que su actuación representa para los bienes que finalmente resultaron lesionados»; «es evidente que la utilización de su autoridad (...) no podía sino tener las consecuencias que tuvo y ello excluye completamente la posibilidad de aplicación del artículo 565 C.P.». Como se ve, el Tribunal Supremo no trata de indagar qué conoció y qué no el Alcalde —como se dijo, estos esfuerzos además resultarían vanos—, sino que realiza una *atribución de conocimiento*: Dada una determinada realidad objetiva probada —la «incitación», los ánimos encrespados, las anteriores declaraciones, las advertencias del Gobierno Civil, etc.—, se atribuye al sujeto de forma inequívoca *el conocimiento del peligro creado*.

Con esto coincide la doctrina más moderna en su definición de dolo: «Existe dolo cuando, a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico atribuyéndole la concreta capacidad de realizar un tipo penal» (RAGUÉS I VALLÈS: op. cit.). En el caso, se produjo una «transmisión previa de conocimientos» por parte del Gobernador Civil que le advirtió de lo peligroso de la manifestación, de que debía hablar al pueblo para calmar los ánimos, y por último, de que por lo menos, la manifestación no debía pasar por la calle donde vivían las familias gitanas. En este sentido, rige indudablemente la regla que establece que «si se acredita que con anterioridad a la realización de un comportamiento típico, a su autor le han sido transmitidos determinados conocimientos, éste sigue contando con ellos en el momento posterior en que efectivamente lleva a cabo dicho comportamiento» (RAGUÉS I VALLÈS: op. cit.). En suma: que el Alcalde en las circunstancias que se probaron en la Sentencia de instancia no conociera el peligro que su actuación representaba, sólo hubiera sido plausible si éste padeciese una enfermedad mental y, por tanto, fuese inimputable.

Queda tan sólo por resolver la cuestión de qué relevancia adquieren las afirmaciones de la sentencia de instancia, según las cuales no resultó probado que los actos de vandalismo «fueran vis-

tos, oídos y consentidos por el Alcalde». En efecto, aunque la alusión al consentimiento del Alcalde, y por tanto a un elemento volitivo, debe ser rechazada ya de plano según se expuso antes, el hecho de que el Alcalde no viese, ni oyese los actos de destrucción de las casas podría tener *prima facie* cierta relevancia.

Y, sin embargo, no es así. Explicado mediante el ejemplo siempre traído a colación de la madre que deja morir a su hijo, que, al menos en sus conclusiones, resulta ciertamente pacífico: Si una madre que ve cómo su hijo de corta edad amenaza con caerse a un estanque, *abandona* el lugar para no tener que rescatarlo, en caso de que el niño muera ahogado no podrá argüir que ni vio, ni oyó que su hijo necesitase ayuda, para exonerarse de su responsabilidad. El deber positivo de cuidado basado en la institución de la patria potestad obliga a los padres a mantenerse siempre en situación de poder ayudar, pues *si tales deberes positivos dependieran de un comportamiento autoexcluyente previo, quedarían absolutamente vacíos de contenido*; bastaría con colocarse en situación de imposibilidad de cumplimiento para no tener que responder. Pues bien, de la misma manera se ha de argumentar en el caso objeto de la sentencia. El Alcalde no puede alegar que no ve ni oye los destrozos, pues su infracción de deber se produce precisamente antes de estos hechos, dicho en otras palabras, *precisamente por no verlos ni oírlos*. Si su deber positivo de cuidado dependiese de un comportamiento anterior y libre autoexcluyente no sería tal deber, pues un deber cuya obligación de cumplimiento depende del autor no puede ser considerado como tal. Por todo ello, entiendo que también en este punto la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo fue acertada.