

DIRECTORES: ÁNGEL JOSÉ SANZ MORÁN Y ÁNGEL TORÍO LÓPEZ

Catedráticos de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

Nº 40

Revista de Derecho Penal

© 2013 Thomson Reuters (Legal) Limited

Lex Nova, S.A.U.

Edificio Lex Nova
General Solchaga, 3. 47008 Valladolid
T +034 983 457038 · F +034 983 457224
E-mail: clientes@lexnova.es
www.lexnova.es
www.thomsonreuters.com

Depósito Legal: VA. 840-2000

ISSN 1576-9763

Printed in Spain — Impreso en España

Dirección General Thomson Reuters Lex Nova

Daniel Tejada Benavides

Impresión

Rodona Industria Gráfica, S.L.
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 Pamplona

Esta revista ha sido coordinada por Ángel Torío López y Ángel Sanz Morán, con la colaboración de Gloria Sánchez y Jaime Barbero, del Departamento de Producción Editorial de Lex Nova.

La Editorial, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo, del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

Esta revista no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, ni prestarse, alquilarse o cederse su uso de cualquier otra forma, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Lex Nova no asume responsabilidad alguna consecuyente de la utilización o invocación de la información contenida en esta publicación.

Lex Nova no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en las colaboraciones que se reproducen, dejando a la responsabilidad de sus autores los criterios emitidos.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters.

Lex Nova es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited.

Esta revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología, entre otros; por ello, se encuentra integrada en la clasificación bibliográfica de las siguientes bases de datos y organismos:



CARHUS PLUS



CSIC

Dialnet



IN~RECJ



latindex



El texto de las resoluciones jurisprudenciales citadas o reproducidas en esta obra tiene como fuente los documentos oficiales distribuidos por el CENDOJ. Esta publicación se limita a transcribirlos total o parcialmente, respetando la literalidad y sentido de los documentos originales.

La versión online de esta colección, que ha sido seleccionada por el CGPJ para su utilización por los miembros de la carrera judicial, puede consultarse en portaljuridico.lexnova.es

LEX NOVA



THOMSON REUTERS

DIRECTORES

ÁNGEL JOSÉ SANZ MORÁN

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

ÁNGEL TORÍO LÓPEZ

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

CONSEJO DE REDACCIÓN

CORAL ARANGÜENA FANEGO

Catedrática de Derecho Procesal. Universidad de Valladolid

M.^a ÁNGELES GALLEGO MAÑUECO

Abogada. Ilustre Colegio de Abogados de Valladolid

ALFONSO CANDAU PÉREZ

Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles

ÍNDICE GENERAL

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA BUENA CONDUCTA Y SUS VARIANTES EN EL ORDENAMIENTO PENAL Y PENITENCIARIO ESPAÑOL: UN REQUISITO ANACRÓNICO Y ESPURIO <i>Manuel Gallego Díaz</i>	9
LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ENCARGADOS DE BASES DE DATOS DE ADN FRENTE A LA CESIÓN DE INFORMACIÓN CONTENIDA EN LOS REGISTROS <i>Viviana Caruso Fontán</i>	37
LA RESPUESTA ESPECÍFICA DEL ORDENAMIENTO PENITENCIARIO FRENTE AL CRIMEN ORGANIZADO <i>Javier Nistal Burón</i>	65

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA	93
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
Sentencia 75/2013, de 8 de abril: Testigo protegido y derecho de defensa	101
Sentencia 109/2013, de 6 de mayo: Prescripción de la pena e interrupción del plazo ..	106
Sentencia 115/2013, de 9 de mayo: Acceso policial a agenda telefónica	107
TRIBUNAL SUPREMO	
Acuerdo del Pleno de 13 de marzo de 2013	113
Acuerdo del Pleno de 24 de abril de 2013	113
Sentencia 25/2013, de 16 de enero: Extralimitación del Tribunal de apelación en causa con jurado	114
Sentencia 15/2013, de 16 de enero: Responsabilidad civil subsidiaria del Estado ...	115
Sentencia 70/2013, de 21 de enero: Conclusión del sumario y apertura del juicio oral .	118
Sentencia 4/2013, de 22 de enero: Reincidencia	120
Sentencia 90/2012, de 23 de enero de 2013: Principio acusatorio. Congruencia entre acusación y condena	122

	Página
Sentencia 47/2013, de 29 de enero: Abuso sexual con prevalimiento. Violencia de género	124
Sentencia 62/2013, de 29 de enero: Autoencubrimiento y profanación de cadáveres .	126
Sentencia 56/2013, de 29 de enero: Conformidad y sentencia absolutoria	143
Sentencia 58/2013, de 31 de enero: Principio acusatorio. Motivación de la extensión de la pena	144
Sentencia 91/2013, de 1 de febrero: Delitos societarios: administración desleal y obstaculización del derecho de información del socio	146
Sentencia 164/2013, de 6 de febrero: Procedimiento abreviado. Casación contra auto de sobreseimiento libre	150
Sentencia 112/2013, de 11 de febrero: Estafa. Daño patrimonial	152
Sentencia 110/2013, de 12 de febrero: Tentativa en el delito de tráfico de drogas ...	154
Sentencia 124/2013, de 19 de febrero: Conformidad	160
Sentencia 104/2013, de 19 de febrero: Cuestión prejudicial no devolutiva	161
Sentencia 161/2013, de 20 de febrero: Concepto de patrimonio en el ámbito de la estafa	163
Sentencia 162/2013, de 21 de febrero: Administración desleal. Sociedad en liquidación	166
Sentencia 116/2013, de 21 de febrero: Vulneración principio acusatorio	169
Sentencia 149/2013, de 26 de febrero: Acusación popular	171
Sentencia 299/2013, de 27 de febrero: Casación de sentencia de apelación anulatoria del juicio con jurado	174
Sentencia 230/2013, de 27 de febrero: Silencio del acusado. Valoración	182
Sentencia 167/2013, de 28 de febrero: Casación para la unificación de doctrina en materia penitenciaria	184
Sentencia 295/2013, de 1 de marzo: Apropiación indebida. Abuso de relaciones personales	186
Sentencia 307/2013, de 4 de marzo: Deslealtad profesional de abogado	189
Sentencia 215/2013, de 5 de marzo: Citación del tercero civilmente responsable ...	192
Sentencia 279/2013, de 6 de marzo: Tráfico de drogas y blanqueo	194
Sentencia 204/2013, de 14 de marzo: Delito provocado	195
Sentencia 291/2013, de 14 de marzo: Intervenciones telefónicas. Hallazgo casual ..	197
Sentencia 213/2013, de 14 de marzo: Responsabilidad civil subsidiaria	199
Sentencia 226/2013, de 15 de marzo: Imparcialidad del juzgador	202
Sentencia 224/2013, de 19 de marzo: Responsabilidad civil derivada del delito	205
Sentencia 240/2013, de 19 de marzo: Tentativa desistida de asesinato	209
Sentencia 264/2013, de 20 de marzo: Entrada y registro. Medidas de vigilancia ...	212
Sentencia 365/2013, de 20 de marzo: Responsabilidad civil derivada del delito	214
Sentencia 267/2013, de 22 de marzo: Juicio con jurado: inadmisibilidad del recurso de apelación contra la sentencia	239

	Página
Sentencia 315/2013, de 26 de marzo: Suspensión del juicio oral. Incomparecencia de testigos	242
Sentencia 261/2013, de 27 de marzo: Maltrato de obra y vejación leve	244
Sentencia 302/2013, de 27 de marzo: Veredicto del Jurado: mayorías. «Jurado colgado»	246
Sentencia 360/2013, de 1 de abril: Lesiones imprudentes	249
Sentencia 280/2013, de 2 de abril: Falsedad en documento mercantil	256
Sentencia 287/2013, de 3 de abril: Acusación particular: derecho al ejercicio de la acción penal	261
Sentencia 294/2013, de 4 de abril: Apropiación indebida y administración desleal societaria	263
Sentencia 347/2013, de 9 de abril: Libertad vigilada y prohibición de aproximación ..	266
Sentencia 378/2013, de 12 de abril: Apropiación indebida	267
Sentencia 290/2013, de 16 de abril: Retroactividad de la ley posterior más favorable ..	273
Sentencia 342/2013, de 17 de abril: Intervención y registro de ordenadores	278
Sentencia 301/2013, de 18 de abril: Intervenciones telefónicas. Diligencias indeterminadas	282
Sentencia 353/2013, de 19 de abril: Delito electoral	284
Sentencia 313/2013, de 23 de abril: Rectificación de errores. Reincidencia	286
Sentencia 345/2013, de 24 de abril: Proposición de prueba en el proceso ordinario ..	288
Sentencia 331/2013, de 25 de abril: Falsedad documental	290
Sentencia 398/2013, de 26 de abril: Concurso de delitos	292
Sentencia 304/2013, de 26 de abril: Dispensa de la obligación de declarar	295
Sentencia 380/2013, de 26 de abril: Principio acusatorio. Pena de multa	296
Sentencia 384/2013, de 30 de abril: Apropiación indebida	300
Sentencia 457/2013, de 30 de abril: Destrucción de efectos judiciales	304
Sentencia 386/2013, de 6 de mayo: Tutela judicial efectiva. Motivación de la sentencia	306
Sentencia 402/2013, de 13 de mayo: Refundición de condenas	307

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia 4/2013, AP Badajoz, de 29 de enero: Daños y vejaciones injustas. Prueba en segunda instancia	311
Sentencia 27/2013, AP Ciudad Real, de 29 de enero: Incumplimiento de obligaciones familiares	311
Sentencia 10/2013, AP Cuenca, de 29 de enero: Conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas	312
Sentencia 148/2013, AP Barcelona, de 3 de abril: Lesiones causadas con medio peligroso y falta de maltrato de obra	313
Sentencia 42/2013, AP Madrid, de 8 de abril: Responsabilidad civil en juicio de menores	315

	Página
Sentencia 181/2013, AP Madrid, de 15 de abril: Asesinato en grado de tentativa y tenencia ilícita de armas	316
Sentencia 270/2013, AP Granada, de 26 de abril: Delito de injurias mediante comentario en periódico digital	317
Sentencia 88/2013, AP Las Palmas, de 3 de mayo: Conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas	318
Sentencia 239/2013, AP Burgos, de 15 de mayo: Estafa con medios informáticos ..	319
Sentencia 642/2013, AP Madrid, de 16 de mayo: Delito de homicidio en grado de tentativa	320
Sentencia 52/2013, AP Madrid, de 16 de mayo: Delito contra la salud pública. Sustancias que causan grave daño a la salud	324
Sentencia 239/2013, AP Madrid, de 17 de mayo: Tenencia de pornografía infantil ..	325
Sentencia 162/2013, AP Madrid, de 24 de mayo: Acoso sexual en el trabajo	326
Sentencia 447/2013, AP Madrid, de 27 de mayo: Delitos de falsedad en cuentas, societario y de apropiación indebida	327
Sentencia 416/2013, AP Barcelona, de 30 de mayo: Asesinato con alevosía y tenencia ilícita de armas	328
Sentencia 113/2013, AP Ávila, de 14 de junio: Usurpación de funciones y prevaricación administrativa	329
Sentencia 735/2013, AP Barcelona, de 14 de junio: Agresión sexual y lesiones que causan pérdida de órgano no principal	330
Sentencia 407/2013, AP Madrid, de 27 de junio: Lesiones y reconocimiento en rueda del imputado	330
Sentencia 78/2013, AP Madrid, de 2 de julio: Delitos continuados de falsedad en documento mercantil y estafa	331

CRÓNICA LEGISLATIVA

CRÓNICA LEGISLATIVA	335
---------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL	341
DERECHO PROCESAL PENAL	343

Revista de

Derecho Penal

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA BUENA CONDUCTA Y SUS VARIANTES EN EL ORDENAMIENTO PENAL Y PENITENCIARIO ESPAÑOL: UN REQUISITO ANACRÓNICO Y ESPURIO

MANUEL GALLEGO DÍAZ

*Profesor Ordinario de Derecho Penal
Universidad Pontificia Comillas de Madrid*

RESUMEN

La buena conducta y sus variantes en el ordenamiento penal y penitenciario español: un requisito anacrónico y espurio

El requisito de la buena conducta y sus variantes ha venido entendiéndose en el sistema penal y penitenciario español en el sentido de ausencia de sanciones disciplinarias graves o muy graves sin cancelar. Pero concebir el requisito como comportamiento disciplinario no deja de resultar un elemento anacrónico e impropio del sistema de individualización científica. Por eso, dentro de este sistema y atendiendo a la razón de ser de las instituciones para las que se exige el requisito, este debería entenderse como evolución de la conducta global del penado, en la línea de la clasificación penitenciaria, y en conexión con el pronóstico de reinserción social, de modo que constituyera un indicador de que el penado va a ser capaz de vivir en libertad alejado del delito. Ello precisaría ya de una reformulación del requisito.

Palabras clave: Buena conducta. No mala conducta. Comportamiento disciplinario. Conducta global. Individualización científica. Pronóstico de reinserción social.

SUMMARY

Good behavior and its variants in the spanish penal and penitentiary law: an anachronistic and spurious requirement

The requirement of good behavior and its variants has been understood in the Spanish penal and prison system to mean the absence of serious or very serious disciplinary measures that have not been cancelled. However, conceiving of the requirement as disciplinary behavior is an anachronistic element that is unsuitable for the scientific individualization system. Therefore, within this system, and bearing in mind the *raison d'être* of the institutions the requirement is demanded for, this should be understood as the evolution of the convict's overall behavior, in the prison classification line, and in connection with the forecast of social reinsertion, so that it constitutes an indicator that the convict is going to be able to live in freedom away from crime. This would now require a reformulation of the requirement.

Key words: Good behavior. Not bad behavior. Disciplinary behavior. Overall behavior. Scientific individualization. Forecast of social reinsertion.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. LA INTACHABLE CONDUCTA COMO REQUISITO DE LA LIBERTAD CONDICIONAL EN LOS CÓDIGOS PENALES ANTERIORES.
3. LA BUENA CONDUCTA Y SUS VARIANTES EN EL ORDENAMIENTO PENAL Y PENITENCIARIO ACTUALMENTE VIGENTE.

4. CRÍTICA DE LA INTERPRETACIÓN BASADA EN LA CONDUCTA DISCIPLINARIA.
 5. ALGO MÁS QUE CONDUCTA DISCIPLINARIA: UN CONCEPTO GLOBAL DE CONDUCTA.
 6. EL REQUISITO DE LA BUENA CONDUCTA EN EL SISTEMA DE INDIVIDUALIZACIÓN CIENTÍFICA.
-

1. INTRODUCCIÓN

La exigencia de haber observado buena conducta o alguna de sus variantes ha estado presente desde sus orígenes en la historia del penitenciarismo español constituyendo en el ordenamiento penal y penitenciario vigente un requisito esencial en relación con varias instituciones. Olvidada ya la exigencia de intachable conducta para la concesión de la libertad condicional en el anterior CP, ahora se requiere, en su formulación en positivo, observancia de buena conducta para la concesión de la libertad condicional (art. 90.1 c) CP), de los beneficios penitenciarios, tanto en general (art. 204 RP) como en particular para el adelantamiento de la libertad condicional (art. 205 RP) y el indulto particular (art. 206 RP), y de las recompensas (art. 46 LOGP y 263 RP). En cambio, se exige no observancia de mala conducta —formulación en negativo— para la concesión de los permisos de salida ordinarios (art. 47 LOGP y 154.1 RP). Esta misma formulación de no haber observado —reiteradamente— mala conducta se exigía en el art. 100 del Código Penal de 1973 —aún vigente para los penados que cumplen condena de acuerdo con él— para la concesión de la redención de penas por el trabajo y en el artículo 65 del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1956 a partir de la reforma del Decreto 162/1968, de 25 de enero. E incluso el RP en su art. 199.4, en relación con la libertad condicional, se refiere a las consecuencias que se producen cuando el penado haya observado mala conducta, sin más, durante el tiempo que medie entre la elevación del expediente al Juez de Vigilancia y la fecha de cumplimiento.

A pesar del reiterado recurso a la buena conducta o a algunas de las variantes indicadas como requisito para tan importantes instituciones —libertad condicional, beneficios penitenciarios o permisos de salida— y de tratarse de un concepto jurídico indeterminado, cargado de contenido valorativo y subjetivismo, llama la atención que ninguna de sus formulaciones sea objeto de definición legal con lo que habrá que determinar si su contenido se agota en el comportamiento meramente disciplinario o si, yendo más lejos, queda abierto también a la evolución de la conducta global del condenado. Solamente en relación con la redención de penas por el trabajo el artículo 65.3 del Reglamento de los Servicios de Prisiones (RSP) establecía que constituía haber observado mala conducta la comisión de una nueva falta grave o muy grave sin haber obtenido la invalidación de las anteriores, disposición que, como se verá, ha servido para iniciar toda una línea interpretativa en torno al concepto de buena conducta y sus distintas formulaciones como comportamiento disciplinario. Esta falta de definición, según señala RENART, «ha generado —y genera— dos consecuencias negativas: por una parte, una inseguridad jurídica que pudiera propiciar la adopción de decisiones insuficientemente motivadas y, por otra, la asunción de criterios interpretativos que conducen a automatismos indeseables bajo la égida justificante de la

objetividad»⁽¹⁾. Pero además, yendo aún más lejos, como indica este mismo autor, habrá que determinar si ese requisito tiene encaje y sentido dentro de las características del sistema de individualización científica y si responde a la finalidad y razón de ser de las instituciones para las que se precisa su presencia⁽²⁾.

Por otro lado, a lo largo de la historia penal y penitenciaria española se ha ido experimentando una progresiva dulcificación de las formulaciones o variantes de la buena conducta, desde el requisito de «pruebas evidentes de intachable conducta» en la Ley de 23 de julio de 1914 (artículo 1.º) y en los Códigos penales de 1928 y 1932 a las actuales formulaciones de observar buena conducta o de no observar mala conducta pasando por la exigencia de que la conducta fuera simplemente intachable a partir del Código penal de 1944 hasta su derogación por el Código penal actual.

2. LA INTACHABLE CONDUCTA COMO REQUISITO DE LA LIBERTAD CONDICIONAL EN LOS CÓDIGOS PENALES ANTERIORES

La Ley de 23 de julio 1914 por la que se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la libertad condicional exigía en su artículo 1.º que los penados sentenciados fuesen acreedores a dicho beneficio por «pruebas evidentes de intachable conducta». Esta formulación pasó a los Códigos Penales de 1928 y 1932, pero el CP de 1944 dulcificó el requisito al exigir en la circunstancia 3.ª del artículo 98: «Que merezcan dicho beneficio por su intachable conducta», sin más, aunque el requisito 3.º del artículo 53 del viejo Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero 1956 seguía exigiendo que el penado fuera acreedor a dicho beneficio por las «pruebas evidentes de intachable conducta».

El artículo 59.3.º del RSP, como concreción del requisito exigido para la concesión de la libertad condicional en el art. 53.4.º del propio Reglamento («Que el penado se halle en posesión de la instrucción elemental y educación mínima religiosa») —que no precisaba el art. 98 del CP entonces vigente—, requería para la tramitación y propuesta de libertad condicional, entre otros documentos, «copia del expediente del interesado en la que conste: su conducta disciplinaria, aplicación y laboriosidad en el trabajo e instrucción religiosa y cultural». Posteriormente el Decreto 162/1968, de 25 de enero, dio nueva redacción al documento tercero del artículo 59 del RSP exigiendo a partir de entonces: «Informe del equipo que haya intervenido en la observación y tratamiento penitenciario del interno, pronunciándose sobre la oportunidad de conceder el beneficio, habida cuenta de los factores positivos de reinserción social que presenta el sujeto».

Esta exigencia de la intachable conducta, que se mantuvo inalterada hasta la entrada en vigor del CP de 1995, en el marco de una concepción de la libertad condicional como «recompensa ganada por el mismo que la obtiene»⁽³⁾, fue referida a la conducta penitenciaria

(1) RENART GARCÍA, Felipe, *Los permisos de salida en el Derecho comparado*, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 2010, p. 131.

(2) Véase RENART GARCÍA, Felipe, *ibidem*, p. 131.

(3) CADALSO, Fernando, *La libertad condicional, el indulto y la amnistía*, Imprenta de Jesús López, Madrid, 1921, p. 65.

sirviendo así al mismo tiempo de estímulo para la buena convivencia en los centros penitenciarios. En un intento por concretarla desde una perspectiva moralizante, CASTEJÓN consideró que las «pruebas evidentes de intachable conducta» se reducían a la excelente conducta moral del penado manifestada en tres factores de corrección: religión, instrucción y trabajo. La práctica del culto y su aplicación y progreso en la escuela y taller, traducidos en notas favorables y premios, serán las pruebas evidentes que pueden aducirse a tal respecto⁽⁴⁾.

Pese al rigor de la fórmula legal, para evitar la inseguridad jurídica que podría derivar de valoraciones subjetivas, la doctrina mayoritaria, sobre todo a partir del citado Decreto 162/1968, de 25 de enero, vino considerando la intachable conducta como equivalente a ausencia de faltas graves o muy graves sin cancelar. Así, entendía BUENO ARÚS que la intachable conducta era equivalente a la buena conducta, ya que no se debe exigir al liberado condicional una conducta superior a la del ciudadano medio, que no es ni mucho menos intachable, aparte de que no dejaba de ser una ilusión la intachabilidad de la conducta durante una estancia prolongada en el mundo negativo y tristemente criminógeno de la prisión, donde probablemente «resistir» ya es demasiado. La buena conducta, a su vez, según este autor, se debería igualar con la falta de «mala conducta» a semejanza de la regulación de la redención de penas por el trabajo en el artículo 100 CP entonces vigente y en el artículo 65 del RSP a partir de la mencionada reforma de 25 de enero de 1968 que exigían precisamente ausencia de mala conducta. Lo más sensato —concluía este autor— sería considerar la intachable conducta como ausencia de anotaciones vigentes por falta disciplinaria grave o muy grave en el expediente del recluso⁽⁵⁾.

ASENCIO CANTISÁN fue todavía más lejos, pues pensaba que incluso aunque se hubieran cometido determinadas faltas disciplinarias un estudio disciplinario del penado podía aconsejar la concesión de la libertad condicional, teniendo en cuenta que en ocasiones la aparente «no buena conducta» o conducta no ajustada a la vida en prisión podía ser consecuencia de su incapacidad para vivir en prisión, no para vivir en libertad. En consideración a la base y fundamento de la libertad condicional, que es el cumplimiento del mandato constitucional de orientar la ejecución de las penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social, el comportamiento en prisión no podía ser el único indicador para su concesión, sino que habría que tener en cuenta su relación con la futura vida en libertad⁽⁶⁾.

En definitiva, según destacó LORENZO SALGADO, tal y como se configuraba el requisito, y pese a las insatisfactorias consecuencias que de su radical configuración legal

(4) CASTEJÓN, *Libertad condicional. Ley, reglamentos y demás disposiciones dictadas, con un estudio preliminar*, Ed. Hijos de Reus, Madrid, 1915, nota 7, pp. XLIV-XLV.

(5) BUENO ARÚS, Francisco, «Una nota sobre la libertad condicional», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1.109, 5 de octubre de 1977, p. 5. El art. 65, segundo párrafo, del Reglamento de los Servicios de Prisiones, a partir de la reforma de 1968 establecía: «No podrán redimir penas por el trabajo: Dos: Los que reiteradamente observaren mala conducta durante el cumplimiento de la condena. Se entenderán comprendidos en este apartado los que cometieren nueva falta grave o muy grave sin haber obtenido la invalidación de las anteriores conforme al artículo ciento dieciséis».

(6) ASENCIO CANTISÁN, Heriberto, «Algunas consideraciones en torno a la libertad condicional», en *Poder Judicial*, núm. especial III, 1988, p. 75; en sentido parecido GONZÁLEZ CANO, M.^a Isabel, *La ejecución de la pena privativa de libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 246; SANZ DELGADO, Enrique, *Regresar antes: los beneficios penitenciarios*, Ministerio del Interior, Madrid, 2006, nota 55 a la p. 32.

podían seguirse, todo parecía indicar que respondía a la idea de favorecer o estimular el acatamiento por parte del recluso de la disciplina imperante en la comunidad penitenciaria, por lo que el mismo parecía contraerse a la buena conducta carcelaria con independencia de que existieran o no tachas en el sujeto distintas, lógicamente, de las puramente disciplinarias o de que subyaciera o no a la misma un efectivo sentimiento ético⁽⁷⁾.

Para otros autores, en cambio, la intachable conducta debía exigir algo más que la mera ausencia de faltas graves o muy graves sin cancelar. En concreto, para MANZANARES SAMANIEGO, en castellano el contenido de la expresión «intachable conducta» no coincide con ausencia de mala conducta. La conducta que no merece el calificativo de mala, puede quedarse en deficiente o regular, sin llegar a ser buena, y la buena no puede llegar a intachable. Según él el deseo de objetivar, aunque sea a favor del reo, tiene sus limitaciones, sin olvidar además que la interpretación de mala conducta como comisión de falta grave o muy grave, no invalidada, era —por lo que hacía a la redención de penas por el trabajo, desde donde se trasvasó a la libertad condicional— ajena al Código Penal ya que no aparece en el RSP hasta el citado Decreto 162/1968, de 25 de junio. Hasta entonces el Reglamento se contentó con exigir «buena conducta durante la reclusión». En consecuencia, la intachable conducta era incompatible con la anotación de cualquier tipo de faltas disciplinarias. Según MANZANARES podría tenerse buena conducta con faltas leves, pero la intachable exigía algo más. Incluso, según él, pese a la ausencia de sanciones disciplinarias era posible desestimar la intachable conducta, no solo por el significado vulgar de la expresión «conducta intachable» que va más allá de la mera ausencia de infracciones disciplinarias, sino también por la misma normativa penitenciaria que distinguía entre una cosa y otra⁽⁸⁾.

La formulación del requisito como «intachable conducta» fue objeto de severas críticas ya desde los tiempos de su introducción en el ordenamiento español. Así, por ejemplo, CASTEJÓN criticó la redacción del requisito por la Ley de 1914, cuyo artículo 1.º exigía que los penados sentenciados fueran acreedores al beneficio de la libertad condicional por «pruebas evidentes de intachable conducta». Según él la palabra «acreedor» no era la correcta debiéndose utilizar «merecedor», puesto que acreedor es quien dispone de acción para exigir, y el reo no dispone de recurso alguno para conseguir la libertad condicional. Y lo mismo el término «beneficio», porque al conceder la libertad condicional a un reo no se le otorga un beneficio, sino que se le reconoce un derecho⁽⁹⁾.

Pero además esta exigencia fue criticada también por constituir un concepto jurídico indeterminado, centrado en la valoración de formas de ser o de conducirse en la vida, cuando, en el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho, la incriminación o restricción de derechos o beneficios sólo debe operar sobre hechos concretos. Pero, sobre todo, por tratarse de un requisito excesivamente riguroso para el medio penitenciario como, según lo ya expuesto, se encargó de poner de manifiesto, entre otros,

(7) LORENZO SALGADO, José M., «La libertad condicional (circunstancias 3.ª y 4.ª del artículo 98 del Código Penal)», en *Estudios Penales y Criminológicos*, II, Universidad de Santiago de Compostela, 1978, p. 312.

(8) MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Individualización científica y libertad condicional*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1984, pp. 62-64.

(9) CASTEJÓN, F., *Libertad condicional*, cit., p. XLIV.

BUENO ARÚS, para quien lo más humano a efectos de libertad condicional sería exigir simplemente «buena conducta»⁽¹⁰⁾. Como señaló TAMARIT SUMALLA, la fórmula «conducta intachable», interpretada de modo estricto, debiera haber llevado a excluir el beneficio de la libertad condicional a aquellos penados que tuvieran cualquier nota negativa en el expediente o hubieran sido objeto de una sola sanción disciplinaria, lo que hubiera convertido la libertad condicional en una medida excepcional o extraordinaria. Pero eso evidentemente no ocurría en la práctica, pues en un sistema orientado a preparar la reinserción social del penado el sometimiento a un régimen de libertad a prueba no puede ser un recurso extraordinario⁽¹¹⁾.

3. LA BUENA CONDUCTA Y SUS VARIANTES EN EL ORDENAMIENTO PENAL Y PENITENCIARIO ACTUALMENTE VIGENTE

El CP vigente ya no exige intachable conducta para la concesión de la libertad condicional, sino simplemente observancia de buena conducta [art. 90.1.c)]. Tal vez con el cambio, que figuraba ya en el Anteproyecto de Código Penal de 1992 (art. 89), en el Proyecto de 1992 (art.90) y en el Anteproyecto de 1994 (art. 90), se pretendió evitar connotaciones moralizantes, fácilmente predicables de un requisito como este⁽¹²⁾. El cambio fue valorado positivamente por la doctrina, pues como ya señaló BUENO ARÚS, «no puede exigirse a un sentenciado más de lo que se exige a un hombre libre, que es únicamente no cometer delitos, lo que, por otra parte, constituye precisamente el objetivo del tratamiento reeducador»⁽¹³⁾.

Con todo, la nueva fórmula sigue siendo objeto de crítica por parte de la doctrina en cuanto, a pesar de su aparente sencillez, constituye un concepto jurídico indeterminado con cierta carga moral y subjetiva que no deja de provocar inseguridad jurídica⁽¹⁴⁾. Como sostiene LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «desde un punto de vista constitucional, este requisito merece, a nuestro juicio, una severa crítica. En un Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho las valoraciones para inculpar o para restringir derechos o beneficios deben operar sobre hechos concretos y no sobre formas de ser o de conducirse en la vida»⁽¹⁵⁾. Incluso hay autores, como es el caso de MANZANARES SAMANIEGO,

(10) BUENO ARÚS, F., «Una nota sobre la libertad condicional», cit., p. 5. En el mismo sentido, RENART, F., *Los permisos de salida en el Derecho comparado*, cit., p. 142 y *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico*, Edisofer, Madrid, 2003, pp. 111-112; VEGA ALOCÉN, Manuel, *La libertad condicional en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 59-60.

(11) TAMARIT SUMALLA, Josep-María, en TAMARIT SUMALLA, J.-M., GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., SAPENA GRAU, F., *Curso de Derecho Penitenciario*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 347.

(12) Véase GARCÍA ARÁN, Mercedes, en CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 762.

(13) BUENO ARÚS, Francisco, «Los beneficios penitenciarios a la luz del Código Penal y de la legislación penitenciaria vigentes» en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos (Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López)*, Comares, Granada, 1999, p. 577.

(14) Véase RENART, F., *La libertad condicional...*, cit., p. 112.

(15) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 1238.

que consideran inoportuna la referencia a la buena conducta al considerar que se trata de una valoración propia del antiguo sistema progresivo e impropia del actual sistema de individualización científica, en donde lo que importa no es el buen comportamiento carcelario, sino la finalidad resocializadora⁽¹⁶⁾.

Ni la Ley Orgánica General Penitenciaria ni el Reglamento Penitenciario de 1996 ofrecen una definición del requisito. ¿Qué se ha de entender por buena conducta? Una primera concepción de la observancia de buena conducta, al margen de cualquier interpretación moralizadora propia de otras épocas, haría referencia a la conducta activa y favorable, entendida como participación positiva o un plus en la asunción de las actividades previstas en el establecimiento penitenciario⁽¹⁷⁾. Según otros autores, como TAMARIT SUMALLA, no debería entenderse de acuerdo con el código moral de la Administración penitenciaria, sino de forma objetiva, considerando los datos que figuran en el expediente penitenciario del penado, con arreglo a criterios objetivos susceptibles de ser apreciados por el Juez de Vigilancia⁽¹⁸⁾. En esta dirección, y a pesar de la diferencia de sentido que existe con la formulación en negativo —ausencia de mala conducta— que se exige en el art. 47 LOGP para la concesión de los permisos de salida ordinarios, tanto la jurisprudencia y la administración penitenciaria como la doctrina mayoritarias, tratando de aportar mayor objetividad y seguridad jurídica al concepto, han venido equiparando la buena conducta con la ausencia de sanciones disciplinarias, entendiéndola en concreto como ausencia de faltas graves o muy graves sin cancelar⁽¹⁹⁾. Así, SÁNCHEZ YLLERA interpreta que por «buena conducta» sólo cabe entender «ausencia de mala conducta», y por tanto ausencia de anotaciones vigentes por falta disciplinaria grave o muy grave en el expediente disciplinario del penado⁽²⁰⁾, lo que comparte también TAMARIT SUMALLA en el sentido de que es el expediente el que permitirá comprobar tales extremos y cerrar fiablemente la indeterminación del concepto⁽²¹⁾. Es indudable que con esta objetivación del requisito se evita que la apreciación de la «bondad» de la conducta lo sea con arreglo a criterios morales o a valoraciones genéricas o subjetivas por parte de la Administración penitenciaria, aunque se corre el riesgo de incurrir en inaceptables automatismos⁽²²⁾.

(16) MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, «Artículo 90», en Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Dir.), *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, tomo I, Trivium, Madrid, 1997, p. 1295.

(17) Véase SANZ DELGADO, E., *Regresar antes...*, cit., p. 31.

(18) TAMARIT SUMALLA, J.-M., *Curso de Derecho Penitenciario*, cit., p. 347.

(19) Véase CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *Derecho Penitenciario*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 265; JUANATEY DORADO, Carmen, *Manual de Derecho Penitenciario*, Iustel, Madrid, 2011, p. 163; LEGANÉS GÓMEZ, Santiago, *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión: nuevo régimen jurídico*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 454; VEGA ALOCÉN, M., *Los permisos de salida ordinarios*, cit., pp. 129-130.

(20) SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio, «Art. 90», en Tomás S. VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 516; en el mismo sentido, BUENO ARÚS, F., «Los beneficios penitenciarios a la luz del Código Penal y de la legislación penitenciaria vigentes», cit., p. 577; RACIONERO CARMONA, Francisco, *Derecho penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 255.

(21) TAMARIT SUMALLA, J.-M., *Curso de Derecho Penitenciario*, cit., pp. 347.

(22) Véase RENART GARCÍA, F., *Los permisos de salida...*, cit., p., 144 y *La libertad condicional...*, cit., pp. 113-114; TAMARIT SUMALLA, Josep-María, en GARCÍA ALBERO, Ramón y TAMARIT SUMALLA, Josep-María, *La reforma de la ejecución penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 97.

Sin embargo, esta interpretación del requisito de buena conducta, importada del art. 65 del RSP de 1956 en la redacción dada al mismo por el Decreto 162/1968, de 25 de enero, que satisface plenamente las exigencias de objetividad y seguridad jurídica y facilita su comprobación, supone su equiparación con la ausencia de mala conducta que se exige para la concesión de los permisos de salida ordinarios (art. 47.2 LOGP). Desde este punto de vista proponen algunos autores que hubiera sido preferible haber optado directamente por la formulación negativa de ausencia o no observancia de mala conducta, puesto que la fórmula en positivo supone una inversión de la carga de la prueba y la fórmula en negativo obliga a la Administración penitenciaria, para negar el beneficio, a tener que destruir la presunción favorable al reo⁽²³⁾. Pero ello implicaría, como sostiene VEGA ALOCÉN, una rebaja del nivel de exigencia, porque ya no se requiere propiamente una buena conducta, es decir, un comportamiento activo y positivo, hacer el bien, sino que se limita a imponer la no observación de una mala conducta, que es una simple actitud pasiva y neutral: no hacer el mal⁽²⁴⁾.

Por su parte, el artículo 204 RP requiere también para la obtención de los beneficios penitenciarios la acreditación de la concurrencia de la buena conducta, requisito que se repite en el artículo siguiente para el adelantamiento de la libertad condicional —como no podía ser de otra manera al exigirlo así el CP— y también en el artículo 206 para el indulto particular. La interpretación del requisito en lo que se refiere a los beneficios penitenciarios se reproduce en los mismos términos que en torno a la libertad condicional⁽²⁵⁾, salvo en lo referente al indulto particular para el que el art. 206.1 RP exige que la buena conducta, aparte de concurrir de modo continuado durante un tiempo mínimo de dos años, lo sea en un grado que se pueda calificar de extraordinario. A este respecto caben dos interpretaciones: o se entiende la buena conducta como buena conducta activa y favorable, como una participación positiva en actividades previstas en el establecimiento penitenciario o adhesión positiva a las normas y actividades del establecimiento⁽²⁶⁾ o en la línea mayoritaria de ausencia de sanciones disciplinarias graves o muy graves sin cancelar⁽²⁷⁾, aunque en este caso habría que ser más estricto y rigorista.

Pero este concepto de buena conducta como ausencia de sanciones disciplinarias sin cancelar, pese a su innegable aceptación, no deja de presentar algunos inconvenientes serios, particularmente entendido en términos estrictos. Así RENART llama la atención

(23) Véase LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 1238-1239; PRAT WESTERLINCH, Carlos, *Alternativas a la prisión. Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 82-83; RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional...*, cit., p. 118 y *Los permisos de salida...*, cit., p.147.

(24) VEGA ALOCÉN, Manuel, *Los permisos de salida ordinarios*, Comares, Granada, 2005, p. 129.

(25) Véase BUENO ARÚS, F., «Los beneficios penitenciarios después de la Ley Orgánica General Penitenciaria», en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona (Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain)*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, p. 1005; SANZ DELGADO, E., *Regresar antes...*, cit., p. 31.

(26) Para JUANATEY DORADO habrá de interpretarse el requisito como algo más que la mera ausencia de faltas graves o muy graves sin cancelar y cita en su apoyo el AAP de Barcelona 847/2004, de 8 de septiembre, FJ 2 (JUANATEY DORADO, C., *Manual de Derecho Penitenciario*, cit., p.).

(27) Véase CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario*, cit., p. 292; MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 203; Instrucción 3/2004 DGIP.

respecto de la postura rigorista que vincula la buena conducta a la ausencia total de faltas disciplinarias, porque, al seguir regulada la materia de las infracciones disciplinarias por el RP 1981, nos encontramos con faltas que se refieren «a conductas, en gran medida, trasnochadas o ajenas a los fines disciplinarios, repletas de conceptos vaporosos e indeterminados, engendradas con una técnica normativa más que dudosa cuando no contradictorias, impropias de los principios que informan un Estado social y democrático de Derecho, de cuestionable lesividad y, sobre todo con abusivas remisiones a normas de régimen interior que vulneran no sólo el principio de reserva de ley sino también el principio de igualdad proclamado en el art. 14 de la CE». Y cita a este respecto infracciones impregnadas de elementos moralizantes y socialmente estigmatizantes, como la falta grave consistente en «la organización o participación en juegos de suerte, envite o azar, que no se hallaren permitidos en el establecimiento» [art. 109.g)], comportamiento socialmente tolerado, o la falta grave de la «embriaguez producida por el abuso de bebidas alcohólicas autorizadas...» [art. 109.i)] en relación con el supuesto de embriaguez atípica o patológica⁽²⁸⁾. Por ello, en opinión de RENART, se debería ser muy cauteloso en la correcta valoración de la buena conducta. «Todo ello —sostiene este autor— pone de manifiesto el peligro que supone operar con automatismos y con identificaciones, tal vez poco meditadas, entre ausencia de buena conducta e infracción disciplinaria, salvo que, como apuntábamos anteriormente, se pretenda instrumentalizar este requisito para fines a los que debiera ser ajeno... A nuestro entender, sigue diciendo este autor, la asimilación entre comisión de falta disciplinaria y ausencia de buena conducta requiere ser cuidadosa e individualizadamente ponderada pues si bien es cierto que determinadas infracciones evidencian la existencia de una mala conducta, esta última no puede predicarse de todo tipo de faltas, debiendo huirse, en consecuencia, de automatismos equiparativos. Parecería más aconsejable que la valoración de este requisito se asentara, entre otros, sobre todos aquellos elementos que denoten un alejamiento del delito y una colaboración del interno en el buen éxito del tratamiento, pese a ser conscientes de la voluntariedad del mismo»⁽²⁹⁾.

Además un planteamiento estricto o rigorista provocaría la injusticia de que la comisión de una simple falta disciplinaria leve impediría la autorización, por ejemplo, de un permiso de salida ordinario⁽³⁰⁾. Para MARTÍNEZ ESCAMILLA ese planteamiento supondría sacrificar en exceso el derecho a la reinserción social para garantizar una vida ordenada en la prisión, que ha sido afectada muy levemente, lo cual sería tanto como primar el régimen penitenciario sobre el tratamiento, en contra de lo dispuesto en el art. 73.2 RP⁽³¹⁾.

(28) En el mismo sentido Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA se refiere a la falta leve consistente en «formular reclamaciones sin hacer uso de los cauces establecidos reglamentariamente» [art. 110 c)] (MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *Los permisos ordinarios de salida: régimen jurídico y realidad*, Madrid, Edisofer, 2002, p. 34).

(29) RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional...*, cit., pp. 115-117 y *Los permisos de salida...*, cit., pp. 145-146. Por otro lado, como indican RÍOS MARTÍN, J.C., ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X., SEGOVIA BERNABÉ, J.L. y PASCUAL RODRÍGUEZ, E., es esencial valorar las faltas cometidas, pues algunas de ellas vulneran el principio de igualdad y el de reserva de ley al estar llenas de conceptos indeterminados y abusivas remisiones a normas de régimen interior (*Las penas y su aplicación. Contenido legal, doctrinal y jurisprudencial*, 5.ª ed., Colex, Madrid, 2011, p. 268).

(30) Véase VEGA ALOCÉN, M., *Los permisos de salida...*, cit., p. 131.

(31) MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *Los permisos ordinarios de salida...*, cit., pp. 34-35.

Con el objeto de evitar estos inconvenientes la doctrina mayoritaria concibe el requisito de la buena conducta en términos más laxos en el sentido de que una sola sanción disciplinaria por sí sola no sería motivo para denegar la libertad condicional o un permiso de salida, salvo que en este caso nos encontráramos ante una sanción por falta grave [art.233.2.b) RP]. Según este criterio un estudio individualizado del penado puede aconsejar la concesión de la libertad condicional a pesar de haber sido sancionado por la comisión de faltas disciplinarias. «La justificación de dicha postura —señala RENART— reposa en el fundamento de esta institución que no es otro que el cumplimiento del mandato constitucional que obliga a orientar la ejecución de las penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social por lo que resulta suficiente con que el condenado haya tenido un comportamiento mínimamente correcto, si se tiene además en cuenta que el no observar buena conducta puede ser consecuencia de una incapacidad para vivir en prisión, pero no para vivir en libertad»⁽³²⁾. En ese sentido, el Auto del JVP de Sevilla de 17 de febrero de 1989 apunta que «lo que realmente se debe estudiar en la libertad condicional es la posibilidad de colocar a un sujeto en libertad y no la posibilidad de que continúe en prisión. Planteada así la cuestión es evidente que una mala conducta penitenciaria puede ocasionar la no concesión del beneficio, pero la existencia de alguna o algunas sanciones, y ello es cosa bien distinta, no debe excluir la posibilidad del estudio del interno a efectos de iniciación del expediente de libertad condicional. Cuando en nuestra legislación quiere identificarse la conducta o la comisión de falta disciplinaria así lo hace..., de igual forma podría haberlo hecho en la libertad condicional o en los permisos de salida, con la imposición de sanciones y esto es así porque precisamente el legislador no quiere que tal identificación se produzca».

También para MAPELLI CAFFARENA la simple comisión de infracciones disciplinarias no puede ser suficiente para excluir el requisito de la buena conducta y considera que la libertad condicional «tiene como cometido lograr buenos ciudadanos y no buenos reclusos, por lo que una sanción disciplinaria por sí sola no es motivo para negar la libertad condicional, tampoco lo es para obtenerla, no haber sido sancionado nunca, salvo que estemos utilizando la misma subrepticamente con fines disciplinarios. El sistema penitenciario dispone ya de otros instrumentos —v. gr. las recompensas— para estimular la buena conducta del interno dentro del establecimiento». En opinión de este autor habría que negar la libertad condicional «cuando se constate que el penado muestra un estado de inadaptación permanente que revela una personalidad conflictiva a la que no es aconsejable poner en libertad desde una perspectiva resocializadora»⁽³³⁾. TAMARIT SUMALLA matiza este criterio en el sentido de no convertir en parámetro básico la inadaptación permanente, dado que la falta de adaptación a un determinado régimen de la prisión no puede ser determinante cuando se trata de plantearse la oportunidad de una excarcelación y una total inadaptación tiene previstas otras consecuencias más duras en

(32) RENART GARCIA, F., *La libertad condicional...*, cit., pp. 117-118 y *Los permisos de salida...*, cit., pp. 146-147. En el mismo sentido, MIR PUIG, Carlos, *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*, 2.ª ed., Atelier, Barcelona, 2012, p. 120; CONDE, Mario, *Derecho penitenciario vivido*, Comares, Granada, 2006, pp. 60-61; PERIS RIERA, Jaime, «Art. 90», en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo III, Edersa, Madrid, 2000, p. 1222.

(33) MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 194.

la legislación penitenciaria, como la regresión en grado, que de hecho ya impediría gozar del beneficio⁽³⁴⁾.

En la misma línea los Jueces de Vigilancia mantienen que para la concesión de un permiso no es necesario que todas las faltas disciplinarias estén canceladas y que la existencia de estas no es obstáculo para el estudio y tramitación por la Junta de Tratamiento del permiso de salida solicitado⁽³⁵⁾.

Además de a la observancia de la buena conducta o a la ausencia de mala conducta el ordenamiento penal y penitenciario ha hecho —y sigue aún haciendo— referencia también a la observancia de mala conducta. El art. 100 CP 1973 —aún vigente para los internos que cumplen condena de acuerdo con él— establecía que no podían redimir penas por el trabajo «los que reiteradamente observaren mala conducta durante el cumplimiento de la condena». Esa «mala conducta» se concretaba en los arts. 65 y 73 RSP según la redacción dada a los mismos por el Decreto 162/1968, de 25 de enero, en la comisión de faltas graves o muy graves⁽³⁶⁾. Es decir, se entendía la mala conducta también como existencia de sanciones graves o muy graves.

Pero a la mala conducta se refería también el CP anterior como causa de revocación de la libertad condicional. «Si en dicho período (el liberado) vuelve a delinquir u observa mala conducta —establecía el art. 99 CP 1973—, se revocará la libertad concedida...». En este punto la línea tradicional de interpretación tenía necesariamente que quebrarse, pues mala conducta ya no podía ser la referida a la conducta penitenciaria sino a la conducta en libertad. Y además la mala conducta podía darse sin llegarse a cometer delito alguno. Ni el CP ni el RSP ni el RP de 1981 ofrecían orientaciones al respecto. Para DEL TORO, teniendo en cuenta que la libertad condicional se conforma como un sistema de comprobar la readaptación social del penado, la mala conducta era la que llevara a un

(34) TAMARIT SUMALLA, J.-M., *Curso de Derecho Penitenciario*, cit. p. 347. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y RODRÍGUEZ ZÚÑIGA, L. (coords.), FERNÁNDEZ GARCÍA, J.; PÉREZ CEPEDA, A.; SANZ MULAS, N., *Manual de Derecho Penitenciario*, Ediciones Universidad de Salamanca y Editorial Colex, Madrid, 2001, p. 385.

(35) Véase ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, Francisco Javier y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, Vicente, *Reglamento Penitenciario: análisis sistemático y recopilación de legislación*, 6.ª ed., MAD, Madrid, 2008, p. 295 y *Reglamento Penitenciario. Análisis sistemático, comentarios, jurisprudencia*, 2.ª ed., Colex, Madrid, 2011, p. 348; LEGANÉS GÓMEZ, S., *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión...*, cit., p. 454. En el supuesto de existir una sanción disciplinaria recurrida ante el JVP, como la misma no es firme, puede concederse un permiso de salida, sin perjuicio que si la sanción se confirma por el JVP pueda tenerse en cuenta en posteriores permisos (Auto del JVP núm. 3 de Madrid, de 12 de enero de 1995). No obstante, en determinados centros penitenciarios se establece como criterio la imposibilidad de conceder el permiso hasta que se resuelva el expediente disciplinario. Esta práctica es criticable porque vulnera el art. 24.2 de la CE —presunción de inocencia—, y de ocurrir en algún centro, es conveniente interponer una queja ante el JVP (Auto del JVP de Cáceres, de 22 de mayo de 1995) (véase MIR PUIG, C., *Derecho Penitenciario...*, cit., p. 150).

(36) El art. 65 RSP, en la redacción dada al mismo por el Decreto 162/1968, de 25 de enero, establecía que no podían redimir penas por el trabajo: «*Dos. Los que reiteradamente observaren mala conducta durante el cumplimiento de la condena. Se entenderán comprendidos en este apartado los que cometieren nueva falta grave o muy grave sin haber obtenido la invalidación de las anteriores conforme al artículo ciento dieciséis*». Y el art. 73 del mismo reglamento, modificado asimismo por el citado decreto, disponía que «*el beneficio de redención de penas por el trabajo se perderá: Dos. Por la comisión de falta grave o muy grave. El penado podrá ser rehabilitado y continuar redimiendo una vez que le haya sido invalidada de su expediente la anotación de la falta conforme al artículo ciento dieciséis y previa aprobación del Patronato a propuesta de la Junta de Régimen*».

pronóstico sobre la corrección del sujeto, pues podía haber comportamientos que en el concepto vulgar se pudieran considerar malos, pero que no serían decisivos para dicho pronóstico. Y, a la inversa, podían darse actos meritorios que no obstante pudieran reflejar dificultades de adaptación». La libertad condicional es la última fase del tratamiento y sirve para analizar si el reo —en completa, o casi completa, libertad de autodirección— se encuentra verdaderamente resocializado. Si durante la libertad condicional, el penado —que sigue siendo un tratado— realiza algún hecho que demuestre su falta de adaptación de la vida libre, debe reingresar en la disciplina penitenciaria. En tal sentido, entendía el citado autor, no será reputada mala, a efectos de revocar el beneficio, cualquier conducta normalmente entendida como tal, sino tan sólo la que es mala a efectos de establecer un pronóstico negativo sobre la corrección del sujeto»⁽³⁷⁾.

Para MANZANARES SAMANIEGO esta interpretación solo tendría sentido cuando la libertad condicional se llegara a enmarcar en el sistema de individualización científica, no durante el sistema tradicional progresivo. En esta última situación para ese autor, en sintonía con CADALSO, lo que fuera mala conducta debía apreciarse conforme al significado vulgar de la expresión, puesto en consonancia con la persona del reo y, más exactamente, con las obligaciones que contrajo para obtener la libertad condicional. En este sentido habría que estimar como mala conducta el incumplimiento por parte del penado de los compromisos contraídos en cuanto a cambio de residencia u omisión de presentaciones, por ejemplo. Por otro lado, la mendicidad, la alergia al trabajo, la embriaguez y otros hechos podían y debían dar contenido a la noción de mala conducta, sobre todo si su proyección social se traducía en faltas del Libro III del Código Penal, en estados de peligrosidad o, incluso, en la reiteración de determinadas infracciones administrativas. Ciertamente que este nivel de exigencia superaba, en sus consecuencias, al del ciudadano normal, pero en opinión de MANZANARES no había que olvidar que el liberado condicional se halla cumpliendo una pena, precisamente una pena de prisión⁽³⁸⁾. En línea parecida GONZÁLEZ CANO consideraba que «ese comportamiento o mala conducta podría referirse a un comportamiento habitual con grado de repetición o a un simple acto aislado; se podría equiparar a infracciones administrativas graves, a comportamientos antisociales y peligrosos del sujeto, o simplemente a comportamientos reprensibles o reprobables desde un punto de vista moral» añadiendo a continuación que «la doctrina, por estas razones, defiende la supresión de este motivo de revocación de la libertad condicional, limitando el ámbito de la misma a las hipótesis de nuevos comportamientos delictivos, valorables objetivamente»⁽³⁹⁾. La interpretación de MANZANARES es la que en parte ha acogido el CP vigente al establecer en el art. 93.1 que si durante el período de libertad condicional «el reo delinquire o inobservare las reglas de conducta impuestas, el Juez de Vigilancia Penitenciaria revocará la libertad concedida».

Todavía actualmente el art. 199.4 RP establece que «si en el tiempo que medie entre la elevación y la fecha de cumplimiento el penado observase «mala conducta», se modi-

(37) TORO MARZAL, Alejandro del, «Artículo 98», en CÓRDOBA RODA, J.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.; TORO MARZAL, A. del y CASABÓ RUIZ, J.-R., *Comentarios al Código Penal*, t. II, Ariel, Barcelona, 1972, pp.549-550.

(38) MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Individualización científica y libertad condicional*, cit., pp. 74-76.

(39) GONZÁLEZ CANO, M.^a I., *La ejecución de la pena privativa de libertad*, cit., p. 257.

ficase su pronóstico o se descubriera algún error o inexactitud en los informes aportados al expediente, el Director dará cuenta inmediata al Juez de Vigilancia a fin de que éste adopte la resolución que proceda». Tampoco en este supuesto la mala conducta puede referirse exclusivamente a la conducta penitenciaria en la forma de existencia de sanciones graves o muy graves sin cancelar, pues el condenado se encuentra ya en tercer grado haciendo vida en semilibertad, salvo que la libertad condicional siguiera inmediatamente a la obtención del tercer grado.

4. CRÍTICA DE LA INTERPRETACIÓN BASADA EN LA CONDUCTA DISCIPLINARIA

Ya me he referido a la existencia de algunas infracciones disciplinarias de dudosa lesividad e impropias de los principios que informan un Estado social y democrático de Derecho. Pero existen también otras razones que vienen a cuestionar un concepto de buena conducta vinculado al comportamiento y a la disciplina penitenciaria.

Plantear la buena conducta como ausencia de faltas disciplinarias supone en definitiva referir este requisito al régimen disciplinario que el art. 73.1 RP define como «el conjunto de normas o medidas que persiguen la consecución de una convivencia ordenada y pacífica que permita alcanzar el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento y la retención y custodia de los reclusos» en una prisión. Ello lógicamente supone adecuar el comportamiento del interno a los deberes enunciados en los artículos 4.1 LOGP y 5 del RP, por lo que de este modo la buena conducta estaría dirigida a favorecer o estimular la convivencia normal o pacífica dentro del establecimiento a través del acatamiento de la disciplina imperante en el centro por parte del penado.

No faltan autores que consideran que el sometimiento a la disciplina constituye un síntoma o indicio de la posibilidad de respetar la ley por parte del interno. En este sentido ya CADALSO estimaba que el recluso que «durante las tres cuartas partes de su condena observa la conducta requerida, puede creerse con fundamento que no la ha simulado y que la seguirá observando después, a no constreñirle a cambiarla la presión del medio que le rodee»⁽⁴⁰⁾. También, a juicio de DEL TORO, el requisito de la buena conducta, debidamente interpretado, es de notable eficacia aun admitiendo la frecuencia de la simulación, ya que observar las reglas de convivencia por parte del penado implica la comprobación de que el sujeto puede someterse a un orden normativo⁽⁴¹⁾.

Pero esto no deja de ser cuestionable, pues plantear la buena conducta como ausencia de faltas disciplinarias suscita la cuestión del fenómeno de la prisionización con la simulación y la falsedad de la adaptación a la vida carcelaria. La vida en un lugar cerrado, como es una prisión, implica, si se quiere sobrevivir, adaptarse a la subcultura carcelaria, a la forma de vida y a las normas que imponen los otros reclusos⁽⁴²⁾. Y esta adaptación,

(40) CADALSO, F., *La libertad condicional...*, cit., p. 65.

(41) TORO MARZAL, A. del, en *Comentarios al Código Penal*, t. II, cit., p. 543.

(42) Véase HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 156-157.

como sostiene VEGA ALOCÉN, no deja de generar frente al sistema de vida oficial, representado por las normas legales que disciplinan la vida en la cárcel, simulación, falsedad e hipocresía⁽⁴³⁾.

No hay que ignorar que desde hace tiempo se ha venido llamando la atención sobre la cuestión de la capacidad de simulación del penado. Así QUINTANO RIPOLLÉS oponía serias reservas al requisito de la intachable conducta considerando que a veces el delincuente más profesional y empedernido es el que más fácilmente se adapta a la rutina reglamentaria del régimen carcelario, sin que ello suponga ni una corrección moral ni una eventual readaptación posterior, de modo que no siempre el que más fácilmente se somete a las normas de buena conducta carcelaria es el que luego, en libertad, se adapta a las normas tan distintas de la convivencia social. Y todo ello dejando aparte las constantes posibilidades de simulación que pueden convertir de hecho lo que es una medida de corrección en un fácil premio a la doblez y la hipocresía⁽⁴⁴⁾. Y pensando en esa capacidad de simulación CUELLO CALÓN estimaba que la buena conducta en prisión constituía un elemento a tener en cuenta, pero insuficiente para determinar la concesión de la libertad condicional, pues no hay que confundir la adaptación a la vida penal con la verdadera reforma o readaptación a la vida social que es la que capacita al penado para volver a la vida de libertad⁽⁴⁵⁾.

La buena conducta en prisión no siempre ni necesariamente tiene que ver con el respeto del orden normativo en la vida en libertad que es el objetivo que se pretende conseguir con las instituciones afectadas por la exigencia de este requisito. Una buena conducta penitenciaria no siempre constituye un indicio de un comportamiento respetuoso con la ley en la vida en libertad, sino que puede llegar a tergiversar el sentido último del requisito ya que su cumplimiento no supone ninguna garantía de una buena conducta fuera del establecimiento penitenciario⁽⁴⁶⁾. Los delincuentes habituales y los que llevan mucho tiempo en prisión suelen ser quienes mejor observan buena conducta, por lo que la existencia de sanciones disciplinarias no debe ser motivo por sí solo para denegar un permiso de salida⁽⁴⁷⁾. Como señala MANZANARES SAMANIEGO, un buen preso no es de por sí un buen ciudadano y a la inversa, y el comportamiento carcelario es algo muy distinto de la resocialización⁽⁴⁸⁾. Por ello siempre se ha venido insistiendo en considerar como insuficiente el comportamiento carcelario para dotar de contenido al requisito de la buena conducta pudiendo además provocar pronósticos equivocados sobre la vida futura en libertad del penado.

(43) VEGA ALOCÉN, M., *La libertad condicional...*, cit., p. 61.

(44) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, pp. 420-421.

(45) CUELLO CALÓN, Eugenio, *La moderna penología*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1958, reimpresión de 1974, pp. 546-547.

(46) Véase VEGA ALOCÉN, M., *Los permisos de salida...*, cit., p. 131.

(47) Véase CASTRO ANTONIO, José Luis, en BUENO ARÚS, Francisco (coord.), *Ley General Penitenciaria. Comentarios, jurisprudencia, doctrina*, Colex, Madrid, 2005, p. 442.

(48) MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad*, Comares, Granada, 2008, pp. 231-232. Véase también RACIONERO CARMONA, F., *Derecho penitenciario y privación de libertad...*, cit., p. 211.

Uno de los motivos por los que se suelen denegar permisos de salida es tener sanciones sin cancelar. Por ello interpretar el requisito de «no tener mala conducta» como no tener sanciones sin cancelar resulta cuestionable —considera MARTÍNEZ ESCAMILLA—, pues, aparte de que existen faltas disciplinarias cuya comisión no demuestra que el recluso no pueda hacer un buen uso del permiso, la existencia de sanciones sin cancelar, aunque sean graves, no conlleva automáticamente la imposibilidad de disfrutar de permisos. Según el art. 233.2.b) RP, las faltas graves se pueden sancionar con la privación de permisos de salida por tiempo igual o inferior a dos meses. Si la existencia de sanciones sin cancelar lleva necesariamente, como sucede en la práctica, a la denegación de permisos, no tiene sentido que la pérdida de permisos se prevea como sanción cuando este efecto es una consecuencia necesaria de la infracción. Además la privación de permisos como consecuencia aparejada a la infracción duraría el tiempo que tarda la cancelación, un tiempo que puede ser mayor a la privación de permisos como sanción propiamente dicha (máximo de dos meses), pues, según el art. 260.1.a) RP, las faltas muy graves se cancelan a los seis meses, las graves a los tres y las leves al mes. La privación de permisos como sanción carece, pues, de sentido si el requisito de no tener mala conducta se identifica sin más con no tener sanciones sin cancelar⁽⁴⁹⁾.

Por otro lado, como señala CEZÓN, la identificación automática de no mala conducta con la ausencia de sanciones sin cancelar puede llegar más lejos de lo pretendido por el legislador. Piénsese que en los seis meses previos para la cancelación de una falta muy grave ha podido patentarse una clarísima evolución conductual positiva, hasta el extremo de que, aun estando la falta sin cancelar, no pueda ya afirmarse que el interno observa mala conducta, aunque una recompensa reduciría el plazo de cancelación (art. 261 RP)⁽⁵⁰⁾.

5. ALGO MÁS QUE CONDUCTA DISCIPLINARIA: UN CONCEPTO GLOBAL DE CONDUCTA

Todo ello pone de manifiesto que la equiparación de la buena conducta con el comportamiento disciplinario no deja de resultar cuestionable. Por eso algún sector de la doctrina, aun reconociendo la importancia del requisito de la buena conducta, considera que el mismo no puede agotarse en el aspecto disciplinario sino que ha de quedar subordinado a una ulterior exigencia ética⁽⁵¹⁾, a una real corrección del delincuente o a que no existan tachas para su incorporación a la prueba que asuma el reo al ser puesto en libertad⁽⁵²⁾. Otro sector doctrinal y jurisprudencial se empeña en introducir un ingrediente distinto del régimen disciplinario prefiriendo utilizar un concepto global de conducta que valore las actividades de tratamiento y el mismo comportamiento en libertad. En relación con los

(49) MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *Los permisos ordinarios de salida...*, cit., p. 38.

(50) CEZÓN GONZÁLEZ, Carlos, «Régimen disciplinario. Asistencia de letrado. Medidas coercitivas», en *Vigilancia penitenciaria (VII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 243.

(51) Véase LORENZO SALGADO, J.M., «La libertad condicional...», en *Estudios Penales y Criminológicos*, II, cit., p. 308.

(52) Véase TORO MARZAL, A. del, en *Comentarios al Código Penal*, t. II, cit., p. 544.

permisos de salida, en concreto, la buena conducta tiene que ver necesariamente con el comportamiento en libertad. Después del disfrute del primer permiso la valoración de la ausencia de mala conducta tendrá que ver ya con el comportamiento en libertad vivido por el penado (arts. 156.2 y 157.2 RP). Y lo mismo habrá que tener en cuenta para la concesión de la libertad condicional y los beneficios penitenciarios en relación con la vida en libertad durante el disfrute de los permisos de salida previos. Como indica VEGA ALOCÉN, la buena conducta dejará de ser entonces una exclusiva conducta regimental para convertirse, además, en un concepto mucho más amplio⁽⁵³⁾.

Considera GARCÍA ARÁN que con la sustitución del adjetivo «intachable» que se exigía de la conducta del interno en el anterior CP por el de simplemente «buena» que requiere el CP vigente para la concesión de la libertad condicional quizá se pretendiera evitar connotaciones moralizantes, razón que ha de tenerse presente al tratar de poner de manifiesto el sentido del requisito de la «buena conducta». «Así, la adecuada valoración de la buena conducta a estos efectos —dice esta autora— debe limitarse a la valoración del cumplimiento de las normas del régimen penitenciario de forma global y a lo largo de todo el periodo de permanencia en prisión, lo que significa que la eventual infracción del régimen disciplinario no debería constituir un veto a la valoración final positiva de la conducta del recluso, contemplada en su evolución general»⁽⁵⁴⁾. También MARTÍNEZ ESCAMILLA considera, en relación con los permisos de salida, que el término conducta parece reclamar un contenido más amplio que el limitado a las infracciones disciplinarias, lo que supone atender a la hora de determinar la existencia o no de buena o mala conducta a otras variables, como por ejemplo, si el interno trabaja o participa en actividades⁽⁵⁵⁾. Asimismo, y también en relación con los permisos de salida, entiende CASTRO ANTONIO que la buena conducta debe ponerse en conexión con la conducta global del interno valorando extremos como la conducta anterior a la sanción, su dedicación a actividades, a la escuela o al trabajo en prisión, la existencia de anteriores permisos disfrutados sin incidencias, el disfrute de otros permisos anteriores, destinos, tareas, apoyos externos, así como el tiempo que queda para la libertad definitiva⁽⁵⁶⁾.

En esta línea se ha pronunciado en alguna ocasión la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid que propone atender «a un recorrido vital de cierta extensión temporal que debe juzgarse con perspectiva global o de conjunto» y no única y exclusivamente desde la perspectiva de la existencia o inexistencia de sanciones. A este respecto hay que citar el Auto 1034/1999, de 8 de septiembre, según el cual una infracción aislada «no sería equiparable al concepto más complejo de mala conducta a que se refiere el art. 47.2 de la LOGP y 154 del Reglamento penitenciario, en cuanto que la conducta es una forma global de comportamiento que ha de enjuiciarse en conjunto, ponderando y aún compensando lo

(53) VEGA ALOCÉN, M., *Los permisos de salida ordinarios*, cit., p. 134. La Instrucción de la DGIP 22/96, de 16 de diciembre, ordena al educador la elaboración de un informe cuando el interno vuelva a la prisión, que valorará dónde, cómo y con quién ha estado y su influencia en el tratamiento individual. Así mismo, comprobará el cumplimiento de las condiciones y medidas impuestas.

(54) GARCÍA ARÁN, M. en CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 762.

(55) MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *Los permisos ordinarios de salida...*, cit., pp. 35 y ss.

(56) CASTRO ANTONIO, J.L., en *Ley General Penitenciaria*, cit., pp. 442-443.

positivo y lo negativo, de suerte que es compatible calificar una conducta de no mala con el hecho de que quien la observa sea, al tiempo, autor de alguna infracción disciplinaria, debiendo realizarse, caso por caso, un juicio de valor global»⁽⁵⁷⁾.

Para MARTÍNEZ ESCAMILLA resultan comprensibles estos intentos de dotar al requisito de la buena conducta o no mala conducta de un contenido no exclusivamente disciplinario valorando el comportamiento global del interno en prisión pareciéndole correcto que ese comportamiento global sea tenido en cuenta para compensar la existencia de alguna sanción. Sin embargo esta autora considera «inaceptable, por la inseguridad y el riesgo de arbitrariedad que conllevaría, la posibilidad contraria, es decir, que la conducta del interno pueda ser calificada de mala a los efectos del art. 47.2 LOGP a pesar de que el preso carezca de sanciones. ¿Cuáles serían los parámetros a utilizar para calificar el comportamiento?, ¿la buena educación?, ¿la sociabilidad?, ¿la laboriosidad? Para huir de la arbitrariedad y subjetivismo de semejantes juicios de valor cree esta autora que solo puede conceptuarse como mala conducta aquella que la propia legislación penitenciaria valora negativamente reprimiéndola mediante sanciones, es decir, aquel comportamiento constitutivo de infracciones disciplinarias⁽⁵⁸⁾. No obstante reconoce MARTÍNEZ ESCAMILLA que es cierto que la mayoría de los internos que por el perfil criminológico de los delitos cometidos presentan un elevado índice en abstracto de reincidencia (delincuencia sexual o delincuentes por convicción, por ejemplo), son internos cuya conducta disciplinaria suele ser correcta. Sin embargo el afirmar que su conducta no es mala y que cumplen los requisitos del art. 47.2 LOGP no implica la concesión del permiso de salida, pues esta decisión, de conformidad con lo establecido en el art. 156.1 RP, requiere el examen de otras circunstancias que precisamente tienden a detectar el riesgo de comisión de nuevos delitos⁽⁵⁹⁾.

Para algún sector doctrinal esa conducta global tendría que incluir lógicamente la respuesta del penado a su participación en el tratamiento. Así, por ejemplo, CASTRO ANTONIO insiste en que a partir de la conducta global del interno habría que elaborar una proyección futura de su comportamiento derivada de su evolución tratamental que permita aventurar la posibilidad de reincidencia delictiva o posible quebrantamiento de condena durante el disfrute de permisos⁽⁶⁰⁾. CARMENA CASTRILLO, en relación con la libertad condicional, se lamentaba del valor exclusivo que se concede al comportamiento disciplinario para decidir la existencia o no de buena conducta. En su opinión la buena conducta a que se refería el art. 98 CP de 1973 no podía ser exclusivamente la conducta correcta disciplinaria de la prisión, sino, por el contrario «la evolución de la conducta delictiva que ocasionó la condena a la pena privativa de libertad» sugiriendo la posibilidad de comprobarla a partir del tratamiento penitenciario conectando el concepto de buena conducta con esa evolución, con la respuesta del interno al tratamiento⁽⁶¹⁾.

(57) En el mismo sentido véase Auto de la Sección Segunda de la AP de Madrid, de 30 de junio de 2000.

(58) MARTÍNEZ ESCAMILLA, *ibidem*, p. 36.

(59) MARTÍNEZ ESCAMILLA, *ibidem*, nota 40 a la p. 37.

(60) CASTRO ANTONIO, J.L., *Ley General Penitenciaria*, cit., p. 442.

(61) CARMENA CASTRILLO, Manuela, «El Juez de Vigilancia Penitenciaria y la ejecución de las penas», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho Penitenciario*, CGPJ, 1995, p. 109.

Por otra parte, según CARMENA CASTRILLO, la falta de enfoque correcto en el concepto penitenciario de la buena conducta no sólo pone en cuestión la conexión de la libertad condicional en la forma que se hace, sino que también afectaba a la forma en la que durante el CP anterior se venía revocando. El art. 99 del CP 1973 establecía que la libertad condicional se revocaría si durante el período de disfrute el liberado «vuelve a delinquir u observa mala conducta». En este caso la buena conducta ya no podía ser la mera ausencia de actividad delictiva, en la medida en que el Código Penal distinguía entre la repetición de la actividad delictiva y la buena conducta. Podría opinarse que en la buena conducta se trataba de observar un comportamiento normalizado al que suelen tener la mayoría de las personas que viven en libertad, pero esta dimensión chocaba con los parámetros de una sociedad democrática por esencia diferente y plural que ha de aceptar como correcta cualquier forma de vida que no sea delictiva. Esta forma de entender la libertad de vivir de muchas maneras desiguales obligaba, en su opinión, a aceptar que la buena conducta a que se refería al CP de 1973 no podía ser otra que la evolución positiva en el mismo tratamiento que debió seguir en la prisión para evitar la recaída en el delito, lo cual llevaba a la autora a sugerir que en el propio auto de libertad condicional figurase un contrato o convenio de conducta que debería aceptar el liberado⁽⁶²⁾.

Este sugerente intento de llenar de contenido el requisito analizado, acorde con la idea de los permisos de salida como un auténtico instrumento de tratamiento, no cree MARTÍNEZ ESCAMILLA que teóricamente sea merecedor de los riesgos de inseguridad y de arbitrariedad, pues el tratamiento y la respuesta al mismo son conceptos nucleares manejados por la legislación penitenciaria y en buena medida objetivables. Sin embargo, en su opinión dicho criterio no está exento de problemas entre los que cabe destacar el que la propia CARMENA pone de manifiesto en el sentido de cómo poder evaluar esa conducta cuando no ha existido ningún tipo de tratamiento⁽⁶³⁾. No hay que olvidar que en las prisiones españolas apenas se hace tratamiento, salvo que se consideren como tal las meras actividades de entretenimiento y animación sociocultural destinadas a ocupar el tiempo ocioso de los internos⁽⁶⁴⁾. A la vista de la inexistencia generalizada de un tratamiento continuo e individualizado, tal y como lo configura la legislación penitenciaria, el erigir la respuesta al mismo como criterio definidor de la conducta, en opinión de MARTÍNEZ ESCAMILLA, supondría, en el estado actual de las cosas, dar cabida a los juicios de valor mencionados en el párrafo anterior, juicios a emitir por profesionales penitenciarios que lo más probable es que carezcan de un conocimiento fundado acerca de las actitudes del preso⁽⁶⁵⁾.

6. EL REQUISITO DE LA BUENA CONDUCTA EN EL SISTEMA DE INDIVIDUALIZACIÓN CIENTÍFICA

Ante la ausencia de una definición legal de la buena o no mala conducta, nos encontramos con un concepto jurídico indeterminado que no deja de suscitar problemas interpretati-

(62) CARMENA CASTRILLO, M., *ibidem*, pp. 109-110.

(63) CARMENA CASTRILLO, *ibidem*, p. 109.

(64) Véase VEGA ALOCÉN, M., *Los permisos de salida...*, cit., p. 129.

(65) MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *Los permisos ordinarios de salida...*, cit., pp. 36-37.

vos a la hora de su delimitación. No obstante, como se ha puesto de manifiesto, tanto la doctrina mayoritaria como la práctica jurisprudencial y administrativa han venido interpretando el requisito, en su doble formulación, positiva y negativa, en conexión con el comportamiento disciplinario, como ausencia de sanciones por faltas graves o muy graves sin cancelar. Pero por las razones ya indicadas esta equiparación entre buena conducta y comportamiento disciplinario resulta cuestionable e insuficiente, lo cual ha llevado a otros sectores de la doctrina y de la jurisprudencia a ensayar otras interpretaciones que vayan más allá del mero comportamiento disciplinario evitando de esta manera que la libertad condicional, los beneficios penitenciarios y los permisos de salida puedan ser utilizados como instrumentos al servicio más del buen orden y la disciplina internos que al de la resocialización y el tratamiento⁽⁶⁶⁾. Por otro lado, como señalan RODRÍGUEZ SÁEZ y GARCÍA-BORES, el planteamiento mayoritario coloca al interno en una situación de excesiva fragilidad —en muchos casos, indefensión—, dada la relativa facilidad con la que se puede incoar un expediente disciplinario en una prisión⁽⁶⁷⁾. Además, en la práctica el requisito de la buena conducta se ha automatizado al relacionarlo, no con el análisis de la actitud general del interno frente a las normas sobre el orden en el interior del establecimiento, sino con la simple constatación de la existencia o no de expedientes disciplinarios, por infracciones de faltas de las enumeradas en los arts. 108 y 109 del RP de 1981 —artículos que han conservado su vigencia por la disposición derogatoria única, apartado 3, del vigente RP— sin cancelar o sin prescribir (arts. 258 a 263 del RP)⁽⁶⁸⁾. En modo alguno el requisito de la buena conducta y sus distintas formulaciones puede convertirse en un premio a la adaptación a la vida carcelaria, sino que, yendo al fundamento y razón de ser de la libertad condicional, los beneficios penitenciarios y los permisos de salida, debe tratarse de un comportamiento del que pueda inferirse una vida en libertad —aunque sea coyuntural o por breve período de tiempo— respetuosa con el orden normativo. No es de extrañar, pues, que incluso algún sector doctrinal llegue a cuestionar la oportunidad y procedencia del requisito al considerar que se trata de una valoración más propia del viejo sistema progresivo que del actual sistema de individualización científica, en el que lo que importa no es el buen comportamiento carcelario y el simple transcurso del tiempo, sino las exigencias del tratamiento resocializador o la proximidad a la meta resocializadora⁽⁶⁹⁾.

Todas las instituciones para las que se exige el requisito de la observancia de buena o no mala conducta —libertad condicional, beneficios penitenciarios o permisos de salida—, como instrumentos del sistema de individualización científica, responden a la idea de la reinserción social a la que por mandato constitucional debe adecuarse la ejecución de las penas privativas de libertad. En consecuencia, todas ellas tienen que ver más con la evolución en el tratamiento que con el régimen al que se refiere la vida disciplinaria dentro de los establecimientos penitenciarios, por lo que lo fundamental es poder constatar la

(66) Véase MARTÍNEZ ESCAMILLA, *ibidem*, p. 134.

(67) RODRÍGUEZ SÁEZ, José Antonio y GARCÍA-BORES ESPÍ, Josep, «El tratamiento penitenciario», en RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.), *La cárcel en el sistema penal. Un análisis estructural*, 2.ª ed., M.J. Bosch, Barcelona, 1996, p. 214.

(68) RODRÍGUEZ SÁEZ y GARCÍA-BORES, *ibidem*, p. 214.

(69) Véase MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «Artículo 90», en *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, tomo I, cit., p. 1295.

posibilidad de que el condenado en libertad pueda llevar una vida alejada del delito⁽⁷⁰⁾, más que la verificación de un comportamiento conforme al régimen disciplinario del centro. La buena conducta en sus distintas formulaciones debe asentarse, pues, sobre una evolución favorable del condenado en el tratamiento en orden a poder formular un pronóstico que permita garantizar una vida en libertad alejada del delito.

Es indudable que para ello no puede prescindirse de la conducta penitenciaria, pues, como señala ASENCIO CANTISÁN, es en el marco de la institución penitenciaria donde se va a observar al interno y donde se va a concluir si es merecedor o no de la libertad condicional, pero ello no significa que necesariamente tenga que valorarse desde una perspectiva disciplinaria⁽⁷¹⁾. Es necesario ir más allá. Por ello, como proponen RODRÍGUEZ SÁEZ y GARCÍA-BORES en relación con los permisos de salida, lo deseable sería relacionar el requisito de la buena conducta, primero con la actitud general del interno frente a las normas protectoras del orden del establecimiento (discriminar las infracciones de escasa trascendencia, como pueden ser ciertas desobediencias leves) y, después, con lo que la conducta concreta signifique respecto al disfrute de permisos, es decir, si de la misma se puede o no derivar una probabilidad de reincidencia delictiva o de quebrantamiento de condena⁽⁷²⁾.

Teniendo en cuenta el fundamento y la finalidad de las instituciones a las que afecta el requisito de la buena conducta en sus distintas formulaciones esta no debería ser entendida al margen del tratamiento, por lo que tendría que acercarse más a la conducta global del condenado que a su conducta meramente disciplinaria, en línea similar al planteamiento que se realiza con la clasificación penitenciaria dirigida a la individualización del tratamiento. No se ha de olvidar además que la libertad condicional, en concreto, constituye el último grado del sistema de individualización científica. Pues bien, la progresión en grado no depende de la buena conducta o del buen comportamiento penitenciario, sino de la conducta global relacionada con el tratamiento y la evolución de la personalidad del penado. La concesión de libertad condicional, los beneficios penitenciarios y los permisos de salida, tendrían que moverse también dentro de estos mismos parámetros.

Según el artículo 72.1 LOGP «las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados». Este sistema de ejecución de las penas privativas de libertad constituye una modalidad del sistema progresivo basado en el tratamiento penitenciario y la clasificación en grado, pero se caracteriza por su flexibilidad toda vez que permite al penado ser clasificado en cualquiera de los grados previstos en la ley, excepto en el último de la libertad condicional —y en el tercero con algunas restricciones—, sin necesidad de tener que pasar por todos y cada uno de ellos y permanecer un mínimo o un máximo de tiempo en cada uno. En función de la evolución

(70) Véase CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario*, cit., p. 275; RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional...*, cit., p. 117 y *Los permisos de salida...*, cit., p. 146; SERRANO PASCUAL, M., *Las formas sustitutivas de la prisión*, cit., p. 417.

(71) ASENCIO CANTISÁN, H., «Algunas consideraciones en torno a la libertad condicional», en *Poder Judicial*, núm. especial, III, 1988, cit., p. 75.

(72) RODRÍGUEZ SÁEZ, J.A. y GARCÍA-BORES ESPÍ, J., en *La cárcel en el sistema penal...*, cit., pp. 214-215.

de la personalidad del interno y de sus avances o retrocesos en el tratamiento prescrito se producirán procesos de progresión o regresión en el sistema.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 65 LOGP para la evolución en el tratamiento y lo dispuesto en el artículo 63 LOGP para la clasificación inicial el proceso clasificador debe tener su principal asiento en la personalidad del interno, es decir, en el estudio científico de la constitución, el temperamento, el carácter, las aptitudes y las actividades del sujeto a tratar, así como de su sistema dinámico-motivacional y del aspecto evolutivo de su personalidad⁽⁷³⁾.

Si, como señala MANZANARES SAMANIEGO, la clasificación se hace —en palabras del propio art. 63 LOGP— «para la individualización del tratamiento», y si este se dirige a la reeducación y reinserción social del penado, pretendiendo que sea una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades (art. 59, 1 y 2 LOGP), ha de concluirse que lo que realmente interesa es la personalidad del reo. Todo lo demás solo servirá —al menos en principio— como síntomas o medios de conocimiento de dicha personalidad. Cuando el artículo 63 LOGP sitúa junto a la personalidad el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, olvida que, en buena técnica, esos últimos factores solo deben contar en tanto nos permitan conocer la personalidad del penado, y más exactamente el aspecto de la misma que conecta con el comportamiento criminal. El artículo 65.2 LOGP —reproducido esencialmente por el art. 106.2 RP— lo entiende de esa forma al disponer que «la progresión en el tratamiento dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva», añadiendo que la modificación, «se manifestará en la conducta global del interno»⁽⁷⁴⁾.

Por su parte, el artículo 65.3 LOGP, que es objeto de ulterior desarrollo por el art. 106.3 RP, mantiene igual criterio para la regresión en grado, aunque con otras palabras, pues esta procederá «cuando se aprecie en el interno, en relación al tratamiento, una evolución desfavorable de su personalidad». También la formulación general en cuanto a nuevas clasificaciones —artículo 65.1 LOGP— se mantiene en esa línea, por cuanto dependen de «la evolución en el tratamiento», lo que nos reconduce, fundamentalmente, a la evolución de la personalidad⁽⁷⁵⁾.

Es verdad que apenas se hace tratamiento y que este es voluntario. El art. 112.3 RP establece que «el interno podrá rechazar libremente o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad, sin que ello tenga consecuencias disciplinarias, regimentales ni de regresión de grado». Es decir, que el rechazo o la no colaboración en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad, aparte de no dar a lugar a consecuencias disciplinares ni regimentales, no supondrá tampoco regresión alguna de grado. Pero ¿podrá privar al interno de la progresión en grado? En modo alguno. El apartado 4 de este mismo artículo del RP añade a continuación que «en los casos a

(73) Véase TAMARIT SUMALLA, J.-M., *Curso de Derecho Penitenciario*, cit., p. 260.

(74) MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «La clasificación», en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (coord.), *Comentarios a la legislación penal*, t. VI, vol. 2.º, p. 953.

(75) Véase MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *ibidem*, p. 953.

que se refiere el apartado anterior, la clasificación inicial y las posteriores revisiones de la mismas se realizarán mediante la observación directa del comportamiento y los informes pertinentes del personal penitenciario de los Equipos Técnicos que tenga relación con el interno, así como utilizando los datos documentales existentes». Y, a mayor abundamiento, el art. 106.4 RP, referente tanto a la progresión como a la regresión de grado, establece que «cuando el interno no participe en un programa individualizado de tratamiento, la valoración de su evolución se realizará en la forma descrita en el artículo 112.4, salvo cuando la Junta de Tratamiento haya podido efectuar una valoración de la integración social del interno por otros medios legítimos». Y lo que establece el art. 112.4 para el supuesto indicado es que «la clasificación inicial y las posteriores revisiones de la misma se realizarán mediante la observación directa del comportamiento y los informes pertinentes del personal penitenciario de los Equipos Técnicos que tenga relación con el interno, así como utilizando los datos documentales existentes».

De acuerdo con este planteamiento el penado puede permanecer en tercer grado aun cuando su conducta no se ajuste estrictamente a la normativa disciplinaria, pues las simples infracciones disciplinarias no conllevan regresión de grado. La clasificación en tercer grado, según lo indicado, dependerá de la modificación o evolución de su personalidad, manifestada «en la conducta global del interno», no necesariamente y solo en la conducta disciplinaria o carcelaria (art. 65.2 LOGP y art. 106.2 RP). Y lo mismo en cuanto a la regresión de grado. Del tercer al segundo grado no se retrocede por esta clase de conducta, sino por la conducta global que manifiesta «la evolución desfavorable de su personalidad» (art. 65.3 LOGP) o «una evolución negativa en el pronóstico de integración social y en la personalidad o conducta del interno», como establece el art. 106.3 RP en el que la conducta obviamente es la conducta global a que se refiere el apartado 2 tanto del art. 65 LOGP como el art. 106 RP.

Según un sector de la doctrina existiría una tautología en la exigencia de buena conducta para la concesión de la libertad condicional, puesto que ya se exige para ser clasificado en tercer grado. Así, por ejemplo, señala GARCÍA VALDÉS, que resulta un tanto tautológica la exigencia de buena conducta para la concesión de la libertad condicional, y es que si el primer requisito para su concesión es que el penado se encuentre clasificado en tercer grado, esta clasificación ya lleva implícita la conducta adaptada. Según este autor, de acuerdo con el art. 106.3 RP son incompatibles mala conducta y tercer grado, pues si aquella aparece lo que procede es la regresión de grado⁽⁷⁶⁾. Esto sería cierto si el art. 106.3 se refiriera propiamente a la mala conducta disciplinaria o carcelaria, y en concreto a la existencia de infracciones disciplinarias, pero no a la conducta global del interno, aparte de que en el tercer grado estamos ya en un régimen distinto al hacer vida fuera del establecimiento penitenciario. Como ya se ha indicado lo que establece el art. 106.3 es que «la regresión de grado procederá cuando se aprecie en el interno, con relación al tratamiento, una evolución negativa en el pronóstico de integración social y en la perso-

(76) GARCÍA VALDÉS, Carlos, «Sobre la libertad condicional: dos o tres propuestas de reforma», en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, ROMERO CASABONA, Carlos María, GRACIA MARTÍN, Luis e HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe (editores), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Dr. Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 1067. En el mismo sentido RENART GARCÍA, F., *Los permisos de salida...*, cit., p. 147 y *La libertad condicional...*, cit., pp. 118-119.

alidad o conducta del interno». Bien puede suceder que la evolución en el pronóstico de integración social y en la personalidad o conducta del interno no sean negativas, pero no lleguen todavía a revelar la capacidad del condenado para vivir alejado de la comisión de delitos, por lo que no proceda todavía la concesión de la libertad condicional, los beneficios penitenciarios o el disfrute de permisos de salida.

En esa misma línea ya consideraba LORENZO SALGADO que del tenor del art. 48 del RSP no se deducía con toda evidencia que las simples infracciones disciplinarias no conllevaban regresión en grado puesto que las mismas podían no ser constitutivas de oposición o resistencia al tratamiento ni implicar una evolución desfavorable de la personalidad del sujeto. Ciertamente, tales datos podían ser tomados en cuenta por las Juntas y Equipos de Tratamiento, sin embargo los mismos no podían ser determinantes en la decisión que al respecto se tomara. En definitiva, —entendía LORENZO SALGADO— el sujeto podía permanecer en el tercer período del tratamiento penitenciario, es decir, en régimen de «prelibertad», aun cuando su conducta no se ajustara de manera estricta a la normativa disciplinaria. Y al contrario, el sujeto podía cumplir escrupulosamente con sus deberes reglamentarios y, no obstante, dada la redacción del artículo 48 del RSP, podría apreciarse en el mismo «oposición o resistencia al tratamiento o falta de colaboración» con la consiguiente regresión en grado de observarse, además, una evolución desfavorable en la personalidad del sujeto⁽⁷⁷⁾.

La progresión y regresión en grado dependen, pues, de parámetros distintos de la buena conducta disciplinaria. Ello no quiere decir que no se haya de tener en cuenta esta, pero la misma ha de ser valorada desde la perspectiva de su evolución positiva o negativa en el tratamiento o de su integración social. Desde el punto de vista de la individualización científica lo que interesa —como señala MANZANARES SAMANIEGO— es la conclusión real sobre la madurez de la personalidad del reo en cuanto a su reeducación y reinserción social⁽⁷⁸⁾. La conducta —como conducta global del condenado, no solo disciplinaria— se ha de tener en cuenta y valorar como signo externo o manifestación de la evolución de su personalidad.

Este mismo planteamiento de la evolución de la personalidad del condenado respecto de la evolución en el tratamiento y la clasificación penitenciaria es el que habría de tenerse en cuenta también para determinar el concepto del requisito de la buena conducta y sus variantes concibiéndola como conducta global —no solo penitenciaria— del condenado que sirva como indicador de la evolución de su personalidad a efectos de poder medir su capacidad para vivir en libertad alejado del delito durante el disfrute de la libertad condicional, los beneficios penitenciarios o los permiso de salida. No ha de olvidarse que el fin y el fundamento de estas instituciones poco tienen que ver con el régimen penitenciario, por lo que lo importante y decisivo, más que la existencia de una conducta adecuada al

(77) LORENZO SALGADO, J.M., en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. II, cit., pp. 309-310. El art. 48 del RSP, según la redacción dada al mismo por el Decreto 162/1968, de 25 de enero, establecía que «la progresión en el tratamiento dependerá de la conducta activa del interno y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades cada vez más importantes que implicarán una mayor libertad» y «la regresión de grado procederá cuando se aprecie en el interno oposición o resistencia al tratamiento o falta de colaboración que implique una evolución desfavorable de la personalidad del interno».

(78) MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Individualización científica y libertad condicional*, cit., p. 37.

régimen disciplinario, será la garantía que el penado ofrezca de poder llevar una vida sin delitos⁽⁷⁹⁾. De modo que será fundamental atender también al comportamiento en libertad o semilibertad que a lo largo de los distintos permisos de salida disfrutados y del tercer grado haya puesto de manifiesto esa capacidad del penado.

La buena conducta entendida en términos puramente disciplinarios, por muy importante que pueda ser, resulta insuficiente, debiendo quedar subordinada a un pronóstico favorable de reinserción. El requisito de la buena conducta, separado del pronóstico, opera sobre la base de que el buen preso se adapta sin ninguna dificultad al régimen penitenciario y como guarda u observa un excelente comportamiento y no plantea ninguna conflictividad es de pensar que ofrece garantías de vivir en libertad respetando el orden normativo. Pero esto, como ya se ha visto, es cuestionable, por lo que el ordenamiento jurídico exige requisitos adicionales. Así, para la concesión de la libertad condicional el anterior CP exigía en su art. 98.4.^a que «el penado ofrezca garantías de hacer vida honrada en libertad», añadiendo el art. 53.3.º RSP «como ciudadano pacífico y laborioso». El CP vigente exige en su art. 90.1.c), a continuación de la observancia de buena conducta, que «exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social». Para la concesión de beneficios penitenciarios después de disponer el art. 203 del RP que «los beneficios penitenciarios responden a las exigencias de la individualización de la pena en atención a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno, encaminado a conseguir su reeducación y reinserción social como fin principal de la pena privativa de libertad», el art. 204 exige «la ponderación razonada de los factores que la (la propuesta) motivan, así como la acreditación», además de buena conducta, del «trabajo, la participación del interesado en actividades de reeducación y reinserción social y la evolución positiva en el proceso de reinserción». Los permisos ordinarios de salida, por su parte, constituyen un instrumento de preparación para la vida en libertad (art. 47.2 LOGP), por lo que se requiere un informe preceptivo del Equipo Técnico que «será desfavorable cuando, por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento» (art. 156.1 RP). Es decir, siempre se ha exigido algo más que la mera buena conducta penitenciaria para la concesión de la libertad condicional, los beneficios penitenciarios o los permisos de salida.

Esto plantea la necesidad de poder entender el requisito de la buena conducta más allá de lo meramente disciplinario y la ausencia de sanciones, poniéndolo en conexión con el resto de requisitos exigibles en cada institución, particularmente con el pronóstico de reinserción social. A este respecto no se ha de pasar por alto que, en relación con la libertad condicional, el art. 90.1 CP no menciona el requisito de la observancia de buena conducta de forma autónoma e independiente sino dentro de la misma letra c) en conexión con el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, extremo sobre el que apenas se ha llamado la atención, de modo que haya de atenderse, más allá de la mera buena

(79) Véase SERRANO PASCUAL, M., *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal español*, Trivium, Madrid, 1999, p. 417.

conducta carcelaria o disciplinaria, a aquella conducta global del penado —incluyendo la evolución en el tratamiento— que permita, como indicador, formular un pronóstico de reinserción favorable, en línea con el sistema individualizador, para el que lo decisivo es «que haya razones para suponer que (los penados) no volverán a delinquir»⁽⁸⁰⁾. Ya el art. 59 del RSP, modificado por el Decreto 162/1968, de 25 de enero, entre los documentos a presentar en la tramitación y propuesta de libertad condicional del penado sustituyó la «copia del expediente del interesado en la que conste: su conducta disciplinaria, aplicación y laboriosidad en el trabajo e instrucción religiosa y cultural» por un «informe del equipo que haya intervenido en la observación y tratamiento penitenciario del interno pronunciándose sobre la oportunidad de conceder el beneficio habida cuenta de los factores positivos de reinserción social que presenta el sujeto».

MAPELLI CAFFARENA, después de poner de manifiesto la mejora en la claridad del texto del CP vigente al hacer referencia simplemente al pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, en el sentido de la seguridad de que el condenado no volverá a cometer delitos, en lugar de la referencia a garantías de hacer vida honrada en libertad del CP de 1973, afirma que «está fuera de lugar y no es voluntad del legislador que se interprete «buena conducta» como conducta penitenciaria», pues «este beneficio tiene como cometido lograr buenos ciudadanos y no buenos reclusos, por lo que una sanción disciplinaria por sí sola no es motivo para negar la libertad condicional, tampoco lo es para obtenerla, no haber sido sancionado nunca, salvo que estemos utilizando la misma subrepticamente con fines disciplinarios»⁽⁸¹⁾.

Ese planeamiento, que resulta especialmente esclarecedor en relación con la libertad condicional, no es ajeno a los beneficios penitenciarios ni a los permisos de salida ordinarios, puesto que estas instituciones responden al mismo fundamento y razón de ser de la libertad condicional. Y en ellas se exige, además de la buena conducta, algún tipo de pronóstico de reinserción social que le permita al condenado vivir en libertad alejado del delito. Ello resulta claro en el adelantamiento de la libertad condicional por así exigirlo el art. 91.1 y 2 CP, pero también en la concesión de permisos, ya que el art. 156.1 RP establece que «el informe preceptivo del Equipo Técnico será desfavorable cuando, por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, *resulte probable* el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento».

Refiriéndose precisamente a los permisos de salida, CASTRO ANTONIO considera que no puede extenderse el concepto de mala conducta a la existencia de faltas disciplinarias, debiéndose extremar la prudencia por los Equipos Técnicos y por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria a la hora de valorar este requisito, pues no siempre un «buen preso»

(80) Véase MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *ibidem*, p. 38. En cambio MARTÍNEZ ESCAMILLA considera que la formulación conjunta de los requisitos de buena conducta y pronóstico individualizado y favorable de reinserción social sugiere que aquella es algo diferente de la evolución en el tratamiento (*Los permisos ordinarios de salida...*, cit., p. 38).

(81) MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 194.

es un «buen ciudadano», y a la inversa, por lo que la existencia de sanciones no debe ser motivo por sí sola para denegar el permiso, sino que debe ponerse en conexión con la conducta global del interno valorando extremos como la conducta anterior a la sanción, su dedicación a actividades, a la escuela o al trabajo en prisión, la existencia de anteriores permisos disfrutados sin incidencias, entre otros. Y sobre todo elaborar una proyección futura del comportamiento del interno derivada de su evolución tratamental que permita aventurar la posibilidad de reincidencia delictiva o posible quebrantamiento de condena durante el disfrute de permisos⁽⁸²⁾.

Por otro lado, el requisito de la buena o no mala conducta en su gestación y en la interpretación que viene haciéndose de él identificándolo automáticamente con la ausencia de sanciones sin cancelar obedece a una concepción de recompensa o configuración premial⁽⁸³⁾ de las instituciones para las que se exige, lo cual no deja de ser hoy un anacronismo ya que su fundamento y razón de ser actuales radican en la idea de la reinserción social. En este sentido ya señalaba CUELLO CALÓN que «durante largo tiempo se concedió la libertad condicional por razones de economía o para atenuar la enorme superpoblación de las prisiones, y también ha sido considerada, y aún se considera, por los sistemas neoclásicos como un favor o beneficio dispensado al penado en premio de su buena conducta, lo cual determinaba la concesión automática de la libertad en tal modo que el preso consideraba su otorgamiento como un derecho establecido a su favor. Actualmente, las concepciones acerca de su finalidad han experimentado un cambio importante, hoy ha perdido su sentido benévolo, y se la conceptúa como una prolongación del tratamiento penitenciario encaminada a la readaptación del recluso a la vida social»⁽⁸⁴⁾ y por ello «la creencia de que la liberación condicional sólo debe ser aplicada a los reclusos que tienen buena conducta, proviene de la antes arraigada idea que la consideraba como un favor otorgado al condenado, pero semejante concepción va perdiendo fuerza»⁽⁸⁵⁾. Lo mismo puede decirse de los permisos de salida cuyo antecedente legislativo los concebía como una recompensa o premio y no como un elemento esencial del tratamiento penitenciario para la preparación de la vida en libertad⁽⁸⁶⁾. En esta línea MARTÍNEZ ESCAMILLA considera que el hecho de identificar automáticamente el requisito de no tener mala conducta con el no tener sanciones sin cancelar constituye un ejemplo más de las estrechas conexiones existentes en nuestro sistema penitenciario entre régimen y tratamiento y de que en el práctica los permisos cumplen la función de premio a una buena conducta disciplinaria⁽⁸⁷⁾

La conducta adjetivada como «buena» o «no mala» constituye un requisito, además de anacrónico, espurio e impropio del sistema de individualización científica que obliga a analizar el comportamiento del condenado en relación con su futura vida en libertad,

(82) CASTRO ANTONIO, J.L., *Ley General Penitenciaria*, cit., p. 442.

(83) Cadalso hablaba de la libertad condicional como «recompensa ganada por quien la obtiene» (*La libertad condicional, el indulto y la amnistía*, cit., p., 65).

(84) CUELLO CALÓN, E., *La moderna penología*, cit., p. 537.

(85) Véase CUELLO CALÓN, *ibidem*, p. 547.

(86) Véase VEGA ALOCÉN, M., *Los permisos de salida ordinarios*, cit., p. 133. Véase el art. 109 del Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias según la redacción otorgada al mismo por el RD 2273/1977, de 29 de julio.

(87) MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *Los permisos ordinarios de salida...*, cit., pp. 38-39.

sin que aquel pueda quedar circunscrito a la dimensión exclusivamente penitenciaria o carcelaria. La conducta del penado tiene que constituir un indicador o manifestación de su capacidad para llevar una futura vida en libertad sin delitos. En este sentido es a la conducta global del interno desde el punto de vista de la evolución de su personalidad y de su tratamiento a la que es preciso atender sin limitarse exclusivamente a la conducta penitenciaria o disciplinaria que es a lo que primero sugiere su adjetivación de «buena o mala» cuando no a un concepto moralizador que ha de rechazarse de plano en el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho.

La buena conducta entendida como comportamiento disciplinario solo tiene sentido en relación con las recompensas como instrumentos del sistema penitenciario para garantizar la disciplina y la convivencia ordenada y pacífica dentro del establecimiento por la vía de estimular el buen comportamiento del interno. En este sentido, el art. 46 de la LOGP establece que «los actos que pongan de relieve buena conducta, espíritu de trabajo y sentido de responsabilidad en el comportamiento personal y en la actividades organizadas del establecimiento serán estimulados mediante un sistema de recompensas reglamentariamente determinado». A ellas se refiere el Título X del RP conjuntamente con el régimen disciplinario, lo cual resulta acertado al tratarse de dos caras de una misma moneda, pues como indican FERNÁNDEZ ARÉVALO Y NISTAL, «el buen comportamiento de los internos se incita a través de un sistema de estímulos negativos —régimen disciplinario— y mediante un sistema de estímulos positivos —recompensas—, lo que situaría esta figura penitenciaria dentro de la parcela de la actividad penitenciaria que conocemos como régimen, pues se trata de medidas encaminadas a reforzar en última instancia la seguridad y la convivencia ordenada de los establecimientos penitenciarios»⁽⁸⁸⁾. Aunque su concesión se asocie también a los buenos resultados conseguidos en el tratamiento se vinculan especialmente con el régimen penitenciario a través de la buena conducta, espíritu de trabajo y sentido de responsabilidad en el comportamiento personal.

Como se ha argumentado, a partir del fundamento y razón de ser de las instituciones para cuya concesión se requiere la buena o no mala conducta y en paralelo con la clasificación penitenciaria, es posible concebir el requisito como conducta global y evolutiva del penado dejando de confinarla en los estrechos límites del comportamiento meramente carcelario o disciplinario al que únicamente han de quedar vinculadas las recompensas. Pero llegados a este punto para el resto de las instituciones cuya concesión está necesitada de la buena conducta sería más razonable prescindir del requisito por anacrónico, espurio y perturbador. En ese sentido hay autores, como MANZANARES SAMANIEGO, que consideran inoportuna la referencia a la buena conducta al considerar que se trata de una valoración propia del antiguo sistema progresivo e impropia del actual sistema de individualización científica, en donde lo que importa no es el buen comportamiento carcelario, sino la finalidad resocializadora⁽⁸⁹⁾. También LASCURAIN entiende que la buena conducta como requisito independiente debería suprimirse para dejar con ello su

(88) FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis y NISTAL BURÓN, Javier, *Manual de Derecho penitenciario*, 2.ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 530-531.

(89) MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «Artículo 90», en *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo I, cit., p. 1295.

consideración a lo realmente trascendente, que es el pronóstico de reinserción. En todo caso —considera este autor— parece que la «buena conducta» habrá de enfocarse desde la perspectiva futura de vida en libertad y no desde las peculiares condiciones en las que se desarrolla la vida carcelaria⁽⁹⁰⁾.

Desde el punto de vista *de lege ferenda* la «buena o no mala conducta» debería sustituirse por la «evolución favorable en la personalidad y en la conducta global del interno», en la línea de lo establecido para la clasificación penitenciaria y en un sentido que permitiera a la conducta servir de indicador —junto a otros— para poder formular el pronóstico favorable de reinserción social y de hacer vida en libertad al margen del delito.

Lamentablemente no se ha aprovechado la reforma en curso —Anteproyecto de reforma (una más) del Código Penal de 2013— de la libertad condicional en la que se suprime el pronóstico sustituyéndolo por una serie de indicadores, entre ellos la conducta del interno, pero al mismo tiempo se mantiene el requisito independiente de la buena conducta que ahora sí irremediablemente pasaría a tener que ser comprendido exclusivamente como comportamiento disciplinario. El Anteproyecto ha perdido una excelente ocasión para prescindir definitivamente de la buena conducta como requisito autónomo de la libertad condicional. Efectivamente, entre los requisitos para poder obtener la libertad condicional se sigue manteniendo en el art. 90.1 c) que el penado «haya observado buena conducta». En cambio, se elimina del precepto el requisito de «que exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social», aunque se sigue conservando la exigencia de un cierto pronóstico de esta naturaleza al establecer una serie de indicadores que manifiesten o permitan inferir «los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas». Efectivamente «para resolver sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional» exige la propuesta de reforma que «el Juez o Tribunal valorará la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, *su conducta durante el cumplimiento de la pena*, sus circunstancias familiares y sociales». Entre esos indicadores concretamente se incluye expresamente «la conducta del penado durante el cumplimiento de la pena», ya sin ninguna adjetivación, de modo que con ella es posible entender la conducta global del penado en el sentido de que permita inferir, junto al resto de indicadores, su capacidad para vivir en libertad alejado del delito. Estamos, pues, en la buena línea, pero entonces es cuando ya no tiene ningún sentido exigir además como requisito autónomo e independiente la «buena conducta», que ahora iría inequívocamente referida al comportamiento disciplinario o penitenciario y a la idea de premio o recompensa, lo cual haría de ella un requisito, aparte de anacrónico y espurio, más perturbador e inoportuno que en la actual redacción del Código Penal.

(90) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «Artículo 90» en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.) y JORGE BARREIRO, A. (coord.) *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 293.

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ENCARGADOS DE BASES DE DATOS DE ADN FRENTE A LA CESIÓN DE INFORMACIÓN CONTENIDA EN LOS REGISTROS^(*)

VIVIANA CARUSO FONTÁN

*Profesora Contratada Doctora
Universidad Pablo de Olavide*

RESUMEN

La responsabilidad penal de los encargados de bases de datos de ADN frente a la cesión de información contenida en los registros

La aprobación de la LO 10/2007 determinó el marco normativo idóneo para la creación de una base de datos automatizada de perfiles obtenidos a partir del ADN donde se integraron los datos correspondientes a los archivos de las distintas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. En este trabajo se analizará la incidencia penal que pueda derivar de la cesión a terceros de la información contenida en los archivos por parte de los encargados y responsables de estos ficheros. Se planteará, por tanto, la posible subsunción de estos hechos en el delito de agresiones a los datos reservados de carácter personal o familiar, así como la aplicación del delito de revelación del secreto profesional. Este análisis permitirá valorar la capacidad de respuesta de la Legislación penal frente a hechos especialmente graves y plantear, en caso de ser necesario, las modificaciones de *lege ferenda* que se estimen oportunas.

Palabras clave: base de datos, perfil de ADN, responsabilidad penal, responsables de los ficheros, cesión de datos.

ABSTRACT

Criminal liability of ADN-databases managers from data assignment

The law 10/2007 contains rules for creating a DNA-database of the National Police files and Civil Guard. This paper analyzes the criminal liability derived from the transfer to third parties of the information by the managers of these databases. It will be analyzed, which one is the appropriate punishment for these acts, according to the rules of the Penal code. This study allows us to assess the response of Criminal Law against serious facts and propose amendments.

Key words: database, DNA profile, criminal liability, AND-databases managers, data assignment

(*) El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación de Excelencia de la Junta de Andalucía «La protección jurídica de la intimidad frente a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Un análisis multidisciplinar», P10-SEJ-6735.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
 2. LA LEY 10/2007 Y LA CREACIÓN DE UN FICHERO ÚNICO DE IDENTIFICADORES OBTENIDOS A PARTIR DEL ADN EN EL ÁMBITO DE INVESTIGACIONES POLICIALES.
 3. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ENCARGADOS Y RESPONSABLES DE BASES DE DATOS DE ADN.
 - a) **El objeto material del delito de agresiones a los datos reservados de carácter personal o familiar.**
 - b) **La conducta típica.**
 - c) **La expresión «en perjuicio de».**
 - d) **La cualidad de «encargados» o «responsables» de los ficheros.**
 - e) **Cualificación por el carácter sensible de los datos.**
 - f) **El tipo cualificado por la cualidad de funcionario o autoridad pública.**
 - g) **El delito de revelación del secreto profesional.**
 - h) **Responsabilidad de encargados y responsables de archivos en comisión por omisión.**
 4. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ENCARGADOS Y RESPONSABLES DE ARCHIVOS DE MUESTRAS DE REFERENCIA.
 5. CONCLUSIONES.
-

1. INTRODUCCIÓN

La relevancia de la información que puede obtenerse a partir de muestras de ADN para la resolución de investigaciones criminales ha aumentado de forma constante en los últimos años, circunstancia que ha venido determinada no sólo por los avances científicos, que han permitido que en la actualidad sea posible obtener datos a partir de muestras pequeñas o, incluso, deterioradas, sino también por el desarrollo legislativo que ha acompañado, o mejor dicho, ha intentado acompañar, al imparable avance técnico.

En este ámbito ha sido, indudablemente, la Legislación europea la que ha ido por delante de la regulación de los Estados. Así, debe señalarse la importancia del tratamiento que dedicaran a esta materia tanto el Consejo de Europa⁽¹⁾ como la Unión Europea⁽²⁾.

(1) En este sentido, la Recomendación (92) 1, de 10 de febrero de 1992, del Comité de Ministros invitaba a los Estados a crear una base de datos o archivo con fines de investigación criminal capaz de servir para el intercambio de datos entre los Estados participantes.

(2) También en el ámbito de la Unión Europea encontramos significativos pronunciamientos sobre este tema. En efecto, las Resoluciones del Consejo número 193 de 9 de junio de 1997 (LCEur 1997, 1866) y de 25 de junio de 2001 inciden en la necesidad de la creación de estos archivos. Posteriormente, el Convenio de Prüm, relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, de 27 de mayo de 2005, obliga a los estados firmantes a crear y man-

Puede decirse que fueron precisamente los pronunciamientos de estas organizaciones, junto con la evidencia empírica, los que revelaron la impostergable necesidad de contar en España con una regulación estatal sobre la materia. En este contexto, la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, vino a llenar el vacío legal existente hasta el momento.

El objetivo prioritario de esta norma consiste en la creación de un fichero único que reúna la información que hasta el momento se encontraba dispersa en archivos dependientes de distintas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en los que se almacenan los datos identificativos obtenidos a partir de los análisis de ADN que se hayan realizado en el marco de una investigación criminal, o en los procedimientos de identificación de cadáveres o averiguación de personas desaparecidas⁽³⁾. De forma consecuente con este objetivo, la citada norma establece las condiciones de inscripción de los datos, así como los requisitos para su uso, cesión y cancelación.

Dada la naturaleza de los datos que en estas bases se inscriben, así como al objetivo al que responden, la regulación de estos archivos representará una importante intromisión en el derecho a la autodeterminación informativa, permitiendo la inscripción de identificadores obtenidos a partir del ADN sin el consentimiento de su titular cuando éstos provengan de acusados de delitos «graves»⁽⁴⁾. Consecuentemente, será preciso que las condiciones de inscripción y cancelación de los datos en las bases sean especialmente estrictas para lograr que estas medidas no resulten desproporcionadas con respecto a sus fines. Por otro lado, no podemos dejar de considerar que la existencia de estas bases puede acarrear también

tener ficheros nacionales de análisis de ADN (art. 2), así como a permitir que las demás Partes Contratantes tengan acceso a los índices de referencia de sus ficheros de análisis del ADN para los fines de la persecución de delitos (art. 3). La Unión Europea volverá a prestar atención a esta materia con la aprobación de la Decisión Marco 2008/615/JAI del Consejo de 23 de junio de 2008, sobre la profundización de la cooperación internacional, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, que incorporará al ordenamiento jurídico de la Unión Europea los elementos básicos de la Convención de Prüm, y con la aprobación de la Decisión Marco 2009/905/JAI del Consejo de 30 de noviembre de 2009 sobre acreditación de prestadores de servicios forenses que llevan a cabo actividades de laboratorio.

(3) Artículo 3 LO 10/2007.

(4) LO 10/2007, Artículo 3. «Tipos de identificadores obtenidos a partir del ADN incluidos en la base de datos policial.

1. Se inscribirán en la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN los siguientes datos:

1. Los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos que, en el marco de una investigación criminal, hubieran sido hallados u obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, cuando se trate de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el artículo 282 bis, apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los delitos enumerados.

2. Los patrones identificativos obtenidos en los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas. La inscripción en la base de datos policial de los identificadores obtenidos a partir del ADN a que se refiere este apartado, no precisará el consentimiento del afectado, el cual será informado por escrito de todos los derechos que le asisten respecto a la inclusión en dicha base, quedando constancia de ello en el procedimiento.

2. Igualmente, podrán inscribirse los datos identificativos obtenidos a partir del ADN cuando el afectado hubiera prestado expresamente su consentimiento».

peligros para los derechos de los implicados derivados de la posible comisión de hechos delictivos en los que se abuse precisamente de esta información.

Para acercarnos a esta problemática, el presente trabajo tendrá como objetivo analizar cuál sería la responsabilidad penal como consecuencia de una posible cesión o difusión de la información contenida en los registros por parte de las personas que se encuentren a cargo de los mismos, así como también, frente a los archivos de muestras biológicas. Deberá plantarse, por tanto, si este supuesto puede resultar encuadrable en los artículos 197.2 y 5 referidos a la protección de datos de carácter personal, o si, por otro lado, la caótica redacción de estos preceptos puede determinar la necesidad de acudir al delito de revelación del secreto profesional para dar una solución al mismo.

2. LA LEY 10/2007 Y LA CREACIÓN DE UN FICHERO ÚNICO DE IDENTIFICADORES OBTENIDOS A PARTIR DEL ADN EN EL ÁMBITO DE INVESTIGACIONES POLICIALES

Con anterioridad a la promulgación de la LO 10/2007, los datos obtenidos a partir del ADN analizado en el transcurso de investigaciones policiales se encontraban dispersos en registros pertenecientes a distintos entes. En el caso de la Policía Nacional, estos archivos recibían el nombre de ADN-Veritas y ADN-Humanitas⁽⁵⁾, mientras que, por otro lado, los archivos pertenecientes a la Guardia Civil se denominaban ADNIC y FENIX. La evidente necesidad de cooperación mutua entre estas bases llevó a que, ya antes de la aprobación de la LO 10/2007, se dieran los primeros pasos en este sentido. Así, en 2004 se crea en el Ministerio del Interior el Comité Ejecutivo para el Mando Unificado de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (CEMU) con el objetivo de garantizar de forma permanente y continuada la coordinación entre el Cuerpo Nacional de Policía y el Cuerpo de la Guardia Civil. La creación de este organismo posibilitó que en octubre de 2004 se cruzasen las bases de datos de ADN de ambas instituciones⁽⁶⁾.

Con la entrada en vigor de la LO 10/2007⁽⁷⁾ se establecen las bases jurídicas para la integración de los datos contenidos en estos archivos en una nueva base de datos policial

(5) Al respecto, ver: Orden INT/1751/2002, de 20 de junio, por la que se regulan los ficheros informáticos de la Dirección General de la Policía que contienen datos de carácter personal, adecuándolos a las previsiones establecidas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y demás normativa sobre la materia.

(6) Con posterioridad, se continúan tomando medidas con el objetivo de aumentar la coordinación entre las tareas encomendadas a la Policía Nacional y la Guardia Civil. Así, en 2006 se fusionan las dos Direcciones Generales en el ámbito de la Secretaría de Estado de Seguridad: la Dirección General de la Policía y la Dirección General de la Guardia Civil, que pasan a estar bajo el mando único de la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil. Al respecto, ampliamente: PRIETO SOLLA, L. y SOLÍS ORTEGA, C.: «El laboratorio de ADN», en *Policía Científica. 100 años al servicio de la Justicia*, Bilbao, 2011, p. 219.

(7) Como antecedente de esta Ley encontramos el Borrador de Anteproyecto de Ley reguladora de las Bases de datos de ADN del año 2000, publicado en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 1867, de 15 de abril de 2000, p. 1536. Sobre el Borrador de Anteproyecto y las anteriores iniciativas para regular esta materia en nuestro país, ampliamente: MORA SÁNCHEZ, J.M.: «Propuestas para la creación y regulación legal en España de una base de datos de ADN con fines de identificación criminal», en ROMEO CASABONA, C.M. (ed.): Bases de

que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2 de la mencionada norma, dependerá del Ministerio del Interior, a través de la Secretaría de Estado de Seguridad. Esta Ley se inscribe, según su Disposición Adicional Segunda, en el marco de lo dispuesto por la LO 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, la cual resulta de aplicación directa. Respondiendo a esta normativa, con la Orden del Ministerio del Interior INT 177/2008 se procede a la unificación y centralización de los ficheros de titularidad estatal bajo las siguientes denominaciones:

- 1) el denominado INT-SAIP⁽⁸⁾, en el cual se inscribirán los datos de personas relacionadas con hechos investigados que voluntariamente se sometan al tratamiento, así como los datos de sospechosos, detenidos o imputados cuando se trate de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio, siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el artículo 282 bis, apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los delitos enumerados (tal como indicaba el art. 3 de la LO 10/2007),
- 2) el llamado INT-FENIX⁽⁹⁾, donde pueden encontrarse los datos de las personas genéticamente relacionadas con restos humanos, las desaparecidas, las genéticamente relacionadas con desaparecidos, y las que determinen los Jueces y Tribunales en el uso de sus atribuciones.

En referencia a la información que se incorporará en estos registros, la LO 10/2007 establece en su artículo 4 que *«sólo podrán inscribirse en la base de datos policial regulada en esta Ley los identificadores obtenidos a partir del ADN, en el marco de una investigación criminal, que proporcionen, exclusivamente información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo»*. De esta forma, y aún sin utilizar esta terminología, la Ley deja claro que sólo podrán inscribirse los datos resultantes de los análisis realizados a la parte no codificante del ADN. Al respecto, la Exposición de Motivos de la citada Ley aclara que se trata de una medida que resulta *«fundamental»* para eliminar *«toda vulneración del derecho a la intimidad»*, ya que la información que puede incorporarse a la base coincide con aquella que ofrece una huella dactilar, además de la información sobre el sexo del sujeto. Consecuentemente, la orden INT 177/2008⁽¹⁰⁾ establece que los datos inscribibles en los nuevos ficheros serán:

datos de perfiles de ADN y criminalidad, Bilbao-Granada, 2002, p. 57. También ver: FERNÁNDEZ GARCÍA, E.: «La elaboración de bases de datos de perfiles de ADN de delincuentes: aspectos procesales», en ROMEO CASA-BONA, C.M. (ed.): Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad, Bilbao-Granada, 2002, p. 204.

(8) Recoge los datos de las bases ADN-Veritas y ADNIC.

(9) Recoge los datos de las bases ADN-Humanitas y FENIX.

(10) Posteriormente, la Orden del Ministerio del Interior INT 1202/2011 (con modificaciones introducidas por las Órdenes INT 1031/2012 y INT 1444/2012) modifica los ficheros para dar cumplimiento a lo establecido en el Real Decreto Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

- 1) Datos de carácter identificativo: DNI/NIF/Pasaporte, nombre y apellidos, dirección postal, teléfono, y datos del perfil genético con valor identificativo.
- 2) Datos de características personales: Datos de filiación, datos familiares, fecha y lugar de nacimiento, edad, sexo y nacionalidad.

Añadiéndose, además, en el caso de la base INT-SAIP, los datos relativos a la comisión de infracciones penales⁽¹¹⁾. Al respecto, es conveniente advertir que si bien resulta loable la preocupación del legislador y el esfuerzo por intentar limitar los posibles atentados contra la intimidad que la existencia de este tipo de archivos pueda suponer, no es posible sostener, tal como pretende el legislador, que estas medidas eliminen, sin más, toda posible vulneración de los derechos de los implicados. No podemos olvidar que se trata de incluir en una base automatizada no solo los datos identificativos de la persona sino también los datos de filiación y, sobre todo, los datos referentes a la comisión de infracciones penales.

Así, teniendo en cuenta las previsiones de la LO 10/2007 sobre incorporación, modificación y cancelación de los datos, es posible sostener que las medidas adoptadas en orden a evitar injerencias injustificadas en la autodeterminación informativa resultan insuficientes. En este sentido, resulta destacable la inclusión de los datos de «sospechosos» de hechos delictivos sin aclarar adecuadamente el alcance del término y poniendo a estos sujetos, en ocasiones, en peores condiciones que a una persona condenada por un hecho delictivo⁽¹²⁾. Especialmente preocupante será, además, la nula regulación que contiene esta Ley sobre el archivo de las muestras de referencia, problemática a la que nos referiremos con más detalle en un momento posterior. Con base a lo expuesto se puede sostener que si bien la LO 10/2007 constituye un buen punto de partida⁽¹³⁾, las medidas que incorpora resultan insuficientes, siendo necesaria una revisión de sus postulados.

3. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ENCARGADOS Y RESPONSABLES DE BASES DE DATOS DE ADN

Como se ha indicado, la existencia misma de bases de datos automatizadas que contengan información personal comporta una indudable fuente de peligros para los derechos de los implicados. El legislador penal no ha sido indiferente a esta realidad determinada, muy

(11) Es necesario resaltar que el nivel de seguridad requerido para ambos ficheros por dicha Orden Ministerial y, de acuerdo a la posible consideración de bajo, medio o alto, se sitúa en el nivel alto.

(12) Sobre este extremo, ver: ETXEBERRÍA GURIDI, F.: «La ausencia de garantías en las bases de datos de ADN en la investigación penal», en *Derechos Humanos y Nuevas Tecnologías*, 2003, p. 137. ROMEO CASABONA, C.M. y ROMEO MALANDA, S.: *Los identificadores del ADN en el sistema de Justicia penal*, Navarra, 2010, p. 190. HOYOS SANCHO, M.: «Obtención y archivo de identificadores extraídos a partir del ADN de sospechosos: análisis de la regulación española a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 35, enero/abril 2010, Madrid, p. 111. CARUSO FONTÁN, M.V.: «Bases de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir del ADN y derecho a la intimidad genética», en *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva Época*, Madrid, 2012, p. 135.

(13) Sobre la efectividad de la base de datos unificada de perfiles de ADN se ha indicado, a modo de ejemplo, que, mientras que en el año 2007 (la LO 10/2007 no entró en vigor hasta octubre) se identificaron genéticamente 1071 autores de hechos delictivos, en el año 2010 se identificaron 2691 autores, esclareciéndose un total de 3071 asuntos. PRIETO SOLLA, L. y SOLÍS ORTEGA, C.: «El laboratorio de ADN», ob. cit., p. 220.

especialmente, por el incesante desarrollo de las nuevas tecnologías, y ha incorporado en 1995 un nuevo delito que castiga a quien «*sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero*» (art. 197.2). A efectos de nuestro trabajo resultará fundamental, además, tener en cuenta la previsión contenida en el artículo 197.5, que agravará la pena resultante cuando «*los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados*».

La redacción de estos preceptos no ha dejado indiferente a la doctrina que de forma unánime ha criticado la precipitación con la que se ha conducido el legislador en la creación de estas normas. De forma generalizada se ha señalado que la nueva regulación resulta redundante y sumamente confusa⁽¹⁴⁾. Esta situación dificultará enormemente, como veremos, la delimitación de la posible responsabilidad de los encargados y responsables de las bases de datos de ADN frente a la cesión de la información contenida en los ficheros. Si bien esta conducta parece, en principio, reunir todas las exigencias incorporadas al artículo 197.5, esta norma está estructurada como un tipo cualificado del delito contenido en el artículo 197.2, razón por la cual, de forma previa a su aplicación deberán verificarse todos los requisitos del tipo básico.

a) El objeto material del delito de agresiones a los datos reservados de carácter personal o familiar

El primer interrogante que se plantea requiere analizar si la conducta reúne las exigencias relativas al objeto material del delito. En este sentido, el artículo 197.2 se refiere a los datos «*reservados de carácter personal o familiar*». Con ello, el legislador penal utiliza una terminología ajena a la legislación administrativa sobre la materia, que en ningún momento se refiere a datos «reservados». En nuestra opinión, el término «reservado» no puede ser considerado como un sinónimo de «íntimo». Sobre este extremo coincidimos con ROMEO CASABONA cuando expresa que por «reservado» habrá que entender aquellos datos personales que son de acceso o conocimiento limitado para terceros ajenos al fichero en el que se hallan archivados o registrados, con lo que se tratará de un concepto formal relacionado con la mayor o menor accesibilidad a los mismos y no necesariamente con su contenido; independientemente de que el carácter no-público de estos registros venga previamente determinado por la naturaleza de la información que contienen⁽¹⁵⁾. En

(14) En este sentido, LOZANO MIRALLES ha señalado que los dos incisos del artículo 197.2 son «reiterativos, confusos, oscuros e improvisados». LOZANO MIRALLES, J. en BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.): Compendio de Derecho Penal (Parte Especial), vol. II, Madrid, 1998, p. 215.

(15) ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, Valencia, 2004, p. 110. El autor aclara que respecto al alcance del derecho a la protección de datos el Tribunal Constitucional ha esta-

el caso que nos ocupa, los datos que se incorporan a las bases automatizadas cumplirán indudablemente con estos requisitos.

Además, estos datos deben pertenecer a terceros y encontrarse «registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado». Como pone de manifiesto MORALES PRATS, esta exigencia revela que queda excluida la intervención penal en momentos previos a la inclusión de los datos en los ficheros⁽¹⁶⁾. En consecuencia, cualquier abuso sobre la información que se registre durante el período de análisis de las muestras, y hasta el momento en que los identificadores obtenidos a partir del ADN sean incorporados a las bases de datos automatizadas, queda extramuros del Derecho penal. Sobre este extremo coincidimos con el autor mencionado cuando entiende que la intervención del Derecho penal en este estadio podría estar justificada⁽¹⁷⁾. Al respecto, consideramos que la vulnerabilidad del bien jurídico protegido por estas conductas, los datos personales, no es en absoluto menor por el hecho de que los datos aún no se encuentren incluidos en los archivos, sino que la necesidad de su protección se extiende con la misma intensidad durante todo el proceso de tratamiento de los mismos⁽¹⁸⁾.

b) La conducta típica

Mayores dificultades encontramos en relación a la conducta típica. Así, respecto a la redacción de estos tipos, resulta especialmente criticable la opción asumida por el legislador de agrupar varios verbos típicos en dos apartados del artículo 197.2 para crear, supuestamente, dos modalidades de este delito. Puede sostenerse que resulta prácticamente

blecido un marco o espacio que puede ser considerado «de máximos» a partir del cual el legislador penal selecciona los aspectos más relevantes que merecen la protección penal, según el criterio político-criminal que se adopte en un momento determinado. ROMEO CASABONA, C.M.: «Los datos de carácter personal como deberes jurídicos penalmente protegidos», en ROMEO CASABONA, C.M. (coord.): *El cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Granada, 2006, p. 186. A favor: RUEDA MARTÍN, M.A.: *Protección penal de la intimidad personal e informática (Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del Código Penal)*, Barcelona, 2004, p. 73. FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Derecho Penal e Internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, Valladolid, 2011, p. 192. Contra esta opinión, Jareño Leal restringe el ámbito de aplicación del tipo a aquellos casos en los que los datos contienen información sobre la intimidad del sujeto. JAREÑO LEAL, A.: *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*, Madrid, 2008, p. 66. En un extremo opuesto y a favor de la protección de todos los datos personales incluidos en archivos, con independencia de que sean públicos o no: GALÁN MUÑOZ, A.: «¿Nuevos riesgos, viejas respuestas? Estudio sobre la protección penal de los datos de carácter personal ante las nuevas tecnologías de la información y la comunicación», en *Revista General de Derecho Penal*, trabajo en prensa. PUENTE ABA, L.M.: «Los delitos contra la intimidad y nuevas tecnologías», en *Eguzkilore. Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 21, San Sebastián, 2007 p. 167.

(16) MORALES PRATS, F. en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Navarra, 2011, p. 467.

(17) MORALES PRATS, F. en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.): *Comentarios...*, ob. cit., p. 467. También al respecto; GÓMEZ NAVAJAS, J.: *La protección de los datos personales*, Navarra, 2005, p. 356. 133. PAREDES CASTAÑÓN, J.M.: «Delitos contra la intimidad», en LUZÓN PEÑA, D.M. (dir.): *Enciclopedia Penal Básica*, Granada, 2002, p. 413.

(18) Contra esta opinión, JAREÑO LEAL considera que estas conductas aunque no están tipificadas en el artículo 197.2 obtienen suficiente protección con la Ley de Protección de datos, no siendo necesario ampliar la tipificación. JAREÑO LEAL, A.: *Intimidad e imagen...*, ob. cit., p. 57.

imposible percibir la diferencia entre ambas⁽¹⁹⁾. A esta dificultad se agrega la inclusión de verbos con significados sinónimos e, incluso, la repetición del término «utilizar». De esta forma, partiendo de la identificación de los verbos «alterar» y «modificar»⁽²⁰⁾, creemos que es posible simplificar la lista de conductas que dan lugar a la aplicación de este delito reduciéndola a las siguientes: apoderarse, acceder, utilizar y modificar. Ésta concepción implicaría sostener que el artículo 197.2 requiere que el sujeto se apodere, acceda, utilice o modifique datos reservados personales incluidos en ficheros sin contar con la debida autorización, es decir, de forma ilícita⁽²¹⁾.

Será en este punto donde hallaremos importantes dificultades para subsumir en el delito el supuesto en estudio. Así, el tipo cualificado del artículo 197.5 sólo puede resultar aplicable cuando la difusión o cesión de los datos vaya precedida por un acceso, apoderamiento o utilización ilícitos de la información. Para emprender este análisis, es necesario partir de la premisa de que los encargados y responsables de las bases de datos automatizadas son, por razón de su cargo, personas autorizadas para el acceso a la información contenida en los registros. Esta circunstancia descarta la posibilidad de verificar un acceso ilícito a los datos contenidos en los archivos.

La misma suerte correrá la opción de subsumir la «cesión» de datos a terceros en el término «utilizar». Sobre esta expresión la doctrina ha sostenido que se trata del uso o aprovechamiento de la información⁽²²⁾, circunstancias que lógicamente no se verifican por la simple traslación a terceros de los datos. Al respecto, MORALES PRATS ha sostenido que entender por utilización ilícita de los datos la cesión telemática de los mismos implicaría pagar el precio de asumir una interpretación forzada de los conceptos⁽²³⁾. Consecuentemente, la posible subsunción de estos casos en el delito contenido en el artículo 197.2 dependerá de la interpretación que asumamos en relación al verbo «apoderarse».

(19) Algunos autores han intentado dotar a ambas modalidades típicas de identidad propia. Persiguiendo este objetivo CARBONELL y GONZÁLEZ CUSSAC han mantenido que las conductas de «acceder», «alterar» y «utilizar» no se proyectan sobre los datos reservados sino sobre los ficheros o soportes informáticos o manuales. En su opinión, esta es la única explicación posible frente a la creación de estas dos modalidades típicas, y se justificaría en el hecho de que por la vulnerabilidad y entidad del bien jurídico protegido, el legislador ha querido extender la tutela a todo tiempo y lugar. CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en VIVES ANTÓN, T.S. (coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, 1996, p. 1001. Contra esta opción se ha manifestado la doctrina de forma prácticamente unánime. En este sentido, MORALES PRATS ha sostenido que asumir esta interpretación supondría que el Código penal se encamina a la protección de los ficheros o sistemas informáticos y no a la tutela de los datos personales; además, en su opinión, no resulta coherente desde un punto de vista político-criminal adelantar la tutela penal al acceso, alteración o utilización ilícita de los ficheros cuando, por otro lado, el artículo 197.2 no incrimina conductas previas al momento en que los datos personales están registrados en los bancos de datos. MORALES PRATS, F. en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.): *Comentarios...*, ob. cit., p. 473.

(20) En este sentido, GALÁN MUÑOZ considera que se trata de términos «indistinguibles». GALÁN MUÑOZ, A.: «¿Nuevos riesgos, viejas respuestas?...», ob. cit.

(21) En este sentido se pronuncia Morales Prats sosteniendo que «ausencia de autorización» debe ser interpretado como «ilegalmente», es decir, de forma contraria a las previsiones de la LOPD. MORALES PRATS, F. en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.): *Comentarios...*, ob. cit., p. 468.

(22) LOZANO MIRALLES se refiere al término «utilizar» como «empleo o uso». LOZANO MIRALLES, J. en BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.): *Compendio...*, p. 216. En el caso de RUEDA MARTÍN, la autora habla de «aprovechamiento o empleo», aunque no signifique apoderamiento. RUEDA MARTÍN, M.A.: *Protección penal...*, ob. cit., p. 78.

(23) MORALES PRATS, F. en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.): *Comentarios...*, ob. cit., p. 498.

Sobre la interpretación de este verbo típico las posturas doctrinales pueden resumirse en dos opciones. Un primer criterio, bajo la consideración de que los datos personales están dotados de un marcado carácter intangible, identifica, o al menos «acerca notablemente» el contenido de la expresión apoderarse al de acceder⁽²⁴⁾. Así, de acuerdo con esta opinión, ambas conductas aluden a la captación o apoderamiento intelectual o visual de los datos en cuestión⁽²⁵⁾. Esta interpretación conlleva necesariamente aceptar, por tanto, que quien visualiza unos datos en el ordenador se ha «apoderado cognitivamente» de los mismos.

Contra esta posibilidad, una segunda postura acerca el contenido del verbo típico al utilizado en los delitos patrimoniales. De acuerdo a esta interpretación, LOZANO MIRALLES sostiene que «apoderarse» no equivale a apoderamiento cognitivo sino a apoderamiento en el sentido de apropiación⁽²⁶⁾. Este autor propone adaptar esta tradicional visión del concepto de apoderamiento a las específicas particularidades del objeto material del delito contenido en el artículo 197.2, por lo que «apropiarse» de datos reservados requeriría necesariamente la realización de cualquier conducta que implique la traslación de los mismos, ya sea por correo electrónico, por red telemática, imprimiendo los datos personales o reproduciéndolos en un soporte informático distinto del que se encuentran. De esta forma, para poder hablar de apoderamiento sería indispensable que se lleve a cabo alguna forma de reproducción no bastando en ningún caso la mera visualización⁽²⁷⁾. En la misma línea se pronuncia ROMEO CASABONA, quien considera necesaria la aprehensión material o virtual, la cual deberá ser efectiva, esto es, con dominio de los datos⁽²⁸⁾.

Esta interpretación también es sostenida por MATA Y MARTÍN. Este autor parte del alcance del término «apoderamiento» en los delitos patrimoniales poniendo de relieve la diferencia de este concepto con respecto a los delitos contra la intimidad. Así, MATA Y MARTÍN aclara que mientras en el ámbito de los delitos patrimoniales deberá producirse necesariamente la desposesión del bien del sujeto pasivo, no necesariamente deberá producirse la desposesión del titular de los datos en los delitos contra la intimidad⁽²⁹⁾. De esta forma, en el ámbito de los delitos contra la propiedad la desposesión vendrá demandada por el hecho de que la lesión del bien jurídico consiste en la privación del titular del bien del conjunto de facultades jurídico-económicas que el Ordenamiento Jurídico le atribuye sobre el objeto. Por otro lado, en el caso de la intimidad bastará con la apropiación del contenido para que la misma se vea menoscabada, sin que se verifique necesariamente la

(24) En este sentido: GALÁN MUÑOZ, A.: «¿Nuevos riesgos, viejas respuestas?...», ob. cit. MORÓN LERMA, E.: *Internet y Derecho Penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red*, Navarra, 2002, p. 62.

(25) GALÁN MUÑOZ, A.: «¿Nuevos riesgos, viejas respuestas?...», ob. cit. En el mismo sentido: RUIZ MARCO, F.: *Los delitos contra la intimidad. Especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática*, Madrid, 2001, p. 76. GÓMEZ NAVAJAS, J.: *La protección de los datos...*, ob. cit., p. 139.

(26) LOZANO MIRALLES, J. en BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.): *Compendio...*, ob. cit., p. 216. En el mismo sentido: RUEDA MARTÍN, M.A.: *Protección penal...*, ob. cit., p. 77. No obstante la citada autora agrega junto a la aprehensión material de los datos la necesidad de que se verifique la captación intelectual del contenido y significado de los datos.

(27) LOZANO MIRALLES, J. en BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.): *Compendio...*, ob. cit., p. 216.

(28) ROMERO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento...*, ob. cit., p. 120.

(29) MATA Y MARTÍN, R.M.: *Delincuencia Informática y Derecho Penal*, Madrid, 2001, p. 137.

desposesión⁽³⁰⁾. A pesar de esta diferencia, el autor considera imprescindible, para poder hablar de «apoderamiento», que exista aprehensión de algún tipo de materialización de los datos contenidos en el sistema⁽³¹⁾.

La segunda propuesta doctrinal parece la más sugerente. Se trata de una interpretación que permite dotar al término «apoderamiento» de un ámbito de aplicación propio, diferenciándolo, por tanto, del verbo «acceder» y logrando que cobre sentido su inclusión en el tipo penal. Para fundamentar esta postura será preciso profundizar en el alcance del término «acceder». Así, en referencia a este concepto la doctrina acepta, en general, que se trata de un concepto equivalente a «conocer». En opinión de DOVAL PAÍS y JAREÑO LEAL, esta interpretación es demasiado amplia. Así, consideran que si se entendiera que acceder es sinónimo de «saber» o «enterarse» la conducta de todos aquellos sujetos a quienes se les fuera pasando la información una vez que ésta estuviera fuera de la máquina o del registro cumpliría con los requisitos típicos⁽³²⁾. Por esta razón, los citados autores proponen una interpretación restringida del término «acceder», entendiendo que en todo caso se requiere una ruptura directa de la reserva, es decir, un contacto directo del agente con el continente para averiguar el contenido. Se trata de que el agente conozca los datos precisamente porque él mismo ha roto la reserva contenida en la instalación informática o en el archivo⁽³³⁾.

Como se desprende de lo anterior, el verbo típico «acceder» requerirá necesariamente el conocimiento de los datos⁽³⁴⁾. Será en este punto donde pueda plantearse una clara diferenciación con el concepto de «apoderamiento». Entendemos que quien se apropia de información contenida en un registro no necesariamente llega a conocerla⁽³⁵⁾. Así, puede presentarse la hipótesis, perfectamente viable, de que el sujeto se adueñe del continente, es decir, del soporte que contiene la información sin llegar a saber su contenido. No podemos olvidar que a través de este delito no sólo se castiga el abuso de información contenida en bases automatizadas sino también en registros manuales tradicionales. Creemos que en este contexto puede verificarse esta situación con mayor asiduidad. Se trataría de casos en los que no podría hablarse de un «acceso ilícito» pero sí de un apoderamiento de los datos reservados. Por otro lado, sería también perfectamente posible que el sujeto acceda lícitamente a la información y luego se apodere de forma ilegítima.

En consecuencia, la teoría aquí defendida mantiene que siempre que el encargado o responsable del fichero haya reproducido de alguna forma los datos reservados, de forma previa a la cesión de los mismos, no habrá ningún inconveniente para dar por cumplidos

(30) MATA Y MARTÍN, R.M.: *Delincuencia Informática...*, ob. cit., p. 128.

(31) MATA Y MARTÍN, R.M.: *Delincuencia Informática...*, ob. cit., p. 137.

(32) JAREÑO LEAL, A. y DOVAL PAÍS, A.: «Revelación de datos personales, intimidad e informática (Comentario a la STS 234/1999, de 18 de febrero, sobre el delito del art. 197.2 CP)», en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coord.): *El nuevo Derecho Penal español. Estudios Penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, 2001, p. 1484.

(33) JAREÑO LEAL, A. y DOVAL PAÍS, A.: «Revelación...», ob. cit., p. 1484.

(34) MATA Y MARTÍN defiende el término «acceder» como: «captación intelectual de la información almacenada en el sistema». MATA Y MARTÍN, R.M.: *Delincuencia Informática...*, ob. cit., p. 137.

(35) En contra: RUEDA MARTÍN, M.A.: *Protección penal...*, ob. cit., p. 78.

los requisitos típicos del 197.2⁽³⁶⁾. En estos casos, si bien el acceso a la información habrá sido lícito, se habrá verificado posteriormente un apoderamiento no autorizado de la información. No puede descartarse que en algún supuesto residual esta cesión pueda realizarse sin una copia previa. Así, podemos plantearnos la hipótesis en la que el responsable de los ficheros remita los datos telemáticamente a una terminal propiedad de una tercera persona (cesión) sin realizar una previa reproducción de los mismos. Así, en la medida en que no pueda hablarse de un dominio de la información por parte del sujeto creemos que no se verifica la conducta de apoderamiento. Esta situación impediría la subsunción de la conducta en el 197.2 y obligaría a valorar la concurrencia del delito de revelación del secreto profesional para dar una solución a estos casos⁽³⁷⁾.

c) La expresión «en perjuicio de»

Continuando con el análisis de los requisitos típicos del delito contenido en el artículo 197.2, debemos considerar que la conducta tendrá que llevarse a cabo «en perjuicio de un tercero». De forma mayoritaria la doctrina ha interpretado este requisito como un elemento subjetivo del tipo. De acuerdo con esta visión, para la consumación del delito será preciso comprobar la concurrencia del dolo del autor (entendemos que necesariamente debería tratarse de un dolo directo de primer grado)⁽³⁸⁾ y la existencia de un especial *animus nocendi*, esto es, la intención del agente de causar un perjuicio al titular de los datos o a un tercero⁽³⁹⁾. En este sentido, se han pronunciado CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ

(36) En contra, GALÁN MUÑOZ. Este autor critica que los actos de revelación sólo estén castigados a través de tipos cualificados, circunstancia que obliga a constatar la concurrencia de los requisitos del artículo 197.2, impidiendo, según su concepción del tipo, la subsunción de estas conductas. GALÁN MUÑOZ, A.: «¿Nuevos riesgos, viejas respuestas?...», ob. cit.

(37) El Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, aprobado por el Consejo de Ministros el 11 de octubre de 2012, añade un apartado 4 bis al artículo 197, con el siguiente contenido: «4 bis. *Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona*». Según indica la Exposición de Motivos se trata de incriminar aquellos supuestos en los que las imágenes y grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento pero son luego divulgados contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal y su difusión sin el consentimiento de la persona afectada lesione gravemente su intimidad. Se trata, por tanto, a diferencia del supuesto que se analiza en este trabajo, del castigo de conductas en las que no es posible verificar ni un acceso ilícito ni un apoderamiento ilegítimo, precisamente porque el sujeto cuenta con facultades para desarrollar estas conductas de forma lícita. Esta situación hacía imprescindible la tipificación expresa de estos casos a través de la creación de un delito que no requiera como paso previo a la divulgación la realización de otra conducta de forma ilegítima.

(38) En este sentido: GALÁN MUÑOZ, A.: «¿Nuevos riesgos, viejas respuestas?...», ob. cit. En contra, MORALES PRATS considera que no pueden excluirse las formas de dolo eventual. MORALES PRATS, F. en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.): *Comentarios...* ob. cit., p. 469.

(39) Especialmente perturbador resulta el hecho de que el legislador indique, en relación a la primera modalidad de este delito, que el apoderamiento, utilización o modificación de los datos deberá realizarse «en perjuicio de tercero», mientras que en la segunda modalidad se haga alusión al acceso, utilización o alteración de los mismos «en perjuicio del titular de los datos o de un tercero». Al respecto ROMEO CASABONA ha sostenido que esta disparidad no parece estar justificada ni se entiende muy bien su finalidad por lo que ha de interpretarse como perjuicio del titular de los datos o de un tercero. ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento...*, ob. cit., p. 126.

CUSSAC, considerando que esta interpretación se desprende del uso de la partícula «en», que expresa una evidente exigencia de intencionalidad. En opinión de estos autores, además, el «perjuicio» deberá interpretarse de forma amplia por lo que podría abarcar, entre otros, daños económicamente evaluables⁽⁴⁰⁾.

Contra esta postura se han presentado numerosas críticas. Así, desde un punto de vista de política criminal, se ha alegado que esta interpretación conllevaría dificultades probatorias de tal magnitud que impedirían la aplicación del precepto, ya que no bastaría con la prueba del dolo del autor sino que sería necesario, además, probar que la conducta del sujeto estaba específicamente encaminada a conseguir el perjuicio del tercero⁽⁴¹⁾. Por otro lado, no puede dejar de considerarse que resultará infrecuente que el sujeto activo lleve a cabo estos hechos buscando, especialmente, el perjuicio de un tercero. Entendemos que puede ser mucho más habitual que el agente persiga un beneficio propio y actúe indiferente ante la posibilidad del perjuicio ajeno, con lo que, si se aceptara esta interpretación, el ámbito de aplicación del tipo se reduciría en exceso. No obstante, no es posible dejar de lado el hecho de que las consideraciones de política criminal no pueden, por sí mismas, resultar decisivas a la hora de interpretar los tipos penales. En este sentido, también debemos considerar que una concepción amplia del perjuicio perseguido que lo extienda a otros bienes jurídicos como el patrimonio ampliaría en demasía el objeto de protección de estas conductas, por lo que se trataría de un delito «subjettivamente pluriofensivo»⁽⁴²⁾.

Una segunda opción propone interpretar la expresión «en perjuicio de un tercero» como un elemento objetivo del tipo. En esta línea, a su vez, pueden distinguirse diversas propuestas doctrinales. La primera de ellas sugiere que este requisito debe ser interpretado como una exigencia que indica que para la consumación del delito debe verificarse la «idoneidad objetiva de la conducta para causar un perjuicio»⁽⁴³⁾. Esta propuesta llevaría a considerar que se trata de un delito de peligro hipotético, donde, para la consumación, ni siquiera sería necesario comprobar la concurrencia de un peligro efectivo para el bien jurídico. Entendemos que se trata de una anticipación excesiva de la barrera penal, impidiendo, por tanto, una adecuada delimitación con el ámbito de aplicación de la normativa administrativa.

Una segunda propuesta doctrinal considera más acertado sostener que la inclusión de este elemento pretende que se verifique efectivamente la lesión del bien jurídico para la

(40) CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en VIVES ANTÓN, T.S. (coord.): *Comentarios...*, ob. cit., p. 1000. En el mismo sentido: ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento...*, ob. cit., p. 125. En el caso de LOZANO MIRALLES, el autor considera que esta expresión hay que entenderla en el sentido de que se persiga la lesión del derecho a la intimidad de los datos personales. LOZANO MIRALLES, J. en BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.): *Compendio...*, ob. cit., p. 217. Al respecto, también ver: MORALES PRATS, F. en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.): *Comentarios...*, ob. cit., p. 469. FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: *Derecho Penal e Internet...*, ob. cit., p. 190. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.; JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R.: «Descubrimiento y Revelación de Secretos», en *Delincuencia Informática. Tiempos de Cautela y Amparo*, Pamplona, 2012, p. 170.

(41) En este sentido: JAREÑO LEAL, A. y DOVAL PAÍS, A.: «Revelación de datos personales...», ob. cit., p. 1490.

(42) GALÁN MUÑOZ, A.: «¿Nuevos riesgos, viejas respuestas?...», ob. cit.

(43) MATA Y MARTÍN, R.M.: *Delincuencia Informática...*, ob. cit., p. 137.

consumación del tipo⁽⁴⁴⁾. Según esta concepción, la inclusión de este requisito estaría precisamente encaminada a rechazar la posible interpretación del delito de agresiones a los datos reservados como un delito de peligro. No obstante, es necesario tener en cuenta que en la medida en que las conductas de acceso, apoderamiento, alteración o utilización ilícitas implican por sí mismas la lesión del bien jurídico, esta interpretación llevaría a sostener que la introducción de la expresión «en perjuicio de» resulta redundante e innecesaria. Frente a estas consideraciones, debemos tener en cuenta que una directriz interpretativa que signifique declarar que uno de los elementos del enunciado legal es redundante sólo sería aplicable en ausencia de otra explicación plausible, ya que lo contrario implicaría presuponer que la ley no logra un nivel mínimo en el uso de la lengua⁽⁴⁵⁾.

En opinión de GÓMEZ LANZ, un análisis de esta problemática desde un punto de vista lingüístico aconseja interpretar el término desde una perspectiva objetiva. De acuerdo a la tesis defendida por este autor, al tener en cuenta los usos habituales de la preposición «en» se reduce la probabilidad de la interpretación en clave volitiva ya que «en» no suele emplearse para indicar la persecución de un fin por parte del sujeto. El autor entiende que las posibilidades de un entendimiento en clave objetiva se ven reforzadas por la posibilidad de sustituir la preposición «en» por «con» (dato que apunta a una interpretación objetiva) mientras que la sustitución por «para» daría lugar a una expresión de controvertible gramaticalidad⁽⁴⁶⁾. Esta circunstancia, unida a la imposibilidad de defender una postura que identifique al perjuicio con la mera lesión del bien jurídico, lleva al citado a autor a sostener que el perjuicio requerido en el artículo 197.2 se identifica con un resultado material distinto al inmanente a los verbos típicos⁽⁴⁷⁾.

Se perfila, de esta forma, dentro de la corriente que analiza la expresión «en perjuicio de» en clave objetiva, una tercera vía interpretativa. En este sentido, ha sostenido GALÁN MUÑOZ que la lesión del derecho a la protección de datos producida con la realización estas conductas sólo puede ser penalmente relevante en la medida que se constate que resulta objetivamente idónea para lesionar aquellos valores o bienes que la protección de datos trata de proteger⁽⁴⁸⁾. El autor parte de una concepción del bien jurídico «protección de los datos personales» que le otorga un valor autónomo pero instrumental de la protección de otros bienes jurídicos, razón por la que considera que el elemento «en perjuicio de tercero» cumple con la función de excluir de este delito «todas aquellas actuaciones que, pese a haber lesionado los derechos que tutelan tales datos frente a posibles abusos, no llegasen a representar afeción alguna para ninguno de aquellos valores o bienes que la protección de datos de carácter personal trata precisamente de garantizar»⁽⁴⁹⁾.

(44) JAREÑO LEAL, A. y DOVAL PAÍS, A.: «Revelación de datos personales...», ob. cit., p. 1490. También al respecto, ver: SOTO NIETO, F.: «Revelación de secretos. Entidad del dato revelado», en La ley n.º 6132, 2004, <www.laley.es> (ult. vis. 08/03/2013).

(45) GÓMEZ LANZ, J.: *La interpretación de la expresión en perjuicio de en el Código penal*, Madrid, 2006, p. 261.

(46) GÓMEZ LANZ, J.: *La interpretación de la expresión...*, ob. cit., p. 259.

(47) GÓMEZ LANZ, J.: *La interpretación de la expresión...*, ob. cit., p. 262.

(48) GALÁN MUÑOZ, A.: «¿Nuevos riesgos, viejas respuestas?...», ob. cit.

(49) GALÁN MUÑOZ, A.: «¿Nuevos riesgos, viejas respuestas?...», ob. cit.

Esta es la opción que parece más adecuada, ya que permite acotar el alcance del precepto y delimitar el injusto penal y el administrativo a través de la exigencia de una cierta entidad que debe reunir la conducta⁽⁵⁰⁾. Consecuentemente, en el supuesto que constituye el objeto de nuestro trabajo será imprescindible para la consumación del tipo que se verifique la lesión del bien jurídico protegido a través de estas conductas —los datos personales— y que la entidad de esta afección reúna la entidad suficiente para que sean puestos en peligro la intimidad, el honor u otros bienes jurídicos del tercero; situación que, a nuestro modo de ver, será la más habitual teniendo en cuenta las características de los datos que se incorporan a estas bases.

d) La cualidad de «encargados» o «responsables» de los ficheros

Del análisis realizado hasta el momento se desprende que la conducta del encargado o responsable de la base de datos automatizada de perfiles de ADN que ceda la información contenida en los registros puede cumplir los requisitos exigidos en el artículo 197.2 como paso previo a la comprobación de los elementos del artículo 197.5. Esto se verificará siempre que el encargado o responsable de estos archivos, teniendo posibilidades de acceso a los datos, se apodere ilícitamente de los mismos a través de su reproducción o copia. Tal como se ha señalado, esta conducta, además de lesionar el interés protegido en este delito, los datos personales, deberá reunir entidad suficiente para provocar un perjuicio añadido a un tercero o al titular de los datos. En este punto del análisis corresponderá, por tanto, estudiar la concurrencia de los requisitos exigidos en el artículo 197.5.

El artículo 197.5 contiene un tipo cualificado que eleva la pena en caso de que las conductas de los incisos 1 y 2 del mismo artículo sean realizadas por «*las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros*». Se trata, por tanto, de un delito especial impropio que sólo podrá ser cometido por aquellos sujetos que ostenten un determinado deber jurídico, funcionando el delito de abusos de datos reservados del artículo 197.2 como delito común de recogida. En consecuencia, el siguiente paso en este *iter* argumentativo deberá ser la determinación de las personas reúnen las cualidades exigidas por el tipo para ser sujeto activo del delito.

En este orden de cosas, el punto de partida deben ser las previsiones que al respecto contiene la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Así, la citada norma, en su artículo 3, apartado d, dispone que debe entenderse por «responsable del fichero o tratamiento» a toda «*persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento*»⁽⁵¹⁾; mientras que «encargado del tratamiento» [art. 3.g)] será «*la persona*

(50) La LOPD establece en su artículo 44.3.k que será considerada como una infracción «grave»: «*La comunicación o cesión de los datos de carácter personal sin contar con legitimación para ello en los términos previstos en esta Ley y sus disposiciones reglamentarias de desarrollo, salvo que la misma sea constitutiva de infracción muy grave*». Por otro lado, el artículo 44.4 define como infracción «muy grave»: «*Tratar o ceder los datos de carácter personal a los que se refieren los apartados 2, 3 y 5 del artículo 7 de esta Ley salvo en los supuestos en que la misma lo autoriza o violentar la prohibición contenida en el apartado 4 del artículo 7*».

(51) Con ello, en el ámbito de los ficheros públicos responsable del archivo será la persona o autoridad que esté al frente del organismo titular del fichero. GÓMEZ NAVAJAS, J.: *La protección...*, ob. cit., p. 348.

física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento».

Así, a la hora de interpretar las exigencias del artículo 197.5, una primera opción nos llevaría a sostener que las cualidades que deben reunir los sujetos activos de este delito son elementos normativos que se dotarán de contenido con las definiciones contenidas en la LOPD. El primer problema que se plantea para poder aceptar esta opción es de índole temporal. En relación a esta cuestión, debemos considerar que en el momento en que se aprobó el Código penal de 1995 todavía estaba vigente la LORTAD, norma que sólo contenía referencias sobre el alcance del término «responsable» pero no sobre los «encargados del tratamiento», por lo que el legislador de 1995 no pudo remitirse a una normativa administrativa que no contenía referencia alguna sobre estos extremos⁽⁵²⁾. El segundo problema se refiere a la inexactitud de los términos utilizados por el legislador penal. En este sentido, la LOPD se refiere a los «responsables del fichero o tratamiento» y a los «encargados del tratamiento», mientras que el Código penal sólo hace alusión a los responsables y encargados de los ficheros⁽⁵³⁾. En opinión de ROMEO CASABONA, postura a la que nos adherimos, a pesar de los inconvenientes no quedan más soluciones razonables que aceptar la remisión a las normas de la LOPD ya que prescindir de esta regulación obligaría al legislador penal a buscar definiciones sin ningún apoyo normativo⁽⁵⁴⁾.

Por otro lado, y en relación con la extensión que debe darse a estos términos, coincidimos con CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC, quienes entienden que estos conceptos deben interpretarse muy restrictivamente, no siendo de ninguna forma posible su aplicación al simple operario, ya que estamos frente a una condición de naturaleza normativa donde no puede ser suficiente el mero encargo o responsabilidad de hecho⁽⁵⁵⁾. Se trata de una consecuencia obligada de la redacción legal que ha despertado numerosas críticas. Al respecto, se ha sostenido que esta solución no deja de ser paradójica y de producir perplejidad, ya que son los empleados las personas que realmente tienen un acceso material privilegiado a los datos protegidos⁽⁵⁶⁾. Coincidimos con esta crítica, la cual encuentra su mayor punto de apoyo en el fundamento mismo de la agravación contenida en el artículo 197.5

Sobre este extremo coincide la doctrina en indicar que el fundamento del tipo cualificado se encuentra en el incremento del injusto, tanto en relación con el desvalor de acción como de resultado. Así, el aumento del desvalor de la conducta se hallará en la mayor facilidad que encontrará el agente como consecuencia de las facultades de su cargo para vencer las barreras impuestas para la protección de los datos personales. Por las mismas razones, esta facilidad para el acceso a la información podrá determinar que el ataque al

(52) ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento...*, ob. cit., p. 152.

(53) ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento...*, ob. cit., p. 153.

(54) ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento...*, ob. cit., p. 154. A favor de la interpretación como un elemento normativo del tipo: RUEDA MARTÍN, M.A.: *Protección penal...*, ob. cit., p. 101. GÓMEZ NAVAJAS, J.: *La protección...*, ob. cit., p. 347.

(55) CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en VIVES ANTÓN, T.S. (coord.): *Comentarios...*, ob. cit., p. 1004.

(56) ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento...*, ob. cit., p. 154.

bien jurídico pueda ser más intenso, determinando, por tanto, un aumento del desvalor de resultado⁽⁵⁷⁾. Precisamente este aumento de las facilidades para lesionar el bien jurídico, que son proporcionadas por las facultades de acceso, justificaría la extensión de la cualificación a empleados y operarios con funciones en los archivos.

Las previsiones del artículo 197.5 se completarán con un nuevo tipo cualificado aplicable al encargado o responsable del fichero que haya difundido, cedido o revelado los datos reservados. En este contexto, entendemos que «ceder» implica transferir o traspasar los datos a un tercero, mientras que difundir hace referencia a la conducta de quien da publicidad a una información. De esta forma, la diferencia entre ambos verbos típicos se encontraría en que, mientras en el caso de «ceder» el verbo se refiere a dar a conocer o entregar los datos a una tercera persona, o a un número limitado de personas, en el caso de la difusión, se daría a conocer esta información a un número ilimitado o notablemente superior de sujetos. Mayores dificultades encontraremos para delimitar el alcance del verbo «revelar», que parece requerir como requisito previo el conocimiento del contenido de la información que se traslada a terceros. Se trata de una característica que podría haber limitado notablemente la aplicación del tipo de haberse incorporado como único verbo típico; no obstante, al no concurrir esta exigencia en relación al término «ceder», quedarán comprendidas en este delito todas las conductas en las que se entregan a un tercero los datos reservados sin haber tenido realmente conocimiento de la información⁽⁵⁸⁾.

e) Cualificación por el carácter sensible de los datos

La complejidad de la regulación dedicada a proteger a los datos personales en el Código penal actual conduce a la paradoja de que al supuesto que constituye nuestro objeto de trabajo le podrían resultar aplicables cuatro distintos y sucesivos tipos cualificados. En numerosas ocasiones se ha criticado al legislador penal por el uso y abuso del que podríamos denominar sistema de «agravantes e hiperagravantes»⁽⁵⁹⁾. Como se ha señalado, esta circunstancia conduce de forma casi inexorable a un marco legal de la pena muy reducido en sus mínimos y máximos, lo que reduce excesivamente y de forma injustificada el ámbito de arbitrio judicial⁽⁶⁰⁾. Posteriormente veremos que esta confusión normativa se verá incrementada por el número de normas que podrán entrar en concurso de leyes con el delito en análisis. Por el momento, es necesario señalar que a los dos tipos cualificados del artículo 197.5 podríamos sumar los comprendidos en los artículos 197.6 y 198.

El artículo 197.6 establece: «...cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se

(57) En este sentido: MORALES PRATS, F. en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.): *Comentarios...*, ob. cit., p. 476. GÓMEZ NAVAJAS, J.: *La protección...*, ob. cit., p. 357.

(58) Al respecto: ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento...*, ob. cit., p. 148.

(59) En este sentido, en relación a la estructuración de los delitos contra la libertad sexual: CARMONA SALGADO, C. en COBO DEL ROSAL, M. (dir.): *Adenda al curso de Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, 1999, p. 44.

(60) ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento...*, ob. cit., p. 169.

impondrán las penas previstas en su mitad superior». Deberemos indagar, por tanto, si los datos contenidos en las nuevas bases de datos INT-SAIP e INT-FENIX reúnen las cualidades necesarias para la aplicación de este precepto.

La LOPDP, en su artículo 7, reconoce tres grupos de datos especialmente protegidos: los datos que revelan la ideología, la afiliación sindical, religión y creencias; los datos relativos a la salud, origen racial y vida sexual; y finalmente los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas. Estos tres grupos están regulados según un régimen específico, recibiendo los datos relativos a la salud las mayores garantías. Por otro lado, los datos genéticos no son mencionados en la LOPDP. Esta laguna legal, seguramente motivada por el menor desarrollo de esta materia en el momento de creación de la norma, abrió el interrogante acerca de la consideración de estos datos. Así, esta falta de regulación expresa sobre los datos genéticos llevó a la doctrina a entender que debían ser considerados como «datos de la salud». Para poder proseguir con este análisis será imprescindible realizar algunas puntualizaciones sobre las características de los distintos datos que pueden obtenerse a partir del material genético.

El ADN se divide en ADN codificante y ADN no codificante, dependiendo de sus propiedades funcionales. El ADN codificante o expresivo determinará el aspecto general de un organismo concreto, siendo en el caso de los seres humanos el encargado de establecer, entre otros rasgos fenotípicos, el color del pelo, el color de los ojos, etc. Este ADN presenta escasa variabilidad entre los individuos, es decir, es poco polimórfico, razón por la cual carece de interés en las ciencias forenses a fines de la identificación de individuos⁽⁶¹⁾. Por otro lado, el ADN no codificante presenta una enorme variabilidad entre los individuos de la población y, por tanto, de su estudio se obtiene información con un gran poder de discriminación⁽⁶²⁾. Esta parte del ADN es la determinante de que no haya dos personas que tengan exactamente el mismo código genético, con excepción de los gemelos monovitelinos⁽⁶³⁾. Resulta importante remarcar que, en principio, de este ADN no se puede obtener otro tipo de información paralela o adicional a la meramente identificativa, ya que este ADN carece de información directa o indirecta para la elaboración de elementos de importancia para la vida celular⁽⁶⁴⁾, aunque sí pueden obtenerse otros elementos de identificación como, por ejemplo, los relativos a la etnia a la que pertenece el sujeto o, bien, relaciones de paternidad o filiación⁽⁶⁵⁾.

Respondiendo a esta diferenciación, en el caso de los análisis genéticos en sentido estricto, es decir, del ADN codificante, debe aceptarse sin objeciones que los datos que se

(61) MORA SÁNCHEZ, J.M.: Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN. Identificación criminal a través de la huella genética, Bilbao-Granada, 2001, p. 19.

(62) GARCÍA, O. y ALONSO, A.: «Las bases de datos de perfiles de ADN como instrumento en la investigación policial», en ROMEO CASABONA, C.M. (ed.): *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad*, Bilbao-Granada, 2002, p. 29.

(63) Los gemelos monovitelinos presentan las mismas moléculas de ADN, ya que provienen de la misma fecundación. MESTRES NAVAL, F. y VIVES-REGO, J.: «La utilización forense de la huella genética (secuencia del ADN o ácido desoxirribonucleico): aspectos científicos, periciales, procesales, sociales y éticos», en *La Ley Penal*, n.º 61, junio 2009 (La Ley 12054/2009).

(64) MORA SÁNCHEZ, J.M.: *Aspectos sustantivos y procesales...*, ob. cit., p. 20.

(65) ROMEO CASABONA, C.M. y ROMEO MALANDA, S.: *Los identificadores del ADN...*, ob. cit., p. 192.

obtienen deben ser considerados como datos de la salud, ya que, como se ha explicado, estos proporcionan información sobre la salud del individuo presente y futura. No obstante, debemos tener en cuenta que de acuerdo con las previsiones de la LO 10/2007, en las bases de datos automatizadas sólo se incorporarán los «*datos del perfil genético con valor identificativo*»⁽⁶⁶⁾, esto es, los resultados de los análisis de la parte no codificante del ADN. Así, a pesar de que la inclusión de esta información en el concepto de «dato de salud» es más dudosa, la doctrina de forma mayoritaria se manifestó a favor de esta opción⁽⁶⁷⁾. Al respecto, resulta relevante señalar que también la Recomendación (97) n.º 5 del Consejo de Europa considera incluidos los datos genéticos dentro de la definición de datos relativos a la salud, entendidos en sentido amplio como datos médicos. Finalmente, también es necesario destacar que la Exposición de Motivos de la LO 10/2007 reconoce expresamente el carácter sensible de los datos relacionados con el ADN. Todo ello permite sostener la necesidad de aplicar la agravación prevista en el artículo 197.6 cuando se revelen los datos incorporados a las bases automatizadas de perfiles de ADN. Esta conclusión, además, que se verá reforzada por la capacidad de los perfiles genéticos de revelar datos relativos a la etnia del sujeto, situación recogida en el tipo a través de la expresión «datos que revelen el origen racial».

f) El tipo cualificado por la cualidad de funcionario o autoridad pública

El artículo 198, por su parte, agravará la respuesta penal cuando la conducta sea llevada a cabo por una «*autoridad o funcionario público*» que actúe «*fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaleciéndose de su cargo*». Se tratará de casos en los que el sujeto actúa totalmente al margen de sus competencias pero aprovechando, a su vez, las facilidades que para el ataque a los datos personales le brinda su cargo⁽⁶⁸⁾. No cabe duda sobre la aplicación de este precepto al supuesto en cuestión toda vez que las bases de datos en estudio dependen del Ministerio del Interior y, particularmente, de la Secretaría de Estado de Seguridad, con lo que la persona que específicamente reciba este encargo reunirá la condición de funcionario o autoridad pública.

g) El delito de revelación del secreto profesional

La especial relación en que se encuentran los responsables y encargados de estas bases de datos con respecto a la información contenida en ellos obligará a valorar también la posible concurrencia del delito de revelación del secreto profesional. El artículo 199.2 del

(66) Orden del Ministerio del Interior INT 177/2008.

(67) A favor de esta postura: ROMEO CASABONA, C.M.: «Utilización de las identificaciones del ADN en la Administración de Justicia», en MARTÍNEZ JARRETA, M.B. (dir.): *La prueba del ADN en Medicina Forense. La Genética al servicio de la ley en el análisis de indicios criminales y en la investigación biológica de la paternidad*, Barcelona, 1999, p. 9. GUERRERO MORENO, A.A.: «La regulación de los datos genéticos y las bases de datos de ADN», en *Criterio Jurídico*, v. 8, núm. 2, Santiago de Cali, 2008, p. 223. Contra esta opinión: GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: «Los datos genéticos en el Tratado de Prüm», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 7, enero-junio de 2007, p. 14.

(68) RUIZ MARCO, F.: *Los delitos contra la intimidad...*, ob. cit., p. 92.

Código penal establece «*El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años*». Así, de acuerdo al tenor del texto legal, para que se verifique un delito de revelación del secreto profesional será preciso que concurren los siguientes elementos:

- 1) Debe tratarse de un profesional que incumpla la obligación de sigilo o reserva.
- 2) Que se divulguen secretos.
- 3) Que los secretos hayan sido conocidos lícitamente en el desarrollo del ejercicio de la profesión.

Partiendo de la premisa de que los responsables y encargados de los ficheros satisfacen las exigencias referidas a la profesionalidad⁽⁶⁹⁾, para comprobar la existencia de una obligación de sigilo o reserva por parte de estos sujetos debemos recurrir al artículo 10 de la LOPD. La citada norma establece: «*El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo*»⁽⁷⁰⁾. Esta disposición satisface, por tanto, el requisito implícito instituido en el artículo 199.2 que determina la necesidad de una norma jurídica estatal de carácter general que establezca el deber de discreción al que están sometidos estos profesionales⁽⁷¹⁾. Esto nos lleva a afirmar que los responsables y encargados de los ficheros y archivos son verdaderos «confidentes necesarios» cuyo deber de sigilo está tipificado en el artículo 199.2⁽⁷²⁾.

También deberá verificarse por parte de los encargados y responsables de los ficheros un acceso lícito a la información y una transmisión ilícita de la misma. Así, en la medida en que estos profesionales tienen permitido el acceso a la información en razón de sus funciones, en caso de que procediesen, posteriormente a una cesión no permitida, se verificarían todas las exigencias del delito contemplado en el artículo 199.2.

(69) Por «profesional» se entiende la persona que ejerce una profesión que requiere una titulación académica u oficial y cuyo ejercicio puede exigir necesariamente que le sean confiados aspectos de la intimidad. RUIZ MARCO, F.: *Los delitos contra la intimidad...*, ob. cit., p. 101. También ver: BOIX REIG, J.: «El secreto profesional» en Boix Reig, J. (dir.): *La protección jurídica de la intimidad*, Madrid, 2010, p. 93.

(70) En el caso de los Ficheros Policiales, el deber de secreto establecido por la LOPD confluye con el deber que establece el artículo 5.5 de la Ley Orgánica 2/1986 para los Miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, los cuales: «*deberán guardar riguroso secreto respecto a todas las informaciones que conozcan por razón o con ocasión del desempeño de sus funciones. No estarán obligados a revelar las fuentes de información salvo que el ejercicio de sus funciones o las disposiciones de la Ley les impongan actuar de otra manera*». Al respecto, ver: MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: *Tecnologías de la información, policía y Constitución*, Valencia, 2001, p. 210.

(71) MORALES PRATS, F. en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.): *Comentarios...*, ob. cit., p. 491. Sobre la necesidad de que el deber de sigilo o reserva profesional esté refrendado por una reglamentación jurídica del ejercicio de la correspondiente actividad, no siendo suficiente con un simple deber ético o moral: LOZANO MIRALLES, J. en BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.): *Compendio...*, p. 232.

(72) Sobre el concepto de «confidente necesario», ver: CORTÉS BECHIARELLI, E.: «Delitos contra la intimidad, control de las comunicaciones y secreto profesional del Abogado», en *Revista Penal*, núm. 11, Valencia, 2003, p. 3.

No obstante, la cualidad de funcionario público o autoridad que revisten los encargados y responsables de estos ficheros de titularidad pública obliga a plantearse también la posible concurrencia de un delito de violación de secretos por parte de funcionarios del artículo 417.2. Los requisitos típicos previstos en esta figura son los siguientes:

- a) Debe tratarse de un funcionario o autoridad pública que tenga conocimiento de secretos o informaciones por razón de su cargo
- b) Los secretos deben estar referidos a un particular
- c) Los secretos deben ser divulgados ilícitamente.

La extrema similitud de ambos tipos penales, más allá de la exigencia de que el sujeto activo del delito sea un funcionario o autoridad, lleva a plantear la existencia de un concurso de normas entre ambos tipos, la cual deberá ser resuelta de acuerdo al principio de especialidad a favor de la figura contenida en el artículo 417.2⁽⁷³⁾.

De lo expuesto con anterioridad se desprende la posibilidad de un concurso de normas entre el delito del artículo 417.2 y el artículo 198. Una parte de la doctrina niega esta opción con base en la imposibilidad de concurrencia del artículo 198. Así, en opinión de MORALES PRATS, la conducta del encargado o responsable de los ficheros no podrá integrar el artículo 198 al no satisfacer las exigencias del tipo básico del artículo 197.2, ya que el acceso a la información por parte de estos profesionales siempre es lícito. En su opinión, será el delito de revelación de secretos el adecuado para dar una respuesta jurídica a estos supuestos que de otro forma quedarían fuera del Derecho penal⁽⁷⁴⁾.

Esta postura no coincide con la que se sostiene en este trabajo. Como se ha manifestado anteriormente, creemos que estas conductas pueden ser subsumidas en el artículo 197, apartados 5 y 6, y en el 198 de acuerdo a una interpretación del verbo «apoderarse» que acerque su contenido a la expresión «apropiarse». Por ello, entendemos que siempre que se verifique una reproducción no autorizada de los datos quedarán satisfechas las exigencias típicas. Esta interpretación no es óbice para entender que estamos frente a supuestos en los que el acceso, esto es, el conocimiento de la información se ha realizado por medios perfectamente lícitos. Podemos llegar por tanto a la conclusión de que el encargado o responsable del fichero que conoce los datos lícitamente y luego los cede a un tercero de forma ilícita cumple con su conducta con todos los requisitos típicos del delito de revelación de secretos por parte de funcionarios. Ambas conductas (198 y 417.2 CP) se diferenciarán en la medida en que las informaciones o secretos a los que se refiere el artículo 417.2 no deben estar necesariamente incluidos en registros o archivos. Esta situación conduce, como se ha expresado anteriormente, a un concurso de leyes, que en nuestra opinión debe ser resuelto en virtud del principio de especialidad a favor del delito contenido en el artículo 198⁽⁷⁵⁾.

(73) En este sentido: ROMEO CASABONA, C.M. en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. y ROMEO CASABONA, C.M. (coords.): *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, t. II, Valencia, 2004, p. 836.

(74) El autor se refiere a los profesionales de la informática, sin analizar el supuesto específico de los archivos de titularidad pública. MORALES PRATS, F. en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.): *Comentarios...*, ob. cit., p. 498.

(75) En contra: RUIZ MARCO, F.: *Los delitos contra la intimidad...*, ob. cit., p. 94. ROMEO CASABONA, C.M. en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. y ROMEO CASABONA, C.M. (coords.): *Comentarios...*, ob. cit., p. 812. Sobre la

h) Responsabilidad de encargados y responsables de archivos en comisión por omisión

Hasta el momento se ha planteado la hipótesis del responsable o encargado de un fichero que se apropia de la información contenida en el mismo cediéndola, con posterioridad, a un tercero. Durante todo el análisis se ha mantenido un criterio restrictivo a la hora de interpretar el concepto de «encargado» o «responsable». Esta circunstancia lleva a plantear un segundo interrogante. Así, encontramos oportuno analizar cuál sería la responsabilidad del encargado que no comete por sí mismo los actos de apropiación y cesión, sino que permite que sea un tercero quien los lleve a cabo. Podría tratarse de un operario con capacidad de acceso a los datos, es decir, una persona que tenga asignada alguna tarea relativa al tratamiento de los datos, o simplemente un empleado ajeno a los mismos. Se plantea de esta forma, una posible responsabilidad del encargado en comisión por omisión.

Contra la posibilidad de admitir una responsabilidad de los encargados en comisión por omisión se ha pronunciado GÓMEZ NAVAJAS, quien ha sostenido que el artículo 197.2 requiere una acción positiva, ya sea un apoderamiento, utilización, modificación o acceso, de forma que sólo sería posible la comisión por omisión si dicho apartado estuviera redactado en otros términos⁽⁷⁶⁾. En la misma línea, ORTS BERENGUER y ROIG TORRES descartan esta opción al considerar que el fundamento de la agravación no se halla en una posición de garante del agente con respecto a los datos, sino en la infracción de los deberes de fidelidad y corrección en el ejercicio de sus funciones, que personalmente le incumben al sujeto en materia de confidencialidad⁽⁷⁷⁾.

No coincidimos con estas opiniones. Por otro lado consideramos que la redacción del precepto contenido en el artículo 197.2 no es óbice para aceptar que el mismo pueda verificarse por omisión. En nuestra opinión, realiza la conducta típica tanto el encargado que «se apodera» ilícitamente como el que permite que un tercero «acceda o se apodere» de forma ilegítima. En relación a la posición de garante, creemos que la misma queda establecida a partir de las previsiones de la LOPD. Al respecto, debemos considerar tanto la obligación de guardar los secretos establecido en el artículo 10 como el deber de «adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y evite su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado» incluido en el artículo 9.1. Con ello, podemos comprobar que la obligación que asumen los responsables y encargados de ficheros va más allá de una responsabilidad genérica de confidencialidad en el ejercicio de sus funciones, sino que queda establecida una verdadera obligación de salvaguarda de los secretos que se resguardan en los archivos y registros⁽⁷⁸⁾.

conurrencia de un concurso de leyes entre los delitos de los artículos 199.2 y 198, a resolver por principio de especialidad a favor del artículo 198: CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en VIVES ANTÓN, T.S. (coord.): *Comentarios...*, ob. cit., p. 1008. Frente a este mismo supuesto, GÓMEZ NAVAJAS considera más apropiado aplicar el principio de subsidiariedad a favor del artículo 198. GÓMEZ NAVAJAS, J.: *La protección...*, ob. cit., p. 365.

(76) GÓMEZ NAVAJAS, J.: *La protección...*, ob. cit., p. 356.

(77) ORTS BERENGUER, E. y ROIG TORRES, M.: *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Valencia, 2001, p. 43.

(78) En este sentido: RUIZ MARCO, F.: *Los delitos contra la intimidad...*, ob. cit., p. 90. SANTOS GARCÍA, D.: *Nociones Generales de la Ley Orgánica de protección de Datos*, Madrid, 2005, p. 139.

De esta forma, si el encargado o responsable consiente que un tercero ajeno al fichero acceda ilegítimamente a los datos contenidos en los archivos podríamos hablar de una verdadera coautoría. Este grado de responsabilidad encontraría su fundamento en la elevada posibilidad de que una actuación del sujeto hubiera logrado evitar la producción del resultado. Así, el tercero respondería por un delito del artículo 197.2 y 197.4, mientras que el encargado respondería por un delito del artículo 197.5. Situación similar se presentaría si el encargado tolera el apoderamiento ilegítimo de una persona con acceso a los archivos. Creemos que también en este caso podríamos hablar de coautoría, donde el empleado debería responder por artículo 197.2 y 4, ya que la aplicación del delito contenido en el artículo 197.5 queda excluida en virtud de que la mera posibilidad de acceso legítimo a los archivos no alcanza para fundamentar las cualidades exigidas en el tipo para el sujeto activo.

4. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ENCARGADOS Y RESPONSABLES DE ARCHIVOS DE MUESTRAS DE REFERENCIA

Con respecto a la Legislación aplicable a los archivos de muestras de referencia es necesario poner de manifiesto que la Ley Orgánica 15/2003 de Reforma del Código Penal introduce en su Disposición Final Primera importantes modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que afectan a esta materia. Así, se añade un párrafo tercero al artículo 326 con el siguiente texto: «*Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282*». De esta forma, la recogida y custodia de los «vestigios o pruebas materiales» del delito (que en el texto primigenio del art. 326, dentro de la regulación del Sumario, se encomendaba al Juez Instructor) se delega con posterioridad a la reforma a la policía judicial, especialmente cuando se trata de huellas o vestigios biológicos. Con ello, se comprueba una evolución normativa en la materia para delegar en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado cada vez más funciones, y especialmente las referidas a la recogida, custodia y análisis de las pruebas para investigar el delito⁽⁷⁹⁾.

Sobre estos extremos, la LO 10/2007 sólo establece lo siguiente: «*las muestras o vestigios tomados respecto de los que deban realizarse análisis biológicos se remitirán a los laboratorios debidamente acreditados. Corresponderá a la autoridad judicial pronunciarse sobre la ulterior conservación de dichas muestras o vestigios*»⁽⁸⁰⁾. De esta

(79) FIGUEROA NAVARRO, C. y DEL AMO RODRÍGUEZ, A.: «La cadena de custodia de las pruebas y los protocolos de actuación de la Policía Científica», en *Policía Científica. 100 años al servicio de la Justicia*, Bilbao, 2011, p. 321.

(80) A su vez, la LOPD en referencia a los datos que «*hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual*»(art. 7.3) establece en su artículo 22. 3: «*La recogida y tratamiento por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de los datos, a que hacen referencia los apartados 2 y 3 del artículo 7, podrán realizarse exclusivamente en los supuestos en que sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta, sin perjuicio del control*

forma, ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal ni LO 10/2007 establecen qué medidas o exigencias mínimas deben adoptarse en la recogida y custodia de los elementos probatorios, con el fin de poder preservarlos y cumplir así con el mandato legal de garantizar su autenticidad e integridad⁽⁸¹⁾. Resulta significativo destacar que tampoco se determina el plazo de conservación de estas muestras⁽⁸²⁾. Se trata de una materia que resulta relevante no sólo desde el punto de vista de la protección de los datos personales sino también y, muy especialmente, por la necesidad de garantizar la cadena de custodia de los vestigios biológicos que tendrán la consideración de prueba de cargo durante el proceso judicial⁽⁸³⁾. Frente a esta insólita laguna legal, el archivo de los vestigios biológicos se realiza en las mismas instituciones que llevan a cabo los análisis y de acuerdo con sus normas internas o manuales de actuación⁽⁸⁴⁾.

En España hay en la actualidad seis instituciones que alimentan la base de datos de perfiles de ADN⁽⁸⁵⁾: la Comisaría General de Policía Científica del Cuerpo Nacional de Policía; el Servicio de Criminalística de la Guardia Civil; el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (Ministerio de Justicia); la Ertzaintza; los Mossos d'Esquadra; y la Policía Foral de Navarra⁽⁸⁶⁾. Esta multiplicidad de instituciones, como es lógico, dificulta la concreción de las características de estos archivos, por lo que sólo nos centraremos en analizar las diferencias fundamentales que pueden presentarse en relación a la responsabilidad de los encargados de los dos tipos de archivos: bases de datos de identificadores obtenidos a partir del ADN y registros de muestras de referencia.

En el caso de los archivos de muestras de referencia, por las características mismas del material que se registra, no puede tratarse de bases de datos completamente automatizadas. Las muestras de ADN suelen guardarse en forma de manchas secas, razón por la cual estos

de legalidad de la actuación administrativa o de la obligación de resolver las pretensiones formuladas en su caso por los interesados que corresponden a los órganos jurisdiccionales».

(81) FIGUEROA NAVARRO, C. y DEL AMO RODRÍGUEZ, A.: «La cadena de custodia de las pruebas...», ob. cit., p. 322.

(82) El artículo 22.4 de la LOPD establece una referencia general sobre este particular: «Los datos personales registrados con fines policiales se cancelarán cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento». Sobre la necesidad de que la ley establezca un plazo máximo de conservación de las muestras de referencia: ROMEO CASABONA, C.M. y ROMEO MALANDA, S.: *Los identificadores del ADN...*, ob. cit., p. 164.

(83) No existe una definición legal de «cadena de custodia» sino que se trata de un término que ha ido acunándose de acuerdo a las necesidades prácticas y a los esfuerzos doctrinales. De esta forma, puede sostenerse que cadena de custodia es «un procedimiento, oportunamente documentado, que permite constatar la identidad, integridad y autenticidad de los vestigios o indicios delictivos, desde que son encontrados hasta que se aportan al proceso como pruebas». Figueroa Navarro, C.: «El aseguramiento de las pruebas y la cadena de custodia», en *La Ley Penal*, n.º 84, julio 2011, <www.revistaslaley.es> (ult. vis. 15/03/2013). Al respecto, de la misma autora, también ver: «Cooperación policial e intercambio de perfiles de ADN», en *La Ley Penal*, n.º 54, noviembre 2008, <www.revistaslaley.es> (ult. vis. 15/03/2013).

(84) En relación a la preparación y remisión de las muestras que hayan de ser objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, ver la Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo.

(85) La LO 10/2007 dejaba abierta la posibilidad de que se incorporaran mediante convenio otros ficheros que no dependieran de la Guardia Civil o la Policía Científica como los archivos pertenecientes a Comunidades Autónomas con policía autonómica propia y que dispongan de sus propios ficheros de ADN. (Disposición Adicional Primera, apartado 2).

(86) Al respecto: PRIETO SOLLA, L. y SOLÍS ORTEGA, C.: «El laboratorio de ADN...», ob. cit., p. 220.

archivos serán manuales o semi-automatizados. La primera particularidad que presentan los datos incorporados a estos registros, por tanto, se refiere al soporte en el que son archivados y al hecho de que, más allá de los datos identificativos que deban incorporarse para el reconocimiento de las muestras, la principal información que contienen requiere de un análisis previo para su acceso. A pesar de esta circunstancia, y teniendo en cuenta el concepto amplio de «dato» que maneja la doctrina, creemos que es necesario afirmar que estos archivos contienen verdaderos «datos personales»⁽⁸⁷⁾, toda vez que a través de ellos es posible obtener información sobre personas identificadas o identificables⁽⁸⁸⁾.

En referencia a este tipo de archivos, la interpretación del término «apoderarse» cobrará, lógicamente, mayor sentido. Así, el encargado o responsable que pretenda «ceder» estos datos deberá apropiarse de los vestigios para su posterior traslación. En este sentido,

(87) Al respecto, resulta relevante el Informe emitido por la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid con ocasión de una consulta elevada por un Ayuntamiento de la Comunidad en relación a los datos biométricos y al tratamiento de la huella digital de los trabajadores como sistema de control horario. En relación al tema la Agencia sostuvo lo siguiente:

«Los datos biométricos pueden identificarse con rasgos fisiológicos o del comportamiento de una persona, principalmente aquellos que van a identificarla o van a verificar una identidad que ha sido demandada. La información obtenida por datos biométricos se encuadra en dos categorías: datos biométricos fisiológicos, que se entienden basados en datos derivados de la medida de una parte de la anatomía de una persona, son fundamentalmente, la huella dactilar, rostro, retina; y los datos biométricos del comportamiento que se basan en datos derivados de medidas de acciones realizadas por la persona, como son la voz, o la firma.

Los diversos sistemas biométricos, aún con sus particularidades, tienen en común, que el usuario somete una muestra, una imagen, o una grabación sin procesar de un elemento biométrico recogido por dispositivos tales como cámaras, scanner etc. para posteriormente proceder a su procesado extrayendo la información sobre las características propias y distintivas de la persona creando una plantilla.

Durante el proceso de la autenticación se comparan las plantillas, siendo el peligro más grave el que el sistema biométrico empareje de manera errónea una plantilla con la plantilla de referencia de distinta persona.

En consecuencia, la transformación del dato biométrico en una plantilla, generalmente a través de la creación de un código numérico, hace identificable a la persona, por lo que en definitiva en estos supuestos se está tratando un dato de carácter personal que implica la aplicación de la LOPD a ese tipo de tratamientos».

Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, n.º 14, de 21 de mayo de 2005. Disponible en: <<http://www.datospersonales.org/>> (ult. vis. 19/03/2013). Al respecto, ver: DEL CASTILLO VÁZQUEZ, I.C.: *Protección de datos: cuestiones constitucionales y administrativas. El derecho a saber y la obligación de callar*, Pamplona, 2007, p. 329. De esta forma, puede entenderse que como la huella dactilar es un dato biométrico del que puede obtenerse información para la identificación de una persona, también las muestras biológicas son datos biométricos de donde puede extraerse información de distinta naturaleza. Sobre este particular también resulta de interés la Memoria del año 2003 de la AEDP que analiza el supuesto de los datos genéticos como un caso particular de datos biométricos. (Disponible en <<http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/memorias/index-ides-idphp.php>>, ult. vis. 19/03/2013). Por otro lado, algunos autores se refieren a las muestras de referencia como «datos personales potenciales» en la medida en que del acceso y tratamiento a las mismas puede obtenerse información que vulnere la intimidad de la persona, entendiéndose que, en todo caso, los bancos de muestras biológicas deberían ser considerados como ficheros de datos personales, o al menos de «potenciales datos personales de la salud». JÁÑEZ RAMOS, F.M.; GÓMEZ-PALLETE, J.Z.; RAMOS SUÁREZ, F.; PUENTES SERRANO, N.; CARRASCO LINARES, J.; SÁNCHEZ-CRESPO LÓPEZ, A y MUÑIZ CASANOVA, N.: *La protección de datos personales en el ámbito sanitario*, Navarra, 2002, p. 56.

(88) «El elemento fundamental para determinar que se trata de un dato de carácter personal, es que la información, por sí misma o combinada, permita conocer datos de una persona concreta, bien por estar directamente identificada a través de algún dato, o bien porque puede llegar a ser identificada por otro medio». Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid: *protección de datos personales para Servicios Sanitarios Públicos*, Madrid, 2008, p. 513.

consideramos que podrá verificarse el apoderamiento incluso cuando el sujeto no llegue a conocer el contenido de la información y, por lo tanto, a comprender el significado de los datos⁽⁸⁹⁾. Creemos que la conducta de estos sujetos podrá ser subsumida perfectamente en el artículo 197.5, tal como sucedía en el caso de las bases automatizadas.

En referencia a la aplicación del tipo cualificado del artículo 197.6, la clasificación de esta información como «datos de salud» también adquirirá una dimensión especial. Así, si en las bases de datos de identificadores de ADN se archiva sólo información obtenida a partir del ADN no codificante, es decir, datos que permitan la identificación del sujeto, la situación puede diferir en el caso de las muestras de ADN. Es necesario tener en cuenta que el almacenamiento de las muestras de referencia se realiza en forma de manchas secas. Ello conduce a considerar que, si bien es cierto que a mediano y largo plazo la calidad del material podría verse afectado, con lo cual no sería posible la realización de análisis clínicos⁽⁹⁰⁾, no lo es menos que no puede descartarse de antemano la posibilidad de la realización de pruebas de ADN codificante⁽⁹¹⁾.

Mayores complicaciones encontraremos a la hora de decidir la posible subsunción de estas conductas en el delito de revelación del secreto profesional. Como se ha sostenido, el delito del artículo 199.2 requiere que el sujeto «conozca» los secretos de forma legítima y luego los dé a conocer de forma ilegítima⁽⁹²⁾. De esta manera, si el responsable del fichero o archivo se apodera de las muestras para cederlas, no llegará realmente a conocer la información. Por otro lado, si el sujeto procediera, previamente a la traslación, a averiguar la información a través de la realización de los correspondientes análisis, tampoco sería posible subsumir, en este caso, la conducta en el tipo, ya que este conocimiento no se habría adquirido por cauces lícitos.

5. CONCLUSIONES

No es posible negar la poca pericia con la que se ha conducido el legislador a la hora de regular la protección de los datos personales en el Código penal. En este sentido, resulta incuestionable la excesiva dificultad que presenta la interpretación de los tipos debido a la reiteración de verbos típicos, multiplicación de modalidades delictivas y, muy especialmente, a la acumulación de tipos cualificados que conducen a una exagerada concautación de agravantes. Esta realidad indica la necesidad de una revisión completa de la estructura de la regulación en esta materia, tarea que sólo puede ser llevada a cabo con éxito a partir de la calmada reflexión que no suele caracterizar a las reformas penales emprendidas en los últimos tiempos.

(89) Contra esta opinión: RUEDA MARTÍN, M.A.: *Protección penal...*, ob. cit., p. 78.

(90) LORENTE ACOSTA, M.; LORENTE ACOSTA, J.A. y VILLANUEVA CAÑADAS, E.: «Identificación humana y Medicina Legal: consideraciones éticas y jurídicas», en MARTÍNEZ JARRETA, M.B.: *La prueba del ADN en Medicina Legal*, Barcelona, 1999, p. 28.

(91) FERNÁNDEZ GARCÍA, E.: «*La elaboración de bases de datos de perfiles...*», ob. cit., p. 139.

(92) Al respecto, ROMEO CASABONA aclara que necesariamente el profesional debe «conocer» los secretos, lo cual no implica necesariamente la exigencia de su comprensión. ROMEO CASABONA, C.M.: *Los delitos de descubrimiento...*, ob. cit., p. 196.

A pesar de esta situación, creemos que el Código penal cuenta en la actualidad con armas suficientes como para dar una respuesta contundente al supuesto que se plantea en este trabajo: la responsabilidad de los encargados y responsables de bases de datos de perfiles de AND, creadas a partir de las disposiciones de la LO 10/2007, y archivos de muestras de referencia, frente a la posible cesión de los datos. En este sentido, consideramos que una adecuada interpretación de las previsiones del Código penal puede llevar a dar una solución —aunque no completamente satisfactoria, sí apropiada—, a estos casos.

La principal dificultad que se presenta a la hora de subsumir la conducta en el delito de agresión a los datos reservados es la configuración del delito contenido en el artículo 197.5 como un tipo cualificado, lo que lógicamente, obliga a corroborar la presencia de los elementos contenidos en el tipo básico del artículo 197.2. Con ello, será necesario que podamos sostener que el encargado o responsable accede, utiliza o se apodera de la información de forma ilícita. A pesar de ello, creemos que esta dificultad puede ser superada asumiendo una concepción del verbo «apoderarse» que lo vincule con la «apropiación» de los datos. De esta manera, siempre que de forma previa a la cesión se verifique la reproducción o copia de la información, podremos hablar de un «acceso lícito» y de un «apoderamiento ilegítimo». Finalmente, a estas figuras se sumarán los tipos cualificados previstos en los artículos 197.6 y 198. En este sentido, resulta especialmente criticable el «encadenamiento» de tipos cualificados que conduce a reducir al mínimo el margen de discrecionalidad que le corresponde al juez al aplicar la pena.

Por otro lado, el delito del artículo 198 podrá entrar en concurso de leyes con los delitos de revelación del secreto profesional del artículo 199.2 y de revelación de secretos de particulares por parte de funcionarios del artículo 417.2, ya que se trata de supuestos donde puede verificarse un acceso lícito a la información y una traslación a terceros realizada de forma ilegítima. A pesar de ello, consideramos que persistirá la necesidad de resolver estos casos a través de la aplicación del artículo 198, ya que este delito castiga una conducta más específica que los mencionados anteriormente.

Finalmente, es necesario poner de manifiesto la necesidad de una completa regulación sobre el almacenamiento de las muestras de referencia que especifique no sólo las exigencias mínimas sobre la forma en que debe llevarse a cabo el archivo, si no también y muy especialmente el plazo de mantenimiento de las mismas.

LA RESPUESTA ESPECÍFICA DEL ORDENAMIENTO PENITENCIARIO FRENTE AL CRIMEN ORGANIZADO

JAVIER NISTAL BURÓN

Jurista del Cuerpo Superior de Instituciones Penitenciarias

RESUMEN

La respuesta específica del ordenamiento penitenciario frente al crimen organizado

En el marco de una política de seguridad general, el sistema penitenciario debe de ser también uno de los instrumentos a disposición del Estado para hacer frente a las amenazas y riesgos para la seguridad provenientes, entre otros ámbitos delictivos, de la denominada delincuencia organizada. Esto requiere que el ordenamiento jurídico penitenciario pueda tener normas específicas para evitar que la potencial peligrosidad de los miembros de las organizaciones criminales, que están presos, pueda dar continuidad a sus actividades delictivas en los propios centros penitenciarios.

Palabras clave: Delincuencia organizada, normas específicas, normas excepcionales, seguridad pública, seguridad y control penitenciario, beneficios penitenciarios, forma de cumplir la pena, duración de la condena.

ABSTRACT

The specific answer of the penitentiary legal system to organized crime

In the framework of a general security policy, the Prison System must be one of the tools used by the State to tackle the threats and risks for security coming from organized crime, among other criminal fields. This requires the legal prison system to count with specific rules to prevent the potential danger posed by imprisoned members of criminal organizations, who can give continuity to their criminal activities from inside the prisons.

Keywords: Organized crime, specific rules, exceptional rules, public security, penitentiary control and security, penitentiary benefits, sentence execution ways, length of the sentence.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA ESPECIFICIDAD EN LO QUE SE REFIERE A LA DURACIÓN DE LA CONDENA IMPUESTA.
- III. LA ESPECIFICIDAD EN LO QUE SE REFIERE A LA FORMA DE CUMPLIR LA CONDENA.
 1. En cuanto a la clasificación penitenciaria.
 2. En cuanto al régimen de vida.
 3. En cuanto al destino a un determinado Centro Penitenciario.
 4. En cuanto al acceso a los beneficios penitenciarios.
 - 4.1. El 3.^{er} grado.

- 4.2. La libertad condicional y su adelantamiento.
- 4.3. El indulto.
- 4.4. La redención de penas por el trabajo y la «doctrina parot».

5. El tratamiento penitenciario.

IV. LA ESPECIFICIDAD EN LO QUE SE REFIERE A LA FISCALIZACIÓN Y CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DE LA CONDENA.

V. LA ESPECIFICIDAD EN LO QUE SE REFIERE A LA SEGURIDAD Y EL CONTROL.

1. La inclusión en FIES a los internos pertenecientes a organizaciones delictivas.

2. Medidas concretas de seguridad y control.

- 2.1. Separación interior.
- 2.2. Observación y control.
- 2.3. Normas de seguridad en los traslados.
- 2.4. El control de las comunicaciones y visitas.

VI. CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Cuando hacemos referencia al crimen organizado nos estamos refiriendo a una forma específica de criminalidad caracterizada por su alta peligrosidad y por su nocividad social. Este tipo de actividad delictiva implica la existencia de grupos estructurados, cuyos miembros viven del delito y que actúan de una forma planificada para la consecución de unos objetivos, que las más de las veces, están encaminados a lucrarse de la actividad delictiva. Son muy diversas las actividades que pueden ser categorizadas como crimen organizado, tales como: el tráfico de drogas, el tráfico ilícito de seres humanos, la trata de personas reducidas al estado de esclavitud laboral y/o sexual, el blanqueo de dinero, el tráfico de armas, las falsificaciones, el delito medioambiental, los delitos contra la propiedad intelectual y el patrimonio, e incluso algunos aspectos relacionados con el ciber-crimen. Unidas inseparablemente a la criminalidad organizada está la actividad económica ilícita, la corrupción política, las presiones ilegales, las falsedades, el soborno, el cohecho, la extorsión y la violencia.

La lucha contra este tipo de criminalidad que ha tenido un considerable aumento en España, especialmente la relacionada con organizaciones delictivas de ámbito internacional, se realiza desde distintos frentes, comenzando por toda una serie de medidas preventivas, conforme exige la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 y ratificada por España el 21 de febrero de 2002, con planteamientos de intervención estatal, perfeccionamiento de las estructuras institucionales y una política de inspección y persecución bien organizada; siguiendo por la creación, dentro de la organización poli-

cial, de especialistas en el descubrimiento y la persecución de esta delincuencia, con la dotación de nuevas tecnologías que permitan hallazgos nuevos acerca del desarrollo de la misma; hasta llegar a aquellas otras medidas de represión propias de la justicia penal, que requieren la constante adecuación legislativa, flexibilizando los tipos delictivos e incrementando la penalidad de los mismos, puesto que la delincuencia organizada es una de las modalidades criminales más dinámicas y ambiguas, pues abarca áreas delictivas muy diversas, como hemos visto, y traslada sus ingresos a sectores legales, «blanqueando» sus ganancias.

En este sentido, nuestro Código Penal en la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio, introduce en Capítulo VI con el denominación de «De las Organizaciones Criminales y grupos criminales» dentro del Título XXII (delitos contra el orden público), una nueva definición de organización criminal en el artículo 570 bis, a la que define como «la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas» y establece nuevos tipos delictivos dentro de este ámbito delictivo.

Punto crucial en la lucha eficaz con todo tipo de delincuencia, pero en especial la organizada, es contar con un sistema punitivo coherente entre lo que es el ámbito de la imposición de la pena y el cumplimiento de la misma —no se puede separar la pena de la manera de cumplirla, ni en la forma ni en la duración—. El Código penal establece el listado de las penas privativas de libertad, y señala su contenido; la regulación penitenciaria atiende a establecer la forma en la que ha de hacerse efectiva la privación de libertad, producto de la condena judicial —el régimen de vida de los internos— y la duración de la pena impuesta —el cumplimiento de la condena—.

Teniendo en cuenta que la peligrosidad y nocividad social que caracteriza la actuación de las organizaciones criminales no finaliza con la detención e ingreso en prisión de sus miembros, es preciso adoptar, en el ámbito penitenciario, medidas específicas con los internos pertenecientes o vinculados a este colectivo de criminalidad organizada, que afectan tanto a la forma de cumplir la condena como a la duración de la propia pena impuesta. Esta especificidad en la aplicación de la normativa penitenciaria con los presos pertenecientes a la delincuencia organizada será objeto de análisis en este trabajo.

II. LA ESPECIFICIDAD EN LO QUE SE REFIERE A LA DURACIÓN DE LA CONDENA IMPUESTA

La finalidad resocializadora atribuida a la pena privativa de libertad en el artículo 25.2 de la Constitución española (CE) determinó, tras la entrada en vigor de la Ley orgánica general penitenciaria (LOGP) en el año 1979, un nuevo sistema de ejecución penal que, como regla general, pretende dejar en un segundo plano el delito cometido y primar la idea de reinserción del sujeto autor del mismo. Esta orientación resocializadora requiere, entre otras actuaciones, establecer una limitación en la duración máxima de la pena de privativa de libertad para evitar que una persona pueda pasar tantos años en prisión que al salir en libertad pueda resultar ya irrecuperable socialmente.

Estas limitaciones están establecidas en nuestro Código Penal (CP), conforme al criterio general de que a un sólo hecho le corresponde la imposición de una sola pena y que en el supuesto de pluralidad de hechos, independientemente que cada uno merezca una pena individual, se establece una pena unitaria para todos ellos con un determinado límite —reglas del concurso real de delitos— donde el legislador ha diseñado un sistema de limitaciones temporales para la imposición de las diversas penas que hayan sido impuestas al mismo culpable.

A este respecto, el artículo 76 del CP, establece dos tipos de limitaciones: un límite relativo, por discutibles razones de política criminal, que es el triplo de la pena más grave y un límite absoluto, fundado en razones humanitarias y de proscripción de tratos o penas inhumanas o degradantes (art. 15 CE), que previene una duración máxima de la pena, pudiendo ser la ordinaria de 20 años, o la extraordinaria de 25 años; 30 y/o 40 años para los casos de delitos más graves.

En principio, sobre estos límites máximos referidos de cumplimiento efectivo de las penas previstos en el citado artículo 76 CP —20, 25, 30 y/o 40 años— se aplican los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional y no sobre la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, aplicando, con ello, el denominado principio de «acumulación jurídica»; siendo éste el régimen general de cumplimiento de las condenas en nuestro ordenamiento jurídico en los casos de concurso real de delitos.

En los casos de delitos especialmente graves, donde están catalogados los cometidos en el seno de organizaciones criminales, la duración del cumplimiento de la pena impuesta se puede elevar al límite máximo de cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad, es decir a los 40 años; lo que se consigue evitando, que los condenados por estos delitos —organización criminal— puedan disfrutar de los beneficios, que puedan suponer un acortamiento de la estancia en prisión, propios de un sistema que está orientado, como hemos apuntado, a la reeducación y reinserción —25.2 CE—.

Para evitar que los miembros de las organizaciones criminales puedan acortar su estancia en prisión, en el artículo 78 del CP, se ha previsto un sistema específico de cumplimiento de las penas privativas, en los términos siguientes:

Se contempla un supuesto excepcional, al establecer que los beneficios penitenciarios, el cómputo de tiempo para la libertad condicional, los permisos de salida y la clasificación en tercer grado podrán referirse a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, aplicando, por tanto, el principio de «acumulación material», cuando, a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado primero del artículo 76 CP, —20, 25, 30 y/o 40 años— la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas.

Esta posibilidad de aplicar los beneficios penitenciarios y otras medidas de acortamiento de la condena o de la estancia en prisión de la totalidad de las penas impuestas o del límite que conlleva la «acumulación jurídica» puede ser potestativa del Juez o Tribunal si se trata del límite absoluto ordinario (20 años)⁽¹⁾. Y debe aplicarse obligatoriamente de

(1) Se plantea en los casos en que esa decisión es potestativa la cuestión de qué criterios debe seguir el Juez o Tribunal sentenciador: si ha de tener en cuenta criterios de prevención general, atendiendo al hecho cometido, o criterios de prevención especial, atendiendo a la prognosis de futura conducta del penado.

la totalidad de las penas impuestas, si se trata de los límites penológicos absolutos extraordinarios del apartado primero del art. 76 CP, —25, 30, 40 años—.

Con esta medida introducida en el citado artículo 78 CP, en la reforma llevada a cabo por la LO 7/2003, el legislador pretende activar una respuesta penal más efectiva frente a los autores de crímenes muy graves que han cometido una pluralidad de delitos. Con esta regla, si no concurren los requisitos del apartado tercero del artículo 78 CP, el penado cumplirá, en la práctica, de manera íntegra y efectiva el límite máximo de condena (25, 30 ó 40 años de prisión).

Los requisitos que exige el apartado tercero del artículo 78 CP para que sea posible acordar la aplicación del régimen general de cumplimiento, son:

La existencia de un previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador y que sean oídos el Ministerio Fiscal, las Instituciones Penitenciarias y las demás partes. No obstante, en casos de delitos de delincuencia organizada, el régimen general de acumulación sólo será aplicable al 3.^{er} grado cuando quede por cumplir una 1/5 parte del límite máximo —a los 32 años sobre 40— y a la libertad condicional cuando reste una 1/8 parte del límite máximo —a los 35 años sobre 40—.

Los efectos que, produce la posibilidad de aplicar o no el régimen general de ejecución lo podemos comprobar con un ejemplo gráfico.

Un sujeto condenado a varias penas que suman un total de cuatrocientos años de prisión y cuyo límite concursal absoluto fuera el de 40 años [art. 76.1 c) CP].

Si se aplica el régimen particular del artículo 78 CP. Los beneficios penitenciarios y las medidas de acortamiento de la condena efectiva se aplicarían sobre la totalidad de la condena, por lo que el interno podrá obtener:

Los permisos de salida (1/4 totalidad de la condena) a los 100 años.

El tercer grado (1/2 totalidad de la condena) a los 200 años.

La libertad condicional (3/4 totalidad de la condena) a los 300 años.

La libertad definitiva (4/4/ totalidad de la condena 400 años) a los 40 años (límite absoluto).

Como se puede apreciar, la aplicación estricta del artículo 78 CP, llega a impedir, materialmente, el disfrute de cualquier beneficio penitenciario, ya que sus límites superan el tiempo máximo de estancia en prisión fijado por la ley —40 años—.

Si se aplica el régimen general. Los beneficios penitenciarios y las medidas de acortamiento de la condena efectiva se aplican sobre el límite absoluto (40 años), por lo que el interno podrá obtener:

Los permisos de salida (1/4 condena) a los 10 años.

El tercer grado: en los delitos de delincuencia organizada (4/5 condena) a los 32 años.

La libertad condicional: en los delitos de delincuencia organizada (7/8 condena) a los 35 años.

La libertad definitiva (4/4/ condena) a los 40 años.

La aplicación del régimen general permite el disfrute material de alguno de los beneficios penitenciarios y de las medidas de acortamiento de la condena efectiva, aunque después de un largo espacio de tiempo de permanencia en prisión.

Como podemos comprobar, con el artículo 78 CP, se potencian los efectos intimidatorios de la pena —prevención general negativa— y la confianza del derecho penal a los ojos de la sociedad —prevención general positiva—.

En definitiva, el ordenamiento jurídico español prevé un modelo de ejecución de la pena privativa de libertad más severo para los individuos que han cometido sus delitos en el seno de organizaciones criminales, el cual convive de manera paralela con el previsto para el resto de delincuentes. Mientras un modelo prioriza más la reeducación y reinserción social del delincuente, el otro destaca, en mayor medida, el efecto retributivo de la pena, sin que ello choque frontalmente con el fundamento resocializador a perseguir en la ejecución de la pena, según el artículo 25.2 CE, ya que las penas de prisión largas no tienen por qué tener efectos desocializadores, al no suponer su cumplimiento una merma en las actividades tratamentales.

III. LA ESPECIFICIDAD EN LO QUE SE REFIERE A LA FORMA DE CUMPLIR LA CONDENA

El modelo de cumplimiento de la pena privativa de libertad en nuestro sistema penitenciario tiene como objetivo principal el de la incorporación del delincuente al orden social por medio de la aplicación del tratamiento penitenciario, inspirado en técnicas propias de las ciencias de la conducta. Este escenario, creado por la ideología de la resocialización fue el eje del movimiento de la reforma penitenciaria en España, mediante la ley orgánica general penitenciaria 1/1979 de 26 de septiembre, lo que permitió introducir un sentido más humanitario en el cumplimiento de la pena, renunciando en parte a los contenidos retributivos de la misma, basados, hasta ese momento, en la idea de culpabilidad del autor y del castigo proporcionado a dicha culpabilidad.

El objetivo de la recuperación social del delincuente —art. 25.2 CE—, se lleva a cabo a través de un modelo penitenciario de ejecución denominado de —*individualización científica*⁽²⁾ basado en la diferenciación de distintos grados de tratamiento —1.º, 2.º y 3.º— a los que se accede mediante la correspondiente clasificación penitenciaria y, que se cumplen conforme a unos modelos diferentes de régimen de vida —cerrado, ordinario y abierto— en las distintas clases de Centros penitenciarios previstos en la normativa penitenciaria.

1. En cuanto a la clasificación penitenciaria

La clasificación de los penados constituye en nuestro ordenamiento penitenciario el presupuesto para llevar a efecto la propia ejecución de la pena, al tiempo que define el marco

(2) El sistema se llama individualizado, porque el cumplimiento de la condena se diseña de forma individual para cada interno a través de la clasificación penitenciaria y se llama científico, porque está basado en las ciencias de la conducta y aplicado por especialistas en las mismas: psicólogos, educadores, criminólogos, etc.

jurídico y regimental en el que ha de tener lugar el tratamiento resocializador que posibilita el fin principal de la pena⁽³⁾. Para orientar esta decisión clasificatoria no se establecen criterios materiales concretos, sino variables de muy genérica enunciación que dejan a la Administración Penitenciaria un amplio margen de valoración para determinar en cada caso y circunstancia el grado de clasificación que mejor se ajuste al penado.

Es el artículo 63 de la LOGP, el que enuncia, con carácter general, las variables que la clasificación debe tomar en cuenta para adoptar la resolución administrativa de la clasificación penitenciaria⁽⁴⁾. Se valora el tipo criminológico del interno, sus características psicológicas y su entorno familiar; se analiza también su entorno social y el medio en que desenvuelve su vida, a los efectos de determinar las posibilidades reales, que desde el punto de vista socioeconómico, tiene para normalizar su vida, aunque se introduce como variable la duración de la pena que ha de cumplir el interno, como elemento que ha de ser valorado conjuntamente con los restantes a la hora de hacer un juicio de ponderación adecuado.

A través de la clasificación penitenciaria se materializa la progresividad del régimen penitenciario, consistente en la fijación de diversas fases o regímenes de vida, de modo que cada una de ellos supone un acrecentamiento de la confianza en el interno, la mayor atribución de responsabilidades y un mayor grado de libertad (art. 65.2, 63, 65 y 72 LOGP).

Los grados de clasificación previstos en nuestro sistema penitenciario son tres: el 2.º grado, el 3.º grado y el 1.º grado.⁽⁵⁾

Serán clasificados en segundo grado los penados en quienes concurren unas circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia, pero sin capacidad de vivir, por el momento, en semilibertad (artículo 102.3 RP). La clasificación en tercer grado se aplicará a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad. Sólo en relación con la clasificación en primer grado la normativa penitenciaria establece criterios de decisión más precisos, debido al carácter de excepcionalidad que tiene en el diseño general de la normativa penitenciaria. Se supone que la Administración penitenciaria debe gozar de un grado de discrecionalidad más reducido con el objeto de que sus decisiones sean susceptibles de un control más riguroso que prevenga posibles abusos o arbitrariedades en el ejercicio de las potestades que tiene conferidas para configurar la ejecución de la pena.

Los criterios concretos de la clasificación en 1.º grado son: la peligrosidad extrema y/o la inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada. Pero, cómo se determina la peligrosidad extrema o la inadaptación. La respuesta la encontramos en el artículo 102.5 del RP.

(3) El artículo 63 LOGP, dispone «que para la individualización del tratamiento tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, destinándose al Establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se le haya señalado, y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquel.

(4) En concreto son: la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno; la duración de la pena y medidas penales; el medio al que probablemente retornará el penado y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.

(5) Habría un denominado 4.º grado, que sería la libertad condicional, aunque como tal aparece definido en el art. 72.1 de la LOGP, en realidad no es otra cosa que una forma de cumplir la condena, aunque en libertad completa.

Este precepto reglamentario considera, entre otras, como causas objetivas que determinan la peligrosidad o la inadaptación:

«La naturaleza de los delitos cometidos a lo largo de su historial delictivo, que denote una peligrosidad agresiva, violenta y antisocial...»

«La pertenencia a organizaciones delictivas o bandas armadas, mientras no muestren, en ambos casos signos inequívocos de haberse sustraído a la disciplina interna de dichas organizaciones o bandas...»

Como podemos comprobar, los penados pertenecientes a organizaciones criminales tienen perfecto encaje en los criterios de clasificación de 1.º grado, previstos en la normativa penitenciaria.

2. En cuanto al régimen de vida

La clasificación penitenciaria tiene una incidencia directa en el régimen de vida del interno, lo que se traduce en una mayor o menor limitación de sus derechos y de su esfera general de libertad. De este modo, el clasificado en 1.º grado se verá sometido a un régimen penitenciario de mayor rigurosidad, el que se halle en un 2.º grado a uno de una rigurosidad media y el que, finalmente, se encuentre en 3.º grado disfrutará de un régimen de semilibertad.

Esta correlación entre grado de clasificación y modalidad de régimen de vida, que se establece en el artículo 72.2 LOGP, como principio general ordenador de la actuación penitenciaria, da origen a determinados modalidades de vida en prisión con las siguientes equivalencias: la clasificación en 2.º grado conlleva un régimen de vida ordinario; la clasificación en 3.º grado un régimen de vida en semilibertad y la clasificación en 1.º grado un régimen de vida cerrado. A su vez, estos distintos regímenes de vida conllevan distintas modalidades de cumplimiento de la pena privativa de libertad.

En concreto, el régimen cerrado, se caracteriza por una limitación de las actividades en común de los internos y por un mayor control y vigilancia de los mismos. El estricto cumplimiento de las normas con horarios establecidos —que normalmente abarcan las veinticuatro horas del día— junto a continuos cacheos, requisas, recuentos, observación permanente de movimientos, control de las actividades, separación de los internos, restricción y prohibición de paquetes, son algunas de las notas más sobresalientes de este régimen de vida.

En resumen, este régimen de vida —soportado por los clasificados en primer grado— se asiste a un evidente incremento en la severidad de las condiciones de cumplimiento de la pena que determinados reclusos se ven obligados a soportar hasta que disminuyan o desaparezcan las razones que determinaron aplicación.

3. En cuanto al destino a un determinado Centro Penitenciario

El destino a uno u otro Centro penitenciario está condicionado también por el criterio de la clasificación penitenciaria, que como hemos visto, condiciona, a su vez la forma de

cumplir la condena. Los Centros de cumplimiento están clasificados en consonancia con el régimen de vida que se desarrolla en los mismos, como centros ordinarios —régimen de vida ordinario— centros abiertos —régimen de vida de semilibertad— y centros cerrado —régimen de vida cerrado—.

El nuevo concepto de centro penitenciario que introduce el Reglamento penitenciario, denominado «centro polivalente» ⁽⁶⁾ permite que en un mismo espacio físico, aunque con absoluta separación, puedan estar ubicados distintos departamentos de régimen de vida diferente. El destino a uno u otro Centro penitenciario en el caso de la delincuencia organizada obedece, además de al criterio de la clasificación en uno u otro grado, al criterio de la seguridad. En este sentido, la política penitenciaria específica para esta forma de criminalidad prefija el destino de cumplimiento en atención al grupo o nivel al que pertenezcan estos internos, en función de su potencialidad delictiva —nivel superior, nivel medio y/o nivel inferior—⁽⁷⁾.

Esta política de separación es un instrumento eficaz para conseguir el objetivo resocializador de los miembros de los grupos criminales, en tanto permiten romper la vinculación de estos últimos con aquéllos, facilitando un procedimiento de reflexión individual que permita al sujeto replantearse la necesidad del abandono de la actividad delictiva. Existen razones de elemental política criminal para evitar cualquier reagrupamiento de éste o de otros colectivos de delincuencia organizada, ya que ello robustece claramente la eficacia criminal de la organización delictiva. A ello se añaden algunos riesgos que podrían derivarse de la concentración en pocos centros penitenciarios de una población reclusa organizada, tales como: la posibilidad de que, aún estando en prisión, continúen formando parte del entramado criminal, desarrollando o participando en actividades delictivas tanto en el interior de los centros penitenciarios como en el exterior de los mismos, así como dificultando la actividad de la justicia en los procedimientos que se siguen contra ellos.

4. En cuanto a los beneficios penitenciarios

Los beneficios penitenciarios en nuestro sistema penitenciario de ejecución penal se vinculan directamente con la búsqueda de la reinserción del sujeto, por lo que las posibilidades de aplicación a los condenados como miembros de organizaciones delictivas, están limitados en el ordenamiento penitenciario, en los términos que tendremos oportunidad de comprobar. Nos inclinamos por acoger un concepto amplio de beneficio penitenciario, referido a todas aquellas medidas que supongan una reducción de la condena impuesta

(6) Artículo 12 del Reglamento Penitenciario. Establecimientos polivalentes. 1. Se entiende por establecimiento polivalente aquel que cumple los diversos fines previstos en los artículos 7 a 11 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. 2. En los establecimientos polivalentes se deberá cuidar de que cada uno de los departamentos, módulos o unidades que los integren tengan garantizados, en igualdad de condiciones, los servicios generales y las prestaciones adecuadas a los fines específicos a que vengan destinados y a los generales del sistema penitenciario, y, en especial, el de la separación entre penados y preventivos.

(7) La inclusión de los miembros de organizaciones delictivas en diferentes grupos o niveles determinará, además del destino a un determinado Centro penitenciario, que la actividad de control sobre los mismos sea más o menos intensa y continuada. Así, se establecerá un marco de seguimiento de perfil descendente desde el mayor control que exige el nivel superior al menor grado de éste cuando el interno se encuentre incluido en el nivel inferior.

en la sentencia firme o del tiempo efectivo del internamiento, no sólo al sentido estricto establecido por el artículo 202 del Reglamento Penitenciario, por lo que además de incluir como beneficio penitenciario el indulto particular y el adelantamiento de la libertad condicional del citado precepto reglamentario, haremos referencia también a la clasificación en 3.^{er} grado y al acceso a la libertad condicional.

4.1. El 3.^{er} grado

Aunque el tercer grado de tratamiento no es un beneficio penitenciario, sino una modalidad ordinaria de cumplimiento de condena, a la que deben ir destinados, bien inicialmente o cuando su evolución así lo permita, todos aquellos internos que presenten una capacidad de inserción social positiva. Lo tratamos dentro de este apartado, porque en definitiva supone un beneficio para el interno que le permite cumplir la condena en un régimen de semilibertad. El acceso a este régimen de vida —semilibertad— está condicionado a ciertas exigencias para los penados pertenecientes a organizaciones criminales.

En primer lugar, cuando la cuantía de la condena así lo exija legalmente —penas graves que son las superiores a cinco años—⁽⁸⁾ es preciso que se haya cumplido el periodo de seguridad, esto es la mitad de la pena impuesta. El «período de seguridad» fue introducido en nuestro ordenamiento jurídico por la reforma del Código Penal operada por la LO 7/2003, en el artículo 36.2 CP, que volvió a ser reformado por la LO 5/2010, de 22 de junio, que da una nueva regulación al citado precepto. De acuerdo con la nueva redacción, el período de seguridad se puede imponer de manera potestativa o imperativa por parte del órgano judicial, siempre en sentencia. Así, cuando la duración de la pena privativa de libertad impuesta sea superior a cinco años, el juez o tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta. En estos casos, el juez de vigilancia penitenciaria, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oyendo al Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las otras partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento⁽⁹⁾. No obstante, cuando se trate de los delitos cometidos dentro de una organización o grupo criminal no podrá

(8) Una de las exigencias de la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario es la relacionada con la duración de la pena y medidas penales en su caso. Este último es uno de los aspectos que más debate suscita. Hay autores que entienden que la gravedad y duración de la pena no deben ser tomados en consideración al efectuar la propuesta de clasificación de un interno, pues hacerlo supondría sobreponer las exigencias de prevención general a la finalidad constitucional de reeducación y reinserción social. No cabe duda que el legislador ha optado claramente por introducir la gravedad de la pena como elemento relativamente importante en el proceso valorativo que precede a la decisión de clasificación penitenciaria. Lo contrario hubiera sido negar la evidencia de que la pena de prisión tiene —debe tener un contenido aflictivo mínimo, acorde con una sana interpretación del principio de proporcionalidad de las penas—. Indudablemente, el dato de la extensión de la pena impuesta debe ser valorado conjuntamente con el resto de variables que confluyen en el proceso de clasificación y no goza de preeminencia sobre los restantes valores, pero ello no significa que pueda ser legítimamente ignorado.

(9) La aplicación del período de seguridad continúa haciendo referencia a «...la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años...» y, por tanto, parte de la pena individual no de la suma de las penas impuestas o a su acumulación conforme al artículo 76.1 del Código penal.

aplicarse el régimen general de cumplimiento, por lo que la clasificación en 3.^{er} grado de un condenado por algún delito de esta naturaleza no podrá efectuarse nunca hasta el cumplimiento de la mitad de la pena

En segundo lugar, también en el caso de los delitos cometidos dentro de una organización delictiva o grupo criminal, para acceder al 3.^{er} grado, se exige, además de haber satisfecho la responsabilidad civil, que los autores muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios delictivos, y además la colaboración activa con las autoridades para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo criminal, para atenuar los efectos de su delito, para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos cometidos, para obtener pruebas o para impedir la actuación o del desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que hayan colaborado. Estas circunstancias se podrán acreditar mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia, así como una petición expresa de perdón a las víctimas del delito. Además se acreditarán por los informes técnicos que expresen que el penado está realmente desvinculado de la organización terrorista, del entorno y de las actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean.

4.2. *La libertad condicional y su posible adelantamiento*

El Código Penal que regula la libertad condicional en sus artículos 90 y siguientes, considera ésta, como una alternativa a la pena de prisión, por cuanto evita que el recluso permanezca más tiempo en prisión, cuando por su evolución positiva ha dado muestras de estar capacitado para vivir al margen de la actividad delictiva, incluyendo la regulación de esta libertad condicional en el capítulo dedicado a las «Formas sustitutivas de ejecución de las penas privativas de libertad».

La concesión de la libertad condicional exige que el penado se encuentre en el tercer grado de tratamiento penitenciario, que haya extinguido las $\frac{3}{4}$ partes de la condena y que haya observado buena conducta y exista un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social. No se entenderá cumplida la circunstancia última si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 LOGP, en su nueva redacción dada por la LO 7/2003, de 30 de junio. También en el caso de los delitos cometidos dentro de una organización delictiva o grupo criminal, para acceder a la libertad condicional, se exige, además de haber satisfecho la responsabilidad civil, que sus autores muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios delictivos, y además la colaboración activa con las autoridades para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo criminal, en los mismos términos que para acceder al 3.^{er} grado.

Esta libertad condicional pueda ser adelantada, según el artículo 91 del Código Penal, a las $\frac{2}{3}$ partes de extinción de la condena, siempre que el penado reúna los requisitos generales y merezca dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales. La reforma operada por la Ley 7/2003, crea un nuevo adelantamiento de la libertad condicional cualificado consistente en que el Juez de Vigilancia pueda adelantar 90 días como máximo por cada año de cumplimiento efectivo en

prisión, una vez cumplida la mitad de la condena, si se acredita la realización continuada de tareas laborales culturales u ocupacionales y la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o de tratamiento o desintoxicación⁽¹⁰⁾.

La singularidad del ordenamiento penitenciario con la delincuencia organizada es que los miembros de la misma están excluidos de la concesión de estos adelantamientos.

4.3. *El indulto*

Dos son las vías a través de las cuales un recluso puede acceder al indulto, la directa u ordinaria, contenida en los artículos 19 y siguientes de la Ley del indulto de 18 de junio de 1870, y a través de su tramitación, como beneficio penitenciario⁽¹¹⁾. Este último es regulado por el Reglamento penitenciario, que en su artículo 206 recoge los requisitos que deben concurrir, de manera continuada durante al menos dos años y en un grado extraordinario: buena conducta, desempeño de una actividad laboral normal, útil para su preparación para la vida en libertad y participación en las actividades de reeducación y reinserción social. En estos casos, a propuesta del Equipo Técnico, la Junta de Tratamiento solicitará su tramitación al Juez de Vigilancia en la cuantía que las circunstancias aconsejen.

Dado el carácter excepcional de esta institución, que supone una salvedad al mandato del art. 117.3 CE se hace, en la práctica, un uso limitado de esta medida, limitación que deberá adquirir el carácter de excepcional cuando se trate de delitos cometidos en el seno de una organización delictiva.

4.4. *La redención de penas por el trabajo y la «doctrina parot»*

Aunque la redención de penas por el trabajo fue suprimida por el CP del 95, todavía son muchos los internos que se ven favorecidos por este beneficio; todos aquellos condenados conforme al Código penal derogado y a los que no se les haya aplicado el CP del 95 por entenderse más beneficioso (Disposición Transitoria 2.ª CP 95), entre ellos, los miembros de grupos criminales.

La redención ordinaria de penas por el trabajo se proclamaba con carácter objetivo y general, con un módulo fijo de medida de un día por cada dos de trabajo. Es decir, el disfrute de la redención de penas por el trabajo no estaba condicionado a una concesión facultativa de la Administración penitenciaria, o del Juez de vigilancia, ni dependía de la concurrencia de otro requisito distinto al de encontrarse cumpliendo pena de prisión, únicamente podía ser denegado en los dos supuestos de exclusión previstos en el art. 100 CP 1973 —intento de fuga, reiterado mal comportamiento—⁽¹²⁾.

(10) Lo que recuerda, por sus efectos, a la extinta redención de penas extraordinaria.

(11) Cuya rúbrica, tras su aprobación por el Consejo de Ministros, corresponde al Rey, según lo establecido por el art. 62 i) CE.

(12) pero aún en estos supuestos, según la doctrina del TC, no podía ser revocada la redención obtenida hasta entonces ya que no se trata de un «beneficio condicional» STC 174/1989, de 30 de octubre, FJ 5.

En definitiva, que la redención de penas por el trabajo se situaba como criterio de obligado acatamiento, como parámetro ineludible que predeterminaba la forma de cálculo de los días que se cumplen a efectos jurídicos definitivos, lo que significaba que el *quantum* del límite máximo de condena —treinta años en el CP de 1973— quedaba convertido *ope legis*, de no concurrir determinadas incidencias en la ejecución, como mal comportamiento o intento de fuga, en veinte años de cumplimiento efectivo.

El Tribunal Supremo, en su sentencia 197/2006, de 28 de febrero, estimando un recurso de un terrorista de ETA, ante un Auto de la Audiencia Nacional de 26 de abril de 2005, sobre el cómputo y la acumulación de las condenas impuestas, considera que el límite de 30 años previsto para la acumulación de condenas no constituye una nueva pena, distinta de las sucesivamente impuestas al reo, ni otra resultante de las anteriores, sino que representa el máximo de cumplimiento del penado. Por ello, en caso de acumulación, los beneficios penitenciarios no se computarán sobre ese máximo: el sujeto deberá cumplir las penas que se le impusieron en los distintos procesos de forma sucesiva, computándose los beneficios penitenciarios respecto de cada una de ellas individualmente, con un máximo de ejecución de treinta años.

Esta interpretación supone una sustancial modificación de la doctrina mantenida hasta el momento por el Tribunal, que defendía que de las reglas de acumulación de condenas surgía una pena nueva, resultante y autónoma, sobre la cual debían referirse los beneficios penitenciarios tales como los permisos de salida, la libertad condicional y la redención de penas por el trabajo⁽¹³⁾. Acude el Tribunal Supremo a un principio interpretativo derivado de la política criminal para fundamentar que el autor de las diversas infracciones cometidas debe cumplir todas o la mayor parte de las penas impuestas, sin que pueda igualarse, concediéndosele el mismo trato punitivo, al autor de un solo delito que al seriado criminal que tiene un amplio historial delictivo.

En conclusión, la diferencia en la práctica es considerable, de tal forma que si antes de la «*doctrina parot*» una condena de cientos de años, por mor de la acumulación jurídica quedaba reducida a 30, de los que el penado acababa cumpliendo unos 20 años de estancia efectiva en prisión. En esos mismos casos con la «*doctrina parot*», el penado tiene que cumplir 30 años efectivos de condena en prisión antes de obtener la libertad.

5. En cuanto al tratamiento penitenciario

En el ordenamiento penitenciario la propuesta programática del fin resocializador de la pena —art. 25.2 CE— se realiza mediante un método de actuación sobre el reo basado en la aplicación de un tratamiento penitenciario individualizado y dinámico, que se inspira en técnicas de observación, análisis e intervención propias de las ciencias de la conducta. De esta forma, la pena privativa de libertad se concibe como tratamiento, esto es como actividad directamente encaminada a la reeducación y reinserción social mediante la utilización de métodos científicos adecuados. Se transforma así la ejecución de la pena en vehículo para la consecución de los distintos fines que motivaron su imposición.

(13) SSTS de 8 de marzo de 1994, de 15 de septiembre de 1995 y de 14 de octubre de 1995.

De acuerdo con el artículo 59 LOGP, el tratamiento penitenciario es el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados. Estas actividades asignadas a los internos se distribuyen en dos niveles según las necesidades que presentan los internos sean prioritarias o no lo sean. Las actividades prioritarias son aquellas que están directamente relacionadas con la etiología delictiva del sujeto encaminadas a subsanar las carencias más importantes que presenta el mismo y en las que, o bien se interviene sobre aquellos factores directamente relacionados con su actividad delictiva (drogodependencia, agresiones sexuales, actos violentos, etc.) o bien, sobre aquellas carencias formativas básicas (analfabetismo, formación laboral, etc.) que de alguna manera, están influyendo de una forma notoria en la posibilidad de su integración social⁽¹⁴⁾.

En el caso de los presos pertenecientes a organizaciones delictivas la resocialización debe buscarse en el abandono de la actividad delictiva. Sin duda, la exigencia de que los autores de estos hechos delictivos abandonen los fines y medios de la organización criminal se puede entender como un signo inequívoco de reinserción social y de respeto a la norma penal.

No obstante, es preciso advertir que es un fenómeno normal y, por otro lado congruente con este tipo de delincuencia, la falta de participación de sus miembros en cualquier tipo de tratamiento penitenciario, dado que por su subcultura delincencial adoptan un rechazo absoluto hacia los valores de la sociedad en la que viven. Aún así, teniendo en cuenta que el fin resocializador de la ejecución de las penas es un mandato irrenunciable para el Estado que, de esta forma, se ve obligado a promover los medios necesarios para cumplir la función primordial reeducadora y correctora del delincuente y no lesionar sus derechos individuales, con la finalidad de garantizar que las continuas tendencias institucionales hacia las medidas de orden y seguridad no limiten el campo necesario para la preparación de la vida en libertad de estos internos, la normativa penitenciaria prevé también el diseño de modelos de intervención y programas de tratamiento para este tipo de internos pertenecientes a organizaciones criminales, que de forma realista abunden en la ejecución de actividades educativas, recreativas, culturales, ocupacionales, deportivas o de formación compatibles con las necesidades de seguridad intrínsecas a este tipo de internos⁽¹⁵⁾.

IV. LA ESPECIFICIDAD EN LO QUE SE REFIERE A LA FISCALIZACIÓN Y CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DE LA CONDENA

La LOGP, instauró, como pieza fundamental del sistema español de ejecución de penas privativas de libertad, la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria con atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que

(14) Las actividades no prioritarias serían aquellas que no están directamente relacionadas con la etiología delictiva del sujeto ni con sus carencias básicas, pero que se complementan con las demás para promover su desarrollo integral (deporte, cultura, formación de hábitos saludables de ocio y tiempo libre, etc.).

(15) La reforma introducida en el Reglamento penitenciario por el Real Decreto 419/2011, expresamente establece la exigencia de que en los centros con módulos o departamentos de régimen cerrado se diseñará un programa de intervención específico que garantice la atención personalizada a los internos, que se encuentren en dicho régimen, por equipos técnicos, especializados y estables.

aquella pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario pudieran producirse.

Este control jurisdiccional de la actividad penitenciaria tiene dos objetivos: salvaguardar los derechos fundamentales de los internos no afectados por el contenido del fallo condenatorio, por el sentido de la pena, ni por la ley penitenciaria —art. 25.2 y 53.2 CE—, y controlar la legalidad de la actividad penitenciaria, y el sometimiento de la misma a sus fines legales —art. 106.1 CE. El control jurisdiccional de la actividad penitenciaria sirve como soporte de las funciones comúnmente denominadas de vigilancia⁽¹⁶⁾.

El control jurisdiccional de la actividad penitenciaria en los términos que hemos referido, se realiza en el caso de los miembros de las organizaciones criminales presos, por un Juez de Vigilancia específico, que es el Juez de Vigilancia Central, que se crea por la Ley Orgánica 5/2003, de 27 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, y la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial.

Esta Ley crea el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, que tendrá ámbito nacional, con el fin de conseguir una unificación de criterios en el marco del control de las penas en el ámbito de los delitos competencia de la Audiencia Nacional. Ello supone que las competencias que la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria atribuía a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria sobre todos los internos, independientemente del órgano judicial que hubiera instruido o enjuiciado sus causas, pasan a depender de este Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria en las causas que sea competente la Audiencia Nacional. En todo caso, la competencia de estos Juzgados será preferente y excluyente cuando el penado cumpla también otras condenas que no hubiesen sido impuestas por la Audiencia Nacional.

Así pues, los internos afectados por esta reforma, entre los que se encuentran los internos pertenecientes a organizaciones delictivas, deberán plantear sus peticiones, quejas y recursos ante el citado Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria. Asimismo, las «*daciones de cuenta*» que la Administración Penitenciaria debe realizar por imperativo legal ante la jurisdicción de vigilancia, serán dirigidas al Juzgado Central de Vigilancia en los temas que la reforma le asigna.

V. LA ESPECIFICIDAD EN LO QUE SE REFIERE A LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y CONTROL

La presencia en los centros penitenciarios de un contingente significativo de miembros de organizaciones criminales, cuya capacidad delictiva se ve amplificada mediante la

(16) Ahora bien, pese a ser desarrollado por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, órganos jurisdiccionales incardinados en el orden penal —art. 94.1 LOPJ—, el control jurisdiccional de la actividad penitenciaria no dimana de la potestad jurisdiccional prevista en el art. 117.3 CE (potestad jurisdiccional propia), sino de las funciones para salvaguarda de derechos previstas en el art. 117.4 CE «*los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho*».

organización en la que se integran, exige que la Administración penitenciaria se dote de instrumentos que impidan que estos reclusos mantengan espacios de impunidad que les permitan mantener su cooperación, integración o afinidad con las organizaciones de referencia. Uno de estos instrumentos es el denominado «Fichero de Internos de Especial Seguimiento» (FIES) que permite que la Administración penitenciaria pueda establecer perfiles de internos que requieran un mayor control, posibilitando un seguimiento individualizado y específico sobre los mismos por parte de los responsables de la seguridad en el centro penitenciario.

1. La inclusión en un fichero administrativo de los internos pertenecientes a organizaciones delictivas

El Fichero de Internos de Especial Seguimiento es una base de datos que fue creada, por la necesidad de disponer de una amplia información sobre determinados grupos de internos de alta peligrosidad —en atención a la gravedad de su historial delictivo o a su trayectoria penitenciaria— o bien, necesitados de protección especial⁽¹⁷⁾. Tiene carácter administrativo y los datos que almacena están referidos a la situación penal, procesal y penitenciaria. Es, por tanto, una prolongación del expediente/protocolo personal penitenciario, que garantiza y asegura una rápida localización de cualquier dato sin que, en ningún caso, prejuzgue la clasificación de los internos, vede su derecho al tratamiento, ni suponga la fijación de un sistema de vida distinto de aquel que reglamentariamente les venga determinado. La reciente reforma del Reglamento Penitenciario, operada por Real Decreto 419/2011, de 25 de marzo, introdujo en su artículo 6 un nuevo apartado, que faculta a la Administración a crear estos ficheros, cerrando de esta forma la polémica jurídica que esta base de datos había generado ante la falta de una regulación normativa que le diera cobertura⁽¹⁸⁾.

La existencia de internos pertenecientes a organizaciones delictivas o grupos criminales conlleva algunos riesgos, que pueden llegar a ser graves para el sistema penitenciario, tales como la realización de labores de captación o proselitismo, en el interior de los establecimientos penitenciarios, dirigidas a conseguir nuevos miembros para su estructura —pudiendo llegar esta labor a la captación de los mismos profesionales de la Institución—; la posibilidad de enfrentamientos y ajustes de cuentas entre internos pertenecientes a la misma o a diferentes organizaciones; la planificación de intentos de evasión, con la ayuda de apoyos internos o externos; la ampliación y traslado de su actividad delictiva al interior de los centros; la utilización del potencial económico y medios inherentes a este tipo de organizaciones, tanto para captar y manipular a otros internos, como para intentar corromper y comprar voluntades del personal que desarrolla su actividad profesional en el ámbito penitenciario etc.

(17) La base de datos incluye distintos grupos, que, en atención a los delitos cometidos, repercusión social de los mismos, pertenencia a bandas organizadas y criminales, peligrosidad u otros factores, aconsejan un seguimiento administrativo, estructurándose de la siguiente manera: FIES-1 (CD). FIES-2 (DO). FIES-3 (BA). FIES-4 (FS). FIES-5 (CE)

(18) Hasta esa fecha la regulación del fichero de internos de especial seguimiento se realizaba por una Circular interna de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

Estos riesgos conforman un perfil de los internos que se conforman dentro del fichero de internos de especial seguimiento (FIES), con la denominación de FIES-2 DO (delincuencia organizada), donde se incluyen internos ingresados en relación con delitos cometidos en el seno de organizaciones o grupos criminales conforme a los conceptos fijados en el Código Penal en sus artículos 570 bis y 570 ter, tanto si se trata de delitos independientes relacionados con la participación en los mismos, cuanto si en la tipificación de las infracciones se ha previsto específicamente un subtipo agravado por pertenencia a organización, así como internos de alto potencial de peligrosidad ingresados por su vinculación con asociaciones ilícitas.

2. Medidas concretas de seguridad y control

Las normas de intervención con los internos incluidos en este Fichero, se concretan en mayores medidas de precaución o estrategias preventivas que no comportan por sí mismas restricción de derechos, sino la aplicación de los principios de separación, observación y control, seguridad en sus salidas del Centro y control de sus comunicaciones para garantizar la seguridad y ordenada convivencia, conforme a las características criminológicas de estos internos. En todo caso, las mencionadas medidas de seguridad se regirán por los principios de necesidad y proporcionalidad y se adoptarán con el debido respeto a la dignidad y a los derechos fundamentales, en los términos establecidos en la normativa penitenciaria.

2.1. Separación interior

Los miembros pertenecientes a organizaciones delictivas o grupos criminales, serán destinados a módulos o departamentos que cuenten con medidas de seguridad adecuadas, donde pueda controlarse la relación o contacto con internos que forman parte de su misma organización, de otras organizaciones y grupos delictivos o de grupos de internos inadaptados. Es preciso impedir a las organizaciones criminales conservar su control sobre sus activistas presos.

2.2. Observación y control

Asimismo, con estos internos deberá mantenerse una permanente observación y control sobre los mismos, durante todas y cada una de las actividades que desarrollen, en particular: las relaciones con los Funcionarios y resto de profesionales del Centro, las relaciones con otros internos, el rol desempeñado y capacidad de liderazgo en los grupos organizados o espontáneos que se crean en los Centros, las relaciones y posible vinculación con otros grupos del Centro y el control sobre el movimiento de sus cuentas de peculio, indagando el origen de aportaciones cuando resulten llamativas, así como las extracciones para otros internos, ex-internos o personas vinculadas con estos.

También es preciso que sobre estos internos se desarrolle un control más riguroso y una especial observación cuando se trate de salidas fuera del Departamento que ocupan habitualmente para celebrar comunicaciones, asistir a consultas a enfermería o cualquiera otra situación que conlleve el abandono de la dependencia.

2.3. *Normas de seguridad en los traslados*

Quando los internos pertenecientes a organizaciones criminales deban ser trasladados, por razones judiciales, regimentales, sanitarias, de tratamiento, u otras, se adoptarán cuantas cautelas sean necesarias para evitar una posible evasión. Para ello se dará la información necesaria a la fuerza conductora para que adecue los medios y formas de llevar a cabo la conducción de salida a las características del interno conducido.

2.4. *El control de las comunicaciones y visitas*

Los principios informadores del derecho de los internos a mantener contactos con el mundo exterior vienen reflejados en la propia normativa penitenciaria, en concreto, en el artículo 41 del RP, que bajo la rúbrica «Reglas generales», sienta una serie de principios informadores, tanto de las comunicaciones como de las visitas que podemos resumir en los siguientes: El derecho de todos los internos a mantener comunicaciones y visitas, independientemente de su situación procesal y penitenciaria, salvo los sometidos a incomunicación judicial —medida que sólo puede adoptar la autoridad judicial—; la necesidad de mantener dichas comunicaciones con la periodicidad, que está determinada reglamentariamente, según la situación penitenciaria del interno; la posibilidad de mantener estos contactos con una relación de personas cuya determinación queda bastante abierta en la regulación normativa y la posibilidad de que estas comunicaciones se sometan a ciertas restricciones en cuanto a controles por parte de la Administración penitenciaria, por razones de seguridad, del interés del tratamiento y del buen orden del Establecimiento.

Por lo que se refiere a los miembros de las organizaciones criminales, las especificidades en esta materia vienen establecidas en lo relativo a la posible injerencia de la Administración penitenciaria en el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones de estos internos, porque aunque los internos en un Centro Penitenciario siguen siendo titulares del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), la Ley Orgánica General Penitenciaria y su Reglamento determinan los límites de su ejercicio en atención a las peculiaridades de la relación penitenciaria, pudiendo ser intervenidas sus comunicaciones, básicamente, por dos razones fundamentales:

Razones de tipo penal.

Razones de tipo regimental.

Las primeras —razones penales— son de naturaleza procesal, es decir tienen como finalidad la de averiguar la perpetración de infracciones punibles, están relacionadas con las investigaciones de actos delictivos. Esta intervención, que en todo caso se ajustaría a lo preceptuado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) y no a la Ley Penitenciaria, no se notifica al interno, pues ello frustraría la finalidad perseguida por la medida, puesto que se trata en estos casos de investigar actos delictivos. Es indudable, que esta intervención únicamente sería eficaz en la medida que la misma resulte desconocida para el interesado o interesados respecto de los que se adopta. Su regulación, la encontramos

en el art. 579 y siguientes de la LECrim de acuerdo con la redacción de la LO 4/1988, de 25 mayo⁽¹⁹⁾.

Las segundas —razones regimentales— tienen naturaleza penitenciaria y su finalidad es la de garantizar la seguridad, el interés del tratamiento y el buen orden del establecimiento. La limitación de estas comunicaciones se ajustará a lo preceptuado en la Ley General Penitenciaria y su Reglamento. Estas intervenciones, a diferencia de las anteriores, se notifican al interno, pues tienen únicamente finalidad regimental.⁽²⁰⁾

Las causas para la intervención penitenciaria de las comunicaciones de los internos pertenecientes a organizaciones delictivas o grupos criminales son, normalmente, razones de seguridad⁽²¹⁾. Estas intervenciones ha dado lugar a una amplia doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional, quien a lo largo de múltiples sentencias⁽²²⁾ ha venido perfilando los requisitos que ha de cumplir la intervención de las mismas, especialmente las orales, doctrina que ha sido recogida, en buena parte, en el Reglamento penitenciario de 1996, pudiendo señalarse como rasgos más significativos de esta doctrina jurisprudencial los siguientes:

La decisión deberá ser adoptada por el Director. El RP aprobado por RD 190/1996 restablece este principio —arts. 43 y 46.5.º—⁽²³⁾.

La decisión administrativa deberá ser motivada, en cuanto concurren y perduren las razones que justifican su adopción, lo que constituye el único medio para constatar que la ya tan drásticamente limitada esfera jurídica del interno no se restringe o menoscaba de forma innecesaria, inadecuada o excesiva⁽²⁴⁾.

La decisión administrativa debe ser individualizada, sin que resulte factible la invocación de criterios genéricos, tales como la inclusión en el FIES, o la clasificación del penado en el primer grado⁽²⁵⁾.

(19) «Artículo 579 LECrim. 1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. 2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. 3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos».

(20) STC 200/1997, de 24 de noviembre.

(21) Artículo 51.1 LOGP.

(22) Entre otras, las SSTC 183/1994, de 20 de junio, 127/1996, de 9 de julio, 170/1996, de 29 de octubre, 128/1997, de 14 de julio, 175/1997, de 27 de octubre, 200/1997, de 24 de noviembre, 58/1998, de 16 de marzo, 141/1999, de 22 de julio, y 188/1999, de 25 de octubre.

(23) El RP derogado encomendaba la decisión de intervención de las comunicaciones escritas a la Junta de Régimen y Administración —art. 98.4.º—, con evidente vulneración del principio de jerarquía normativa.

(24) Las causas están tasadas en el apartado 2 del art. 51.1 LOGP (razones de seguridad, de interés de tratamiento, y del buen orden del establecimiento).

(25) STC 170/1996, de 29 de octubre (FJ 5.º).

Es necesario preestablecer un límite temporal a la medida de intervención⁽²⁶⁾. El TC ha venido exigiendo que al adoptarse la medida de intervención de las comunicaciones se determine el periodo temporal de su vigencia, aunque para ello no sea estrictamente necesario fijar una fecha concreta de finalización, sino que ésta puede hacerse depender de la desaparición de la condición o circunstancia concreta que justifica la intervención⁽²⁷⁾.

El acuerdo de intervención deberá ser también notificado al interno, como exigen los artículos 43 y 46.5.ª del RP, pero además con expresión del recurso que cabe contra el mismo, que será la queja ante el Juez de vigilancia penitenciaria (JVP), conforme al art. 58.1 y 2 de la Ley de Régimen jurídico y Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), en relación con el art. 76.2.g) LOGP.

Finalmente, procederá la dación de cuenta o puesta en conocimiento a la Autoridad Judicial competente, que deberá ser inmediata⁽²⁸⁾. La normativa reglamentaria —arts. 43.1 y 46.5.º— diferencia artificiosamente como Autoridad Judicial destinataria de esta dación de cuenta al JVP tratándose de penados, y a la Autoridad Judicial de la que dependa, tratándose de preventivos.

Son, precisamente, estas limitaciones las que mayor problemática jurídica han planteado en la práctica, especialmente, cuando el comunicante es el Abogado defensor o el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales, dada la especial trascendencia que para la defensa del inculcado tienen estas relaciones profesionales.

Este derecho a la defensa y su especial tutela cuando el defendido se encuentra en prisión, es lo que ha determinado la exigencia de una norma específica como la establecida en el artículo 51.2 LOGP, que al hablar de abogados defensores o expresamente llamados en asuntos penales, presume que la comunicación personal en locutorio entre preso y abogado tiene relación directa con la defensa del interno, aunque la comunicación pueda versar sobre temas ajenos a la defensa jurídica del interno, porque ese es un riesgo que queda insito en la propia naturaleza del derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE, dado que este derecho tiene un carácter formal en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido (STC 114/1984).

A los efectos de la intervención de las comunicaciones de los reclusos con sus abogados es preciso diferenciar las que tienen el carácter de orales y las que son, simplemente, escritas. La inviolabilidad de estas comunicaciones es presupuesto básico de la efectividad del derecho a la asistencia letrada y del más amplio derecho de defensa, que ha de garantizarse al imputado desde que el proceso comienza hasta su finalización, en todas y cada una de las fases por las que dicho proceso atraviesa. Se trata de comunicaciones que, por razón de su especial naturaleza, precisan ser protegidas frente a toda injerencia

(26) SSTC 170/1996, 128/1997 y 175/1997.

(27) La decisión de intervención puede, pues, en determinadas circunstancias sustituir la fijación de la fecha por la especificación de esa circunstancia, cuya desaparición pondría de manifiesto que la medida habría dejado de ser necesaria SSTC 200/1997 y 54/1999.

(28) SSTC 170/1996 y 54/1999.

que impida su celebración, especialmente, cuando el sujeto pasivo del proceso se halla privado de libertad⁽²⁹⁾.

En cuanto a las comunicaciones orales. El contenido difuso del artículo 51 de LOGP ha generado un debate jurídico que sigue vivo a pesar de los años transcurridos desde la entrada en vigor de la LOGP —treinta años— y a pesar también de los expresos pronunciamientos del TC a este respecto. La polémica jurídica se deriva de la redacción del apartado 5 del citado artículo que establece que: *«las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del Establecimiento dando cuenta a la Autoridad judicial competente»*.

Con esta redacción parecía que el referido precepto se refería a todas las comunicaciones, incluidas las de los abogados, que se regulan en el apartado 2 en los siguientes términos: *«las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo»*.

Hasta el año 1994, la práctica penitenciaria posibilitaba que la competencia interventora de las comunicaciones entre recluso y abogado defensor en los casos de terrorismo recayera en el Director del Establecimiento, entendiendo que la interpretación lógica de este apartado n.º 2 en relación lo dispuesto en el n.º 5 de ambos del artículo 51 LOGP, conducía a la conclusión de que las comunicaciones de los internos de que trata el número 2 sólo podían ser suspendidas por orden de la autoridad judicial con carácter general, si bien en los supuestos de terrorismo, además, podría acordar la suspensión el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente, lo que se había avalado en STC 73/1983, de 30 de julio.

La situación se vio sustancialmente modificada en STC 183/194, de 20 de junio, que concluyó la imposibilidad constitucional de interpretar el artículo 51.2 LOGP en el sentido de considerar alternativas las dos condiciones de «orden de la autoridad judicial» y «supuestos de terrorismo», que en el mismo se contienen, derivando de ello la ilegitimidad constitucional de una intervención administrativa. Dichas condiciones habilitantes deberían por el contrario considerarse acumulativas y, en su consecuencia, se concluyó que el artículo 51.2 LOGP autoriza únicamente a la autoridad judicial para suspender o intervenir, de manera motivada y proporcionada, las comunicaciones del interno con su Abogado defensor sin que autorice en ningún caso a la Administración Penitenciaria para interferir esas comunicaciones. Esta doctrina se reiteró en STC 97/1994, de 4 de julio, y se extendió a las comunicaciones escritas en STC 58/1998, de 16 de marzo, como veremos más adelante.

En la actualidad, estas exigencias del TC aparecen contempladas en el artículo 48.3 del RP, conforme al cual *«las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales, así como con los Procuradores que los representen, no podrán ser suspendidas o intervenidas, en ningún*

(29) LÓPEZ YAGÜES, Verónica «La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor» En Editorial Tirant lo Blanch. 1.ª edición (2003).

caso, por decisión administrativa. La suspensión o intervención de estas comunicaciones solo podrá realizarse previa orden expresa de la autoridad judicial».

Esta redacción es idéntica a la del artículo 51.2 de LOGP, con la única excepción que elimina el inciso final «y en los supuestos de terrorismo». Con esta modificación se pretende que la autoridad judicial pueda suspender o intervenir las comunicaciones de los Letrados en cualquier caso, sin tener que ceñirse, como así lo impone la LOGP, a los casos de terrorismo.

Sin embargo, es evidente que esta diferencia que contiene el precepto reglamentario —art. 48.3 RP— puede infringir el principio de jerarquía normativa al introducir vía reglamentaria algo distinto a lo que dispone la propia Ley penitenciaria, porque decretar la intervención de las comunicaciones con el abogado defensor ante cualquier tipo de delito, tal y como hace el RP con la supresión en el art. 48.3 RP de la expresión «en casos de terrorismo» supone que o bien sobraría la referencia que la LOGP hace a estos casos de terrorismo, cuando precisamente esta referencia tiene su justificación legal en el mandato constitucional del artículo 55.2 de la CE⁽³⁰⁾, o bien en los delitos de terrorismo podría bastar con una mera orden administrativa, como así entendió originariamente el TC en su sentencia STC 73/1983, de 30 de julio, que después cambió en las referidas SSTC 183/1994 de 20 de junio, 97/1994, de 4 de julio y 58/1998, de 16 de marzo, sin que después haya habido otras sentencias contradictorias con esta doctrina⁽³¹⁾.

En definitiva, que mientras que el contenido del artículo 51.2 de LOGP, no se modifique, la injerencia estatal en la esfera del secreto de las comunicaciones de los internos con sus abogados defensores sólo pueda darse por orden judicial y en casos de terrorismo, lo que supone que lo dispuesto en el artículo 48.3 del RP, no es de aplicación. El artículo 51.2 de la LOGP, vendría a consagrar una excepción que está justificada en el terrorismo y esa excepción no puede contagiarse al resto del sistema. No puede quedar a la discrecionalidad del Juzgado o Tribunal de turno decidir qué delitos, por graves que sean, pueden merecer una injerencia semejante, ni con el aval de orden judicial, ni sin él. Sencillamente, no es posible desbordar ese ámbito de excepcionalidad trazado, por motivos constitucionales, en una Ley orgánica específica que, además, trata de ser congruente con el mandato constitucional del artículo 55.2 CE.

En cuanto a las comunicaciones escritas. El artículo 51.2 de la LOGP no distingue entre las comunicaciones orales y las escritas por lo que todo lo dicho respecto de las primeras sería aplicable a las segundas. Sin embargo, algunos Jueces de Vigilancia Penitenciaria venían entendiendo que el régimen «hiperprotegido» de las comunicaciones con los Abogados defensores no debía afectar a las comunicaciones escritas, porque si no se lee la carta, nunca se puede saber si el remitente es quien la escribe o a quien se dirige es el verdadero receptor.

(30) Artículo 55.2 de la CE 2. Una Ley Orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

(31) *Vid.* HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, Antonio: Confidencialidad y Derecho de Defensa. En OTROSI, n.º 1, enero de 2010 5.ª época. Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

El artículo 46.6 del RP resuelve esta cuestión concediendo a estas comunicaciones igual régimen que a las orales, anticipándose a la jurisprudencia constitucional,⁽³²⁾ estableciendo que las comunicaciones escritas entre los internos y su Abogado defensor o Procurador sólo podrán ser intervenidas por orden de la autoridad judicial. No obstante, el citado artículo 46.6 RP, introduce una excepción: cuando los internos tengan intervenidas las comunicaciones ordinarias y se dirijan por escrito a alguna persona manifestando que es su Abogado defensor o Procurador, dicha correspondencia se podrá intervenir, salvo cuando haya constancia expresa en el expediente del interno de que dicha persona es su Abogado o Procurador, así como de la dirección del mismo. En estos casos la constancia de ser defensor debe aparecer en el expediente penitenciario del interno, o al Director del centro. Esta última referencia, impone al Director la obligación de preguntar al órgano judicial si el Abogado remitente es el defensor o al Colegio de Abogados si les consta haber expedido volantes como defensor o expresamente llamado.

No obstante, este segundo párrafo del art. 46.6 RP, es criticable, pues como precisa el FJ 6.º de la STC 58/1998, «que dicha acreditación es posible lo demuestra, cuando la comunicación parte del preso y tiene por destinatario a su Abogado, la fácil constatación de dicha relación profesional y la propia garantía constitucional de la inviolabilidad de correspondencia». Existen medios de comunicación ágiles con los órganos judiciales —teléfono, fax— que posibilitan contrastar a la Administración, al margen de constancias obrantes en el expediente, la existencia de la relación profesional aducida.

A modo de síntesis podemos decir que el artículo 51 LOGP distingue entre las comunicaciones, que podemos calificar de generales, entre el interno con determinada clase de personas (art. 51.1) y las comunicaciones específicas, que aquél tenga con su Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales (art. 51.2). La primera clase de comunicaciones viene sometida al régimen general del art. 51.5, que autoriza al Director del Centro a suspenderlas o intervenirlas «por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento», según precisa el art. 51.1, mientras que las segundas son sometidas al régimen especial del art. 51.2, cuya justificación es necesario encontrar en las exigencias y necesidades de la instrucción penal, a las cuales es totalmente ajena la Administración Penitenciaria, que no tiene posibilidad alguna de ponderar circunstancias procesales que, en cualquier caso, se producen al margen del ámbito penitenciario.

Sobre el artículo 51.2 LOGP, que es el más polémico, la interpretación del Tribunal Constitucional, ha establecido que los requisitos de la autorización judicial y de tratarse de delitos de terrorismo son necesariamente acumulativos, concurrentes, no alternativos. El Alto Tribunal con su doctrina viene a reforzar el derecho de defensa, interpretando el art. 51.2 LOGP del modo más favorable para quien se encuentra en prisión, al considerar que la intervención de las comunicaciones de los internos con

(32) La sentencia del Tribunal Constitucional 58/98 de 16 de marzo, estima el amparo solicitado por un preso de la cárcel del Puerto II, al que se le intervienen las comunicaciones escritas con sus abogados por que entiende el Centro Penitenciario que el régimen hiperprotegido del artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria se refiere sólo a las orales. El Tribunal Constitucional zanja la polémica estableciendo que dicho régimen también incluye a las comunicaciones escritas en aras del respeto al derecho de defensa (artículo 24.2 de la Constitución) y del secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 de la Constitución).

sus abogados defensores tienen un tratamiento más riguroso y limitado que el general del art. 579 de la LECrim.

En resumen, sólo en casos de terrorismo se puede suspender el derecho de los internos en los centros penitenciarios a la comunicación confidencial con sus abogados defensores, en la medida en que la orden de intervención está amparada en una ley orgánica —art. 51.2 LOGP— de lo contrario se afectaría directamente al derecho a la libertad y a la igualdad, porque quien está en prisión debe gozar del derecho de defensa igual que quien está en libertad, sin que su confinamiento se convierta en un medio privilegiado de investigación contra él a costa, precisamente, de su defensa. Y esto ha de ser así, aunque la comunicación pueda versar sobre temas ajenos a la defensa jurídica del interno, porque ese es un riesgo que forma parte de la propia naturaleza del derecho al secreto de las comunicaciones en el art. 18.3 CE, dado su carácter formal en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido.

VI. CONCLUSIONES

La especificidad en la aplicación del derecho penitenciario para determinados delincuentes pertenecientes a organizaciones criminales, se manifiesta en dos sentidos:

El primero, en la limitación considerable de las posibilidades de acceso a los beneficios penitenciarios, lo que conlleva, necesariamente, la confirmación de una condena de mayor severidad para esta forma de criminalidad, que responde a consideraciones retributivas del objetivo la pena. Esta limitación tiene su justificación en el hecho de evitar que los beneficios penitenciarios se conviertan en meros instrumentos al servicio de los más peligrosos delincuentes para lograr un fin bien distinto al que se pretende con ellos.

El segundo, teniendo en cuenta que la capacidad para delinquir de los miembros pertenecientes a organizaciones delictivas no se detiene en los muros de la prisión, tampoco los esfuerzos de la Institución penitenciaria pueden cesar por el hecho de que sus protagonistas estén confinados en un centro penitenciario. De esta forma, para cumplir la función que la Institución penitenciaria tiene encomendada de lograr la retención y custodia y una convivencia ordenada, las medidas de seguridad y control se intensificarán en función del riesgo atribuido a estos internos

De esta forma, podemos concluir diciendo, que las especificidades en la aplicación del derecho penitenciario para los miembros de las organizaciones criminales no deban considerarse, en ningún caso, una excepcionalidad en la aplicación de esta normativa, antes al contrario, están en plena sintonía con nuestro modelo de ejecución penal, que se rige por el denominado principio de «*individualización científica*», lo que significa que el cumplimiento de la pena se adecua en su forma y duración a las circunstancias particulares del condenado, en este caso a las circunstancias de los condenados por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales que, aun estando en prisión, pueden continuar formando parte del entramado criminal, desarrollando o participando en actividades delictivas, tanto en el interior de los centros penitenciarios como en el exterior de los mismos, así como dificultando la actividad de la justicia en los procedimientos que se siguen contra ellos.

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, María: «Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas», en: Faraldo Cabana, Patricia (dir.)/ BRANDÁRIZ GARCÍA, José Ángel/PUENTE ALBA, Luz María (coords.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 341-380.
- FARALDO CABANA, Patricia: «Medidas *premiales* durante la ejecución de condenas por terrorismo y delincuencia organizada: consolidación de un subsistema penitenciario de excepción» en: CANCIO MELIÁ, Manuel/GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Ed. Edisofer, Madrid, 2006, vol. I, pp. 757-798.
- LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena: «En torno a las últimas reformas penitenciarias. Con especial atención al tratamiento de conductas delictivas e terrorismo», en: VV.AA., *Derechos, libertades y razón de Estado (1996-2005)*, Ed. Lete argitaletxea, Pamplona-Iruña, 2005, pp. 47-87.
- LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen: «¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?», *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 1 (2003), pp. 1-20.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: «Acumulación de penas, individualización científica y aplicación de beneficios penitenciarios (con una referencia especial al ‘caso Parot’)», *La Ley Penal*, núm. 29 (2006), pp. 72-90.
- RENART GARCÍA, Felipe: *La Libertad condicional: nuevo régimen jurídico*, Ed. Edisofer, Madrid, 2003.
- TAMARIT SUMALLA, Josep-María: «La introducción de la reparación del daño en la ejecución», en: GARCÍA ALBERO, Ramón/TAMARIT SUMALLA, Josep-María: *La reforma de la ejecución penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 114-127.

Revista de

Derecho Penal

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

Página

A

Abuso sexual:

Con prevalimiento:

STS 47/2013, de 29 de enero 124

Acoso sexual:

En el trabajo:

SAP Madrid 162/2013, de 24 de mayo 326

Acusación particular:

STS 287/2013, de 3 de abril 261

Acusación popular:

STS 149/2013, de 26 de febrero 171

Administración desleal:

STS 162/2013, de 21 de febrero 166

Agenda telefónica:

STS 115/2013, de 9 de mayo 107

Agresión sexual:

SAP Barcelona 735/2013, de 14 de junio 330

Apropiación indebida:

STS 295/2013, de 1 de marzo 186

STS 294/2013, de 4 de abril 263

STS 378/2013, de 12 de abril 267

STS 384/2013, de 30 de abril 300

SAP Madrid 447/2013, de 27 de mayo 327

Asesinato:

STS 240/2013, de 19 de marzo 209

	Página
<i>Alevosía:</i>	
SAP Barcelona 416/2013, de 30 de mayo	328
<i>Tentativa:</i>	
SAP Madrid 181/2013, de 15 de abril	316
B	
Blanqueo de capitales:	
STS 279/2013, de 6 de marzo	194
C	
Concurso de delitos:	
STS 398/2013, de 26 de abril	292
Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas:	
SAP Cuenca 10/2013, de 29 de enero	312
SAP Las Palmas 88/2013, de 3 de mayo	318
Conformidad:	
STS 56/2013, de 29 de enero	143
STS 124/2013, de 19 de febrero	160
Cuestión prejudicial:	
STS 104/2013, de 19 de febrero	161
D	
Delito contra la salud pública:	
SAP Madrid 52/2013, de 16 de mayo	324
Delito de homicidio:	
<i>Tentativa:</i>	
SAP Madrid 642/2013, de 16 de mayo	320
Delito de injurias:	
SAP Granada 270/2013, de 26 de abril	317
Delito electoral:	
STS 353/2013, de 19 de abril	284

	<u>Página</u>
Delito provocado:	
STS 204/2013, de 14 de marzo	195
Delitos societarios:	
STS 91/2013, de 1 de febrero	146
SAP Madrid 447/2013, de 27 de mayo	327
Derecho de defensa:	
STC 75/2013, de 8 de abril	101
Deslealtad profesional:	
STS 307/2012, de 4 de marzo	189

E

Efectos judiciales:	
<i>Destrucción:</i>	
STS 457/2013, de 30 de abril	304
Entrada y registro:	
STS 264/2013, de 20 de marzo	212
Estafa:	
STS 112/2013, de 11 de febrero	152
STS 161/2013, de 20 de febrero	163
SAP Madrid 78/2013, de 2 de julio	331
<i>Con medios informáticos:</i>	
SAP Burgos 239/2013, de 15 de mayo	319

F

Falsedad:	
<i>Documental:</i>	
STS 331/2013, de 25 de abril	290
<i>En documento mercantil:</i>	
STS 280/2013, de 2 de abril	256
SAP Madrid 78/2013, de 2 de julio	331

I

Imparcialidad del juzgador:

STS 226/2013, de 15 de marzo 202

Injurias:

SAP Granada 270/2013, de 26 de abril 317

Intervenciones telefónicas:

STS 291/2013, de 14 de marzo 197

STS 301/2013, de 18 de abril 282

J

Juicio oral:

STS 70/2013, de 21 de enero 118

Suspensión:

STS 315/2013, de 26 de marzo 242

L

Lesiones:

SAP Barcelona 148/2013, de 3 de abril 313

SAP Barcelona 735/2013, de 14 de junio 330

SAP Madrid 407/2013, de 27 de junio 330

Imprudentes:

STS 360/2013, de 1 de abril 249

Libertad vigilada:

STS 347/2013, de 9 de abril 266

M

Malos tratos:

De obra:

STS 261/2013, de 27 de marzo 244

SAP Barcelona 148/2013, de 3 de abril 313

O

Obligación de declarar:

Dispensa:

STS 304/2013, de 26 de abril 295

Obligaciones familiares:

Incumplimiento:

SAP Ciudad Real 27/2013, de 29 de enero 311

P

Pornografía infantil:

SAP Madrid 239/2013, de 17 de mayo 325

Prescripción:

De la pena:

STC 75/2013, de 8 de abril 101

Prevaricación:

Administrativa:

SAP Ávila 113/2013, de 14 de junio 329

Principio acusatorio:

STS 90/2012, de 23 de enero de 2013 122
 STS 58/2013, de 31 de enero 144
 STS 116/2013, de 21 de febrero 169
 STS 380/2013, de 26 de abril 296

Procedimiento abreviado:

STS 164/2013, de 6 de febrero 150

Profanación de cadáveres:

STS 62/2013, de 29 de enero 126

Prueba:

Proposición:

STS 345/2013, de 24 de abril 288

R

Recurso de casación:

Para unificación de doctrina:

STS 167/2013, de 28 de febrero	184
--------------------------------------	-----

Refundición de condenas:

STS 402/2013, de 13 de mayo	307
-----------------------------------	-----

Registro de ordenadores:

STS 342/2013, de 17 de abril	278
------------------------------------	-----

Reincidencia:

STS 4/2013, de 22 de enero	120
STS 313/2013, de 23 de abril	286

Responsabilidad civil:

STS 215/2013, de 5 de marzo	192
STS 224/2013, de 19 de marzo	205
STS 365/2013, de 20 de marzo	214
SAP Madrid 42/2013, de 8 de abril	315

Subsidiaria:

STS 15/2013, de 16 de enero	115
STS 213/2013, de 14 de marzo	199

Retroactividad de la ley más favorable:

STS 290/2013, de 16 de abril	273
------------------------------------	-----

S

Sentencia:

Absolutoria:

STS 56/2013, de 29 de enero	143
-----------------------------------	-----

Silencio:

Del acusado:

STS 230/2013, de 27 de febrero	182
--------------------------------------	-----

T

Tenencia ilícita de armas:

SAP Madrid 181/2013, de 15 de abril	316
SAP Barcelona 416/2013, de 30 de mayo	328

	<u>Página</u>
Tentativa:	
STS 110/2013, de 12 de febrero	154
<i>Desistimiento:</i>	
STS 240/2013, de 19 de marzo	209
Testigos:	
<i>Testigo protegido:</i>	
STC 75/2013, de 8 de abril	101
<i>Incomparecencia:</i>	
STS 315/2013, de 26 de marzo	242
Tráfico de drogas:	
STS 110/2013, de 12 de febrero	154
STS 279/2013, de 6 de marzo	194
Tribunal del Jurado:	
STS 25/2013, de 16 de enero	114
STS 299/2013, de 27 de febrero	174
STS 267/2013, de 22 de marzo	239
<i>Veredicto:</i>	
STS 302/2013, de 27 de marzo	246
Tutela judicial efectiva:	
STS 386/2013, de 6 de mayo	306

U

Usurpación de funciones:	
SAP Ávila 113/2013, de 14 de junio	329

V

Vejaciones:	
STS 261/2013, de 27 de marzo	244
SAP Badajoz 4/2013, de 29 de enero	311
Violencia de género:	
STS 47/2013, de 29 de enero	124

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia 75/2013 del TC, de 8 de abril

Ponente: **Doña Adela Asua Batarrita**

Resumen: **Testigo protegido y derecho de defensa**

Recurso de Amparo: **n.º 1771/2011**

Artículos: **24 CE; 2 y 4 de la Ley 19/1994, de 23 de diciembre, protección a testigos y peritos en causas criminales**

Con amplia cita de la jurisprudencia del TEDH, se analiza la figura del testigo protegido y los requisitos a que debe estar sometida su actuación, no observados en la causa al haberse basado la condena únicamente en un testimonio anónimo cuya fiabilidad no tuvieron oportunidad de contrastar los acusados.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

3. Estamos ya en disposición de abordar los motivos de amparo que constituyen el núcleo central de la demanda, atinente, como se ha anticipado, a la figura del testigo protegido y a los requisitos que debe revestir su utilización en el proceso penal para asegurar el derecho del acusado a un proceso equitativo y para erigirse en prueba de cargo susceptible de enervar la presunción de inocencia. Como paso previo de nuestro análisis, será procedente recordar los hechos en que los demandantes apoyan su pretensión impugnatoria. Tal como se ha expuesto con mayor detalle en los antecedentes de hecho, el Juzgado Central de Instrucción estableció la condición de testigos protegidos a dos personas que después declararon en el juicio oral, asignándoles los números de identificación 50.874 y 50.875. Con posterioridad, ya en acto de la vista oral, ante el temor a represalias manifestado por el primero de los testigos citados —sobre cuya declaración se proyectan las dudas desde las garantías constitucionales— la Sala acordó, por

una parte, que su identidad únicamente se proporcionara a los Letrados defensores, pero no a los acusados, y, de otra, que dicho testigo declarara de manera oculta tanto para los Letrados como para los acusados, y que su voz fuera distorsionada para evitar su reconocimiento.

Importa destacar además, a los efectos de delimitar el objeto de nuestro análisis, que la queja formulada por los demandantes de amparo no pone en cuestión la corrección intrínseca de la decisión de asignar tales medidas de protección a los testigos, sino que se circunscribe al hecho de que con el alcance de la protección otorgada al testigo con núm. 50.874 se ha imposibilitado el ejercicio de la defensa. Concretamente, denuncian que el anonimato del testigo ha impedido evaluar la fiabilidad de su testimonio, al desconocer si pudieran concurrir relaciones personales, u otras circunstancias, que revelarían la posible existencia de animadversión o enemistad hacia ellos, o si, en definitiva, existieran razones para dudar de la veracidad de lo declarado. El Ministerio Fiscal

apoya tal pretensión, por considerar que la fórmula adoptada por el órgano judicial para contrarrestar las limitaciones en el ejercicio de la defensa, consistente en proporcionar los datos personales del testigo únicamente a los letrados defensores, resulta insuficiente a tal fin.

En el acervo doctrinal de este Tribunal, la figura del testigo protegido ha sido objeto de análisis únicamente en la STC 64/1994, de 28 de febrero, cuyas conclusiones fueron después recogidas por los AATC 270/1994, de 17 de octubre, y 522/2005, de 20 de diciembre. En dicha Sentencia nos ocupamos de un supuesto de testigo «oculto» —esto es, testigo de cargo que presta su declaración sin ser visto por el acusado—, ponderando su compatibilidad con las garantías de contradicción y de ejercicio real de la defensa en el proceso, derivadas del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Acogiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —sobre la que a continuación habremos de referirnos más detenidamente—, manifestamos entonces que en los casos en que «el testimonio no pueda calificarse de anónimo sino, en todo caso, de «oculto» (entendiendo por tal aquél que se presta sin ser visto por el acusado), pero, en los que la posibilidad de contradicción y el conocimiento de la identidad de los testigos —tanto para la defensa como para el Juez o Tribunal llamado a decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado— resulten respetados, han de entenderse cumplidas las exigencias derivadas del art. 6.3 d) del Convenio y, en consecuencia, también las garantías que consagra el art. 24.2 de nuestra Constitución» (FJ 3). Junto a ello, advertimos además, con carácter de obiter dictum, que con arreglo al Tribunal de Estrasburgo debe considerarse contrario al citado precepto del Convenio «la condena de un acusado sobre la base de testimonios anónimos, entendiéndose por tales las declaraciones de personas cuya identidad es desconocida por el Tribunal, por la defensa, o por ambos, pues ello conduce a una restricción de los derechos de defensa al imposibilitar la contradicción ante el órgano judicial encargado de decidir sobre la inocencia o culpabilidad» (FJ 3).

4. Tal como el mismo órgano judicial pone de relieve en la resolución impugnada, la protección dispensada al testigo núm. 50.874, sobre cuyo

testimonio se proyecta la controversia planteada, contiene elementos tanto de la figura del testigo oculto —como se desprende del acta del juicio oral, declaró sin ser visto por los recurrentes y con la voz distorsionada— como del testigo anónimo, en la medida en que su identidad únicamente fue revelada a los letrados defensores, pero no a los acusados, debiendo aquéllos guardar reserva al respecto. Debemos, en consecuencia, profundizar en los requisitos necesarios para cohonestar la protección de testigos con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) del acusado en el proceso penal, fijando nuestra atención en la legitimidad y límites de la figura del testigo anónimo.

A este respecto, hemos de partir de que, si bien el derecho a un proceso con todas las garantías exige, como regla general, que los medios de prueba se practiquen en el seno del juicio oral con plenitud de garantías de publicidad, oralidad, contradicción e inmediación (por todas, SSTC 31/1981, de 28 de julio, FJ 3; 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2; 134/2010, de 3 de diciembre, FJ 3, o 174/2011, de 7 de noviembre, FJ 3), la necesidad de ponderar el citado derecho fundamental con otros intereses y derechos dignos de protección permite modular los términos de esa regla e introducir determinados supuestos de excepción, siempre que se hallen debidamente justificados en atención a esos fines legítimos y, en todo caso, que permitan el debido ejercicio de la defensa contradictoria por parte de quien se encuentra sometido al enjuiciamiento penal. Como recuerda la STC 174/2011, de 7 de noviembre, «dichas modulaciones y excepciones atienden a la presencia en juego de otros principios e intereses constitucionalmente relevantes que pueden concurrir con los del acusado. En tales casos excepcionales es posible modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido incriminatorio de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado» (FJ 3).

Así, hemos venido admitiendo, desde la STC 80/1986, de 17 de junio, la posibilidad de integrar en la valoración probatoria el resultado de diligencias sumariales de investigación, tales como, en particular, declaraciones testimoniales, mientras, entre otros requisitos, al acusado se le haya dado la posibilidad de someter tal testimonio a contra-

dicción (entre otras, SSTC 345/2006, de 11 de diciembre, FJ 3 y 68/2010, de 18 de octubre, FJ 5). En línea semejante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona por sí misma los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del art. 6 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar el testimonio de cargo e interrogar a su autor bien cuando se presta, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski c. Holanda, § 41; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros c. Holanda, § 51 y 19 de julio de 2012, caso Hümmer c. Alemania, § 38); advirtiendo en todo caso que «los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma decisiva en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario» (SSTEDH de 27 de febrero de 2001, caso Lucà c. Italia, § 40; 15 de diciembre de 2011, caso Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido, § 118; y 19 de febrero de 2013, caso Gani c. España, § 38).

En un ámbito más cercano a la órbita de problemas que presenta el supuesto actual, hemos considerado legítimo igualmente excepcionar la citada regla general ante testigos que presenten especiales necesidades de protección debido a su minoría de edad, especialmente cuando han podido ser víctimas de un delito violento o contra su indemnidad sexual; casos en los que a la finalidad de asegurar el desarrollo del proceso penal se añadiría la necesidad de velar por los intereses del menor. En este sentido, acogiendo una consolidada jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (entre otras, SSTEDH de 20 de diciembre de 2001, caso P.S. c. Alemania; 2 de julio de 2002, caso S.N. c. Suecia; o de 28 de septiembre de 2010, caso A.S. c. Finlandia), manifestamos en la STC 174/2011, de 7 de noviembre, que en tales casos «la causa legítima que justifica la pretensión de impedir, limitar o modular su presencia en el

juicio oral para someterse al interrogatorio personal de la acusación y la defensa, tiene que ver tanto con la naturaleza del delito investigado (que puede reclamar una mayor garantía de su intimidad) como con la necesidad de preservar su estabilidad emocional y normal desarrollo personal» (FJ 3), que podría verse gravemente alterada con la inserción del menor en entorno de un procedimiento penal y, en particular, con el sometimiento al debate contradictorio entre las partes inherente a la dinámica del juicio oral. En tales supuestos, las manifestaciones verbales de los menores podrían llegar a erigirse en prueba de cargo decisiva para fundar la condena, si bien únicamente cuando se hubiera dado al acusado la posibilidad «de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, a cuyo fin los órganos judiciales están obligados, simultáneamente, a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral» (FJ 3), y que pasarían por ofrecer «una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual», y por «tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior» (STC 174/2011, citando el caso A.S. c. Finlandia, § 56).

5. Semejantes presupuestos son los que habrán de presidir la ponderación entre las necesidades de protección de determinados testigos y las garantías inherentes a un proceso equitativo. En el seno del proceso penal, la colaboración con la Administración de justicia desempeñada por testigos y peritos puede en ocasiones verse menoscabada por la amenaza de represalias para su vida, integridad física o libertad, por lo que resulta indispensable introducir diversas medidas legales de protección, tanto en fases anteriores y posteriores del juicio oral como incluso en el marco de su desarrollo, que permitan al órgano judicial, tras un ponderación de los intereses en conflicto, aplicar las que resulten procedentes en cada caso (en sentido similar, SSTEDH de 26 de marzo de 1996, caso Doorson c. Holanda, § 70; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros c. Holanda, § 53; 14 de febrero de 2002, caso Visser c. Holanda, § 53 y de 6 de diciembre de 2012, caso

Pesukic c. Suiza, § 45). A esa finalidad responde la promulgación de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, que en su exposición de motivos, recogiendo la necesidad de cohonestar tal protección con las garantías de defensa tantas veces reiterada por el Tribunal de Estrasburgo, manifiesta el afán de mantener «el necesario equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de derechos fundamentales inherentes a los testigos y peritos y a sus familiares».

Con relación al anonimato del testigo, como uno de tales instrumentos de protección, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que el uso de declaraciones efectuadas por testigos anónimos para fundamentar una condena penal no siempre ha de entenderse contrario al Convenio, pero no debe soslayarse el hecho de que ante una acusación fundada en testimonios anónimos la defensa se ve enfrentada a dificultades que no deberían aceptarse en el procedimiento penal (SSTEDH de 26 de marzo de 1996, caso Doorson c. Holanda, § 69; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros c. Holanda, § 52 y de 28 de marzo de 2002, caso Birutis y otros c. Lituania, § 29). A este respecto, sostiene el Tribunal europeo que el derecho del acusado a tener una oportunidad efectiva de someter a contradicción las pruebas que se dirigen contra él requiere «que el acusado deba conocer la identidad de quien le acusa de modo que pueda cuestionar su fiabilidad y credibilidad» (SSTEDH de 15 de diciembre de 2011, caso Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido, § 127 y de 19 de julio de 2012, caso Hümmel c. Alemania, § 38). En ello radica, en efecto, el déficit de defensa inherente al testigo anónimo, puesto que «si la defensa desconoce la identidad de la persona a la que intenta interrogar, puede verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, hostil o indigna de crédito. Un testimonio, o cualquier otra declaración contra un inculpado, pueden muy bien ser falsos o deberse a un mero error; y la defensa difícilmente podrá demostrarlo si no tiene la información que le permita fiscalizar la credibilidad del autor o ponerla en duda. Los peligros inherentes a tal situación son evidentes» (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski c. Holanda, § 42 y de 27 de septiembre de 1990, caso Windisch c. Austria, § 28).

Por tal razón, para que la declaración de un testigo anónimo pueda ser incorporada al acervo probatorio se requiere que los déficits de defensa a que se ve enfrentado el acusado sean compensados a través de la introducción de medidas alternativas que permitan la contradicción (SSTEDH de 26 de marzo de 1996, caso Doorson c. Holanda, § 72; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros c. Holanda, § 54 y de 28 de marzo de 2002, caso Birutis y otros c. Lituania, § 29. Con carácter general, SSTEDH de 15 de diciembre de 2011, caso Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido, § 147; 6 de diciembre de 2012, caso Pesukic c. Suiza, § 45 y de 19 de febrero de 2013, caso Gani c. España, § 41). Además, y en todo caso, «incluso cuando se hayan adoptado mecanismos de ‘equilibrio’ adecuados para compensar en grado suficiente los déficits bajo los que actúa la defensa, una condena no ha de estar basada únicamente o de modo decisivo en testimonios anónimos» (SSTEDH de 26 de marzo de 1996, caso Doorson c. Holanda, § 76; 14 de febrero de 2002, caso Visser c. Holanda, § 55 y de 6 de diciembre de 2012, caso Pesukic c. Suiza, § 45).

En definitiva, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para poder erigirse en prueba de cargo, la declaración del testigo anónimo debe reunir tres concretos requisitos. El primero de ellos —no cuestionado en la presente demanda— que el anonimato haya sido acordado por el órgano judicial en una decisión motivada en la que se hayan ponderado razonablemente los intereses en conflicto; el segundo, que los déficits de defensa que genera el anonimato hayan sido compensados con medidas alternativas que permitan al acusado evaluar y, en su caso, combatir la fiabilidad y credibilidad del testigo y de su testimonio; y el tercero, que la declaración del testigo anónimo concorra acompañado de otros elementos probatorios, de manera que no podrá, por sí sola o con un peso probatorio decisivo, enervar la presunción de inocencia.

6. Trasladados al supuesto que nos corresponde enjuiciar, la aplicación de tales criterios conduce al otorgamiento del amparo, por cuanto, de una parte, no se ofrecieron al acusado vías alternativas para, en modo suficiente, evaluar la fiabilidad del testimonio anónimo y, de otra, tal testimonio fue decisivo para fundar la condena de los demandantes.

a) Frente a lo manifestado por el órgano judicial, proporcionar la información de la identidad del testigo a los Letrados defensores no constituye un remedio adecuado y suficiente para soslayar o reequilibrar el déficit de defensa de los acusados. Varias razones avalan esa conclusión. En primer lugar, el enjuiciamiento de su fiabilidad, referido a si el testimonio incriminatorio pudiera venir fundado en un error o en razones de animadversión personal, no depende tanto de las relaciones que el testigo hubiera de tener con los Letrados defensores como de las que mantenga con los propios acusados. Careciendo éstos de dicha información y no pudiendo facilitarla los Letrados ni, por ello, utilizarla en el debate contradictorio, ese levantamiento «parcial» del anonimato en nada compensa realmente la reducción de las posibilidades de defensa de los sometidos al proceso penal. En segundo lugar, la información sobre la identidad del testigo se proporcionó a los Letrados en el momento inmediatamente anterior al inicio del juicio oral, por lo que las escasas posibilidades que se hubieran abierto para el contraste de la fiabilidad del declarante quedan prácticamente anuladas, al carecer de margen temporal para efectuar las pesquisas pertinentes que pudieran haber facilitado la preparación de la defensa a partir de dicha información. A ello debe añadirse, en tercer lugar, que el testigo, tras la presentación de la denuncia ante la policía, no fue llamado a declarar ante el Juez de Instrucción, declaración que, siquiera parcialmente, habría podido compensar el déficit de defensa si se hubiera convocado a la misma a los acusados —aun ocultando visualmente al testigo—, pues habrían podido conocer con antelación los términos de su declaración incriminatoria y someterla a un primer debate contradictorio. En cuarto lugar, al anonimato del testigo se unió su ocultamiento tanto visual como auditivo, lo que sin duda contribuyó a reducir las posibilidades de defensa.

Este Tribunal debe ahora establecer si las legítimas necesidades de protección del testigo han llegado a mermar el ejercicio de la defensa del acusado de modo incompatible con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). A la luz de las circunstancias del presente caso, no podemos sino llegar a esa conclusión.

b) Si la exigencia de introducir contrapesos suficientes a favor de la defensa del acusado se incardina en el derecho a un proceso con todas las garantías —derecho que resulta vulnerado cuando el acervo probatorio se conforma a partir de un testimonio anónimo sin atención a tales medidas—, el hecho de que el referido testimonio constituya la prueba única o decisiva en que se haya fundado la condena supondrá, además, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) puesto que, como hemos reiterado, el derecho a la presunción de inocencia proscrib, entre otros aspectos, que la condena se haya sustentado en una actividad probatoria carente de las debidas garantías (por todas, SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2 y 126/2011, de 18 de julio, FJ 21). En el presente caso, resulta indudable que la declaración del testigo protegido núm. 50.874 ha resultado decisiva para fundar la condena, puesto que sólo a partir de lo declarado por él ha podido atribuirse a los acusados los gritos a favor de la banda terrorista. En efecto, como se desprende de la fundamentación jurídica de la Sentencia impugnada, el otro testigo protegido (con núm. 50.875) declaró haber oído que se proferían expresiones de esa índole en diversos momentos de la manifestación, pero no imputó las mismas a los acusados, fundándose la autoría del delito exclusivamente en la declaración del primero de ellos. Procede, en consecuencia, declarar igualmente vulnerado el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), con la consiguiente anulación de las Sentencias recurridas.

Sentencia 109/2013 del TC, de 6 de mayo

Ponente: **Don Juan José González Rivas**

Resumen: **Prescripción de la pena e interrupción del plazo**

Recurso de Amparo: **n.º 2609/2012**

Artículos: **133 y 134 Código Penal**

Prescripción de la pena. Vuelve el TC sobre el problema abordado en la sentencia 97/2010, de 15 de noviembre, de si existen causas de interrupción de la prescripción de la pena. En aquel caso la cuestión giraba en torno a la eventual interrupción por petición de indulto y ahora a la interrupción por suspensión condicional.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

2. La cuestión que se plantea en la demanda de amparo consiste en determinar si las actuaciones practicadas en ejecución de la pena privativa de libertad impuesta, según figura en los antecedentes de esta resolución, interrumpen el plazo de prescripción de la pena.

La demanda de amparo se apoya en la doctrina expresada en la STC 97/2010, de 15 de noviembre, en la que se interpreta que la suspensión de la ejecución de la pena como consecuencia de la tramitación de un indulto o de un recurso de amparo no son causas de interrupción de la prescripción, al no estar contempladas en el artículo 134 del Código penal de 1995, de lo que se concluía que estas vicisitudes no inciden en el cómputo del periodo prescriptivo.

(...)

4. En el ámbito de ejecución de la pena, no cabe hablar de la figura de la interrupción de la prescripción, por no existir una regulación sustantiva de la interrupción de la prescripción de la pena, a diferencia de lo que sucedía en el precedente Código penal de 1973, cuyo artículo 116 contemplaba como causa de interrupción de la prescripción de la pena la comisión de otro delito antes de completar el tiempo de prescripción (STC 97/2010, de 15 de noviembre, FJ 4).

En todo caso, debemos partir de la afirmación que realizábamos en la referida STC 97/2010, en el sentido de que la suspensión de la ejecución de la pena como consecuencia de la tramitación de un indulto o de un recurso de amparo no está con-

figurada legalmente como causa de interrupción de su prescripción y los efectos de la suspensión por indulto o cualquier medida adoptada por este Tribunal no pueden ser equivalentes a los de la interrupción de la prescripción en cuanto a la supresión o pérdida del plazo ya transcurrido, puesto que a partir del Código penal de 1995 no se contemplan causas de interrupción de la prescripción, lo que no excluye la existencia de periodos temporales en que no transcurre el plazo prescriptivo.

Así, en la prescripción de la pena o sanción no se contemplan causas de interrupción desde el momento en que se trata de ejecutar una resolución firme contra persona o personas determinadas, de tal manera que el eje de la prescripción de la pena gira en torno al cumplimiento de la misma.

Tal regulación es coherente con que en la prescripción de la pena, a diferencia de la prescripción del delito, el culpable ya está plenamente identificado y, al menos en los casos en que no se sustrae a la acción de la justicia, se encuentra a disposición del Juez o Tribunal para la ejecución de la pena; en consecuencia, parece razonable que los actos de ejecución dirigidos contra el condenado carezcan de relevancia interruptora de la prescripción.

5. En el caso examinado, el periodo de suspensión de la ejecución de la pena por petición de indulto sólo se produce después de frustrarse la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad como beneficio condicional en los términos regulados en los artículos 80 y siguientes del Código penal, cuestión que no fue abordada en la citada STC 97/2010 y que presenta caracte-

res diferentes a los supuestos allí contemplados de suspensión de naturaleza cautelar por indulto o por decisión de la jurisdicción constitucional, puesto que en el caso del beneficio condicional la suspensión de la ejecución es producto de una resolución judicial legalmente prevista como forma sustitutiva de cumplimiento de la pena privativa de libertad.

En este caso, tanto en el recurso de apelación interpuesto ante la Audiencia Provincial como en la demanda de amparo, el recurrente plantea exclusivamente la aplicación de la doctrina constitucional de la STC 97/2010 al supuesto de autos, sin referirse en ningún momento al periodo de ejecución sustitutiva que medió hasta que se suspendió cautelarmente la pena por la petición de indulto en el año 2009.

(...)

6. Como hemos señalado reiteradamente, no le corresponde a este Tribunal reconstruir de oficio la demanda de amparo, ni suplir las razones de las partes —sobre las que recae la carga de la argumentación— cuando aquéllas no se aportan al recurso (SSTC 123/2006, de 24 de abril, FJ 3; 196/2006, de 3 de julio, FJ 3; 74/2007, de 16 de abril, FJ 2; 42/2008, de 10 de marzo, FJ 2; y 182/2009, de 7 de septiembre, FJ 2), a lo que debe añadirse que, tal

como hemos afirmado en el ámbito de la prescripción del delito, corresponde a la jurisdicción ordinaria determinar si la actuación judicial es suficiente para entender interrumpido el lapso prescriptivo de las infracciones penales [STC 59/2010, de 4 de octubre, FJ 2.c)], lo cual es trasladable asimismo a la prescripción de la pena, correspondiendo a los órganos de la jurisdicción ordinaria la determinación de si la actividad de ejecución o cumplimiento sustitutivo incide en el cómputo del plazo de prescripción.

Por ello, y habiendo quedado fuera de nuestro enjuiciamiento la cuestión relativa al cómputo del plazo de prescripción durante el periodo de suspensión condicional de la pena que no fue alegada en la demanda de amparo y sobre la que este Tribunal no puede pronunciarse, procede el otorgamiento del amparo instado por el demandante, con el alcance pretendido en el suplico de su demanda y, en consecuencia, debe declararse la nulidad del Auto de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla de 6 de marzo de 2012, retro trayendo las actuaciones al momento anterior al de haberse dictado el referido Auto para que con plenitud de jurisdicción, se dicte una nueva resolución judicial respetuosa con los derechos fundamentales vulnerados conforme a lo expuesto.

Sentencia 115/2013 del TC, de 9 de mayo

Ponente: **Don Manuel Aragón Reyes**

Resumen: **Acceso policial a agenda telefónica**

Recurso de Amparo: **n.º 1246/2011**

Artículos: **18 CE; 14 Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, y 282 LECrim**

Acceso policial a la agenda de contactos telefónicos del terminal móvil, sin el consentimiento del usuario y sin previa autorización judicial, que dadas las circunstancias de flagrancia delictiva y observancia del principio de proporcionalidad no puede considerarse vulneratorio del derecho a la intimidad personal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

3. Entrando ya en el examen de los motivos de amparo alegados, el objeto del presente recurso

de amparo se concreta en determinar si el acceso por parte de los agentes de la Policía Nacional, sin consentimiento del afectado y sin autorización judicial, a la relación de números telefónicos con-

tenidos en la agenda de contactos telefónicos de un teléfono móvil que fue encontrado por dichos agentes en el lugar de comisión de un delito, vulnera los derechos a la intimidad (art. 18.1 CE) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) del usuario de dicho aparato de telefonía.

Debemos analizar, por tanto, la eventual vulneración de dos derechos fundamentales autónomos y que cuentan con un diferente régimen constitucional de protección. A esos efectos, cabe recordar que este Tribunal ha señalado que si bien, de conformidad con el artículo 18.3 CE, la intervención de las comunicaciones (telefónicas, telegráficas, postales o de cualquier otro tipo) requiere siempre de autorización judicial (a menos que medie el consentimiento previo del afectado), el artículo 18.1 CE no prevé esa misma garantía respecto del derecho a la intimidad, de modo que se ha admitido la legitimidad constitucional de que en algunos casos y con la suficiente y precisa habilitación legal, la policía realice determinadas prácticas que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas sin previa autorización judicial (y sin consentimiento del afectado), siempre que se hayan respetado las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad (por todas, SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10; 123/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 56/2003, de 24 de marzo, FJ 2; 281/2006, de 9 de octubre, FJ 4, y 142/2012, de 2 de julio, FJ 2).

Pues bien, y en atención a las alegaciones presentadas, nuestro análisis debe comenzar por la denuncia de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), toda vez que el recurrente sostiene que el acceso policial a la agenda del teléfono móvil cuyo uso se le atribuye se produjo una vez observadas las llamadas efectuadas y recibidas en el móvil intervenido, es decir, tras el acceso por los agentes de la policía, sin previa autorización judicial, a datos derivados de un proceso de comunicación.

En este sentido, debemos recordar que este Tribunal ha reiterado (entre otras, SSTC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 4; 230/2007, de 5 de noviembre, FJ 2; 142/2012, de 2 de julio, FJ 3, y 241/2012, de 17 de diciembre, FJ 4) que el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) consagra tanto la interdicción de la interceptación como el conocimiento antijurídico de las

comunicaciones ajenas, por lo que dicho derecho puede resultar vulnerado no sólo por la interceptación en sentido estricto —aprehensión física del soporte del mensaje, con conocimiento o no del mismo, o captación, de otra forma, del proceso de comunicación— sino también por el conocimiento antijurídico de lo comunicado, como puede suceder, sin ánimo de exhaustividad, en los casos de apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario o de un mensaje emitido por correo electrónico o a través de telefonía móvil. Igualmente se ha destacado que el derecho al secreto de las comunicaciones protege no sólo el contenido de la comunicación, sino también otros aspectos de la misma, como la identidad subjetiva de los interlocutores, por lo que queda afectado por este derecho tanto la entrega de los listados de llamadas telefónicas por las compañías telefónicas como el acceso al registro de llamadas entrantes y salientes grabadas en un teléfono móvil (por todas, SSTC 123/2002, FJ 6; 56/2003, FJ 3; 230/2007, FJ 2; 142/2012, FJ 3, y 241/2012, FJ 4; así como las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de agosto de 1984, caso *Malone c. Reino Unido*, § 84, y, de 3 de abril de 2007, caso *Copland c. Reino Unido*, § 43).

Pues bien, en el caso que nos ocupa, y teniendo en cuenta que en el proceso constitucional de amparo debe partirse de la acotación de hechos llevada a cabo por los órganos judiciales (STC 25/2011, de 14 de marzo, FJ 5), acerca de los que en ningún caso entrará a conocer este Tribunal [art. 44.1 b) LOTC], debe destacarse que, atendiendo estrictamente a los hechos declarados probados en las Sentencias impugnadas, resulta que los agentes de policía accedieron a la agenda de direcciones del teléfono móvil que encontraron encendido en el invernadero del que salieron huyendo varias personas tras ser sorprendidas por la irrupción policial, pudiendo comprobar los agentes que dicha agenda telefónica contenía un nombre registrado como «mamá», correspondiente a un número de teléfono fijo de Cádiz perteneciente a la madre del recurrente en amparo.

No estamos, por tanto, ante un supuesto de acceso policial a funciones de un teléfono móvil que pudiesen desvelar procesos comunicativos, lo que requeriría, para garantizar el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), el consentimiento del afectado o la autorización judi-

cial, conforme a la doctrina constitucional antes citada. El acceso policial al teléfono móvil del recurrente se limitó exclusivamente a los datos recogidos en la agenda de contactos telefónicos del terminal —entendiendo por agenda el archivo del teléfono móvil en el que consta un listado de números identificados habitualmente mediante un nombre—, por lo que debe concluirse que dichos datos «no forman parte de una comunicación actual o consumada, ni proporcionan información sobre actos concretos de comunicación pretéritos o futuros» (STC 142/2012, FJ 3), de suerte que no cabe considerar que en el presente caso la actuación de los agentes de la Policía Nacional en el ejercicio de sus funciones de investigación supusiera una injerencia en el ámbito de protección del artículo 18.3 CE.

En efecto, con el acceso a la agenda de contactos del teléfono móvil del recurrente los agentes de policía no obtuvieron dato alguno concerniente a un proceso de comunicación emitida o recibida mediante dicho aparato, sino únicamente a un listado de números de teléfono introducidos voluntariamente por el usuario del terminal, equiparable a los recogidos en una agenda de teléfonos en soporte de papel (STC 70/2002, FJ 9). Por tanto, «siendo lo determinante para la delimitación del contenido de los derechos fundamentales garantizados por los artículos 18.1 y 18.3 CE. no el tipo de soporte, físico o electrónico, en el que la agenda de contactos esté alojada», ni «el hecho. de que la agenda sea un aplicación de un terminal telefónico móvil, que es un instrumento de y para la comunicación, sino el carácter de la información a la que se accede» (STC 142/2012, FJ 3), debe descartarse que el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) se haya visto afectado en el presente caso por la actuación policial descrita.

4. Así pues, ha de concluirse que el derecho fundamental afectado por el acceso policial a una agenda de contactos de un teléfono móvil, en los términos ya expuestos, es el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y no el derecho al secreto de las comunicaciones ex artículo 18.3 CE (STC 142/2012, FJ 4), por no haberse accedido por los agentes de la Policía Nacional intervinientes a datos de una eventual comunicación telefónica que pudiera haber mediado entre el recurrente y otras personas.

Distinto sería el caso si, como antes hemos señalado, el acceso policial lo hubiera sido a cualquier otra función del teléfono móvil que pudiera desvelar procesos comunicativos, supuesto en el que tal acceso solo resultaría constitucionalmente legítimo si media consentimiento del propio titular del terminal o autorización judicial, dada la circunstancia indubitada de que un teléfono móvil es un instrumento cuyo fin esencial es la participación en un proceso comunicativo protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones ex artículo 18.3 CE (...).

5. Debemos, por tanto, examinar seguidamente, pues la presente es una Sentencia de caso concreto, si en el supuesto que nos ocupa, como también se alega en la demanda de amparo, el acceso policial a la agenda de contactos del teléfono móvil del recurrente sin su consentimiento y sin previa autorización judicial supone una intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), pues sostiene el recurrente que no concurrían en el presente caso las razones de urgencia, necesidad y proporcionalidad que hubieran podido justificar, conforme a la doctrina constitucional, la injerencia en dicho derecho fundamental.

Ciertamente, como ya se dijo, el acceso policial limitado a los datos recogidos en el archivo electrónico o agenda de contactos telefónicos de un terminal móvil —sin afectar al registro de llamadas entrantes y salientes, ni a ningún otro archivo o enlace que pudiera contener el terminal móvil— constituye una injerencia en el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), al igual que lo es la apertura de una agenda en soporte de papel y la lectura de los papeles encontrados en ella (STC 70/2002, FJ 9), pues la agenda de contactos telefónicos contenida en un teléfono móvil (entendiendo por tal el archivo elaborado por el titular de dicho teléfono que, como también ya hemos dicho, recoge una relación de números telefónicos identificados habitualmente mediante un nombre) ofrece información que pertenece al ámbito privado de su titular, siendo aplicable nuestra doctrina según la cual el artículo 18.1 CE garantiza al individuo un ámbito reservado de su vida «vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuales sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un

espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio» (...)

No obstante, también constituye doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a la intimidad no es absoluto —como no lo es ningún derecho fundamental—, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el límite que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo y sea proporcionado (SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6; 98/2000, de 10 de abril, FJ 5, 186/2000, de 10 de julio, FJ 5, y 156/2001, de 2 de julio, FJ 4).

Asimismo hemos señalado, como antes se dijo, que a diferencia de lo que sucede en el caso del derecho garantizado por el artículo 18.3 CE, el artículo 18.1 CE no prevé la misma garantía de autorización judicial respecto de las intervenciones que afectan al derecho a la intimidad, de modo que excepcionalmente se ha admitido la legitimidad constitucional de que en algunos casos y con la suficiente y precisa habilitación legal, los agentes policiales pueda realizar en el ejercicio de sus funciones de investigación determinadas actuaciones que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas sin previa autorización judicial (y sin consentimiento del afectado), siempre que se hayan respetado las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad (por todas, SSTC 123/2002, FJ 4; 281/2006, FJ 4; 173/2011, FJ 2, y 142/2012, FJ 2).

Precisando la anterior doctrina, hemos venido estableciendo como requisitos que proporcionan una justificación constitucional objetiva y razonable a la injerencia policial en el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), los siguientes: a) la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, considerando como tal el interés público propio de la prevención e investigación del delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal; b) que la medida limitativa del derecho a la intimidad esté prevista en la ley (principio de legalidad); c) que, en caso de no contar con autorización judicial (o consentimiento del afectado), la actuación policial se atenga a la habilitación legal, teniendo en cuenta que la ley puede autorizar a la policía la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso intervenciones

corporales leves, siempre y cuando se respete el principio de proporcionalidad, concretado en tres exigencias o condiciones: idoneidad de la medida, necesidad de la misma y juicio de proporcionalidad en sentido estricto (por todas, STC 173/2011, FJ 2, y la jurisprudencia allí citada).

6. Aplicando dicha doctrina al caso que nos ocupa, en orden a valorar la existencia de una justificación objetiva y razonable de la injerencia en el derecho a la intimidad del recurrente, debemos afirmar, en primer lugar, que los agentes de policía actuaron atendiendo a un fin constitucionalmente legítimo, como es el interés público propio de la investigación de un delito y el descubrimiento de los delincuentes, lo que «constituye un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana, bienes igualmente reconocidos en los artículos 10.1 y 104.1 CE» [SSTC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3 a), y 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 9].

Ha de subrayarse, además, que la actuación policial se desarrolló en el marco de la comisión de un delito flagrante, un grave delito de tráfico de drogas cuyos autores emprendieron la huida al ser sorprendidos por los agentes de policía, lo que no impidió a éstos la aprehensión de un importante alijo de hachís, así como de un arma de fuego y munición, entre otros efectos, conforme ha quedado expuesto. En este contexto, y en unidad de actuación con la finalidad de averiguar la identidad de los autores, la policía accedió, como ya se ha dicho y quedó probado, sólo a la agenda de contactos de los teléfonos abandonados en lo precipitado de la huida (esto es, a la relación o listín telefónico que sólo contiene nombres y sus correspondientes números de teléfono), lo que facilitó la inmediata identificación, localización, posterior detención y puesta a disposición judicial de las cuatro personas que aparecían como presuntamente responsables del delito contra la salud pública perpetrado, por el que finalmente fueron condenados el recurrente y otro acusado.

En segundo término, los agentes policiales actuaron en el presente caso con el apoyo legal que les ofrecen el artículo 282 de la Ley de enjuiciamiento criminal, el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad, y el artículo 14 de la Ley

Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, que conforman «una habilitación legal específica que faculta a la policía para recoger los efectos, instrumentos y pruebas del delito y ponerlos a disposición judicial y para practicar las diligencias necesarias para la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente» (SSTC 70/2002, FJ 10, y 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2). Entre estas diligencias se encuentra la de examinar o acceder al contenido de esos instrumentos o efectos, así como a los documentos o papeles que se le ocupen al detenido, realizando un primer análisis de los mismos, siempre que ello sea necesario de acuerdo con una estricta observancia de los requisitos dimanantes del principio de proporcionalidad (SSTC 70/2002, FJ 10, y 173/2011, FJ 2)

(...)

En tercer lugar, si bien los agentes de policía accedieron a los datos recogidos en la agenda de contactos telefónicos del terminal móvil del recurrente sin autorización judicial (ni tampoco consentimiento del afectado), ya hemos adelantado que tal exigencia se excepciona en los supuestos en que existan razones de necesidad de intervención policial inmediata para la averiguación del delito, el descubrimiento de los delincuentes o la obtención de pruebas incriminatorias, siempre que se respete el principio de proporcionalidad (SSTC 70/2010, FJ 10, y 173/2011, FJ 2, entre otras), como acontece en el presente caso.

(...)

Por último, y en atención al cumplimiento del requisito de proporcionalidad, con el acceso policial a las agendas de contactos telefónicos de los terminales móviles incautados en el lugar de los hechos —acceso que se limitó a los datos recogidos en dichas agendas, sin afectar a los registros

de llamadas, y que no necesitó de ningún tipo de manipulación extraordinaria por parte de los agentes policiales, toda vez que para acceder a las funciones de los terminales móviles no fue necesario introducir contraseña o clave de identificación personal alguna, al hallarse encendidos los teléfonos móviles— se consiguió identificar como usuario de uno de dichos aparatos, y a la postre detener, al recurrente (juicio de idoneidad), detención que se produjo, como queda dicho, a las dos o tres horas de su huida en el invernadero; además, no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito —la identificación de las personas que huyeron tras ser sorprendidas por la policía en el invernadero donde fue aprehendido el alijo de droga— con igual eficacia, toda vez que gracias a la identificación inmediata del recurrente como usuario de uno de los teléfonos móviles encontrados por los agentes de policía se pudo corroborar su presencia en el lugar de los hechos, así como obtener otras pruebas incriminatorias para fundamentar la convicción judicial sobre su participación en el delito contra la salud pública por el que ha sido condenado (juicio de necesidad); y, finalmente, se trató de una medida ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, dada la naturaleza y gravedad del delito investigado y la leve injerencia que comporta en el derecho a la intimidad del recurrente el examen de la agenda de contactos de su teléfono móvil (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

En consecuencia, debemos concluir que el acceso policial a la agenda de contactos telefónicos del terminal móvil, sin el consentimiento del usuario y sin previa autorización judicial, no vulneró el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE) del recurrente.

TRIBUNAL SUPREMO

Acuerdo del Pleno, Sala Segunda del TS, de 13 de marzo de 2013

Primer asunto: **Efectos de la sentencia recaída en los recursos de casación para unificación de doctrina en materia de menores.**

Acuerdo: **sin perjuicio del valor de la doctrina plasmada para supuestos futuros, la estimación de un recurso de casación para unificación de doctrina en materia de menores (art. 42 de la Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal de los Menores) solo incidirá en la situación concreta decidida por la sentencia recurrida si es favorable al menor.**

Segundo asunto: **Criterio de interpretación del art. 59.1 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado; asuntos en que no se alcanza una mayoría de cinco jurados favorables a la absolución ni de siete favorables a la condena.**

Acuerdo: **mayorías necesarias para alcanzar un veredicto en el proceso del jurado:**

- a) **Para declarar probado un hecho desfavorable será necesario el voto de, al menos, siete jurados.**
- b) **Para declarar no probado el hecho desfavorable son necesarios al menos, cinco votos.**
- c) **Si no se alcanza alguna de esas mayorías, no habrá veredicto válido y habrá que operar en la forma prevista en los arts. 63 y 65 LOTJ (supuestos de seis o cinco votos a favor de declarar probado el hecho desfavorable).**
- d) **Para declarar probado el hecho favorable es necesario el voto de cinco jurados. el hecho favorable se considerará no probado por el voto de cinco jurados.**

Acuerdo del Pleno, Sala Segunda del TS, de 24 de abril de 2013

La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 LECRIM alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan:

- a) **La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto.**
- b) **Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso.**

Sentencia 25/2013, Sala Segunda del TS, de 16 de enero

Ponente: **Don Manuel Marchena Gómez**

Resumen: **Extralimitación del Tribunal de apelación en causa con jurado**

Recurso de Casación: **n.º 10889/2012**

Artículos: **22 y 139 Código Penal y 846 LECrim**

Jurado. Asesinato: Se estima el recurso de la acusación particular frente a la sentencia de apelación del Tribunal Superior de Justicia que indebidamente eliminó la agravación de ensañamiento a partir de una nueva valoración probatoria de los dictámenes periciales, manteniendo, sin embargo, el hecho probado fijado por el Magistrado-Presidente con fundamento en el veredicto del Jurado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

2. El primero de los motivos, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, denuncia infracción de ley, inaplicación indebida de los arts. 139 y 140 del CP. Argumenta la acusación que el Tribunal del Jurado declaró probado que «...se causaron a Luis Alberto daños innecesarios para causar su muerte dirigidos a aumentar deliberadamente su sufrimiento por el dolor que sintió por tales daños innecesarios». Esa descripción fáctica es plenamente acorde con la calificación jurídica del ensañamiento que, sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia excluyó en la sentencia dictada en respuesta al recurso de apelación promovido por la defensa de ambos condenados.

El motivo, que cuenta con el apoyo del Ministerio Fiscal, ha de ser estimado.

El relato fáctico proclamado por el Tribunal del Jurado, más allá de cierto sabor tautológico, encierra todos y cada uno de los elementos que definen el ensañamiento, tal y como lo describen los arts. 139.3 y 22.5 del CP. (...)

Pues bien, la secuencia fáctica del veredicto que llevó al Magistrado-Presidente a apreciar la circunstancia del ensañamiento fue a su vez fruto de la valoración soberana que al Jurado incumbe respecto de todos aquellos elementos factuales que puedan tener influencia en la calificación jurídica del hecho imputado. Así se desprende del acta del veredicto —folio 26— en el que se precisan las razones que han conducido a esa subsunción,

haciendo suyas las afirmaciones de los peritos forenses que admitieron la existencia de dolor físico incluso en estados de inconsciencia.

El Tribunal Superior de Justicia, sin embargo, en respuesta a un recurso de apelación que hacía descansar su hilo argumental en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, declaró la falta de sustento fáctico para la apreciación de esa agravante. Señaló en el FJ 2, apartado 2, de su sentencia que estimaba como cauce impugnativo implícito, a la vista del silencio de las partes, el que ofrece la letra b) del art. 846 bis c) de la LECrim («que la sentencia ha incurrido en infracción de precepto constitucional o legal en la calificación jurídica de los hechos o en la determinación de la pena, o de medidas de seguridad o de responsabilidad civil»). Pese al anuncio de la sujeción al molde impugnativo que ofrece la letra b), art. 846 bis c) de la LECrim para denunciar el juicio de subsunción, en su razonamiento el órgano ad quem cuestiona la corrección de los presupuestos fácticos sobre los que se sustenta el veredicto, adentrándose en la vía que ofrece la letra e) del mismo precepto («que se hubiese vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque, atendida la prueba practicada en el juicio, carece de toda base razonable la condena impuesta»), haciéndolo, además, con una visible extralimitación de su ámbito cognitivo.

La mejor muestra de esa metodología antagónica y del exceso valorativo en el que incurrió el Tribunal Superior de Justicia la ofrece, de un lado, el mantenimiento del hecho probado, tal y como fue

proclamado por el Jurado, pese a la exclusión del ensañamiento. De otra parte, aquellos pasajes de la resolución combatida en los que se pone de manifiesto la censurable sustitución del criterio valorativo del Jurado por el asumido en apelación por la Sala, sin que ante ella se hubiera practicado prueba alguna.

(...)

Como puede apreciarse, el Tribunal Superior de Justicia, pese a que enmarca su razonamiento en una supuesta infracción legal, no duda en reinterpretar el dictamen pericial, descartando aquellos aspectos de su informe que los miembros del Jurado tuvieron en cuenta para sustentar fácticamente la agravación prevista en el art. 139.3 del CP. No existe en el razonamiento del Jurado una interpretación extravagante del dictamen pericial, no se formulan juicios inferenciales contrarios a las máximas de experiencia. No existe, en fin, un problema de ilicitud o insuficiencia probatoria, sino una valoración con la que no coincide el órgano de apelación que, precisamente por ello, decide anularla, invadiendo el espacio reservado al Tribunal del Jurado en los arts. 3 y 70 de la LOTJ y extendiendo su capacidad de fiscalización más allá de lo que autoriza el apartado e) del art. 846 bis c) de la LECrim. Por otra parte, resulta decisivo para la estimación del motivo el dato de que el Tribunal Superior de Justicia, pese a la declaración de improcedencia de la agravación de ensañamiento, deja intactos los hechos probados tal y como fueron fijados por el Jurado: «... se causaron a Luis Alberto daños innecesarios para causar su muerte, dirigidos a aumentar deliberadamente su sufrimiento por el dolor que sintió por tales hechos». (...)

La sentencia ante nosotros recurrida en casación —la dictada por el Tribunal Superior de Justicia— fue más allá de lo que le estaba atribuido porque, lejos de limitarse a una reconsideración de las inferencias del Tribunal del Jurado, modificó sustancialmente las premisas fácticas sobre las que aquellas habían sido construidas. Y, además, lo hizo tomando en consideración elementos de juicio cuya valoración no es legítima sin la inmediata recepción de su producción probatoria ante el Tribunal que valora. Y, finalmente, porque en el marco del procedimiento del Tribunal del Jurado su ámbito de decisión en cuanto a los hechos, no puede ir más allá de la subsunción de los mismos en el tipo penal (cfr. STS 140/2008, 31 de enero).

En definitiva, la concurrencia de la agravación de ensañamiento debe o no afirmarse en función de la resultancia fáctica que proclame el juicio histórico. Y en él, todavía ahora, después de la estimación del recurso por el Tribunal Superior de Justicia, se refleja la existencia de «...daños innecesarios (...) dirigidos a aumentar deliberadamente el sufrimiento de la víctima...». La eliminación de esa fragmento del hecho probado, en el ámbito cognitivo que el recurso de apelación previsto en la LOTJ autoriza al Tribunal Superior de Justicia, debería haberse fundado en «...la falta de toda base razonable» de la condena impuesta —art. 846 bis c), apartado e) de la LECrim—, no en una reinterpretación del dictamen de los peritos forenses que lleve al Tribunal a sustituir su criterio por el del colegio del Jurado, dejando, además, incólume el relato de hechos probados.

Por lo expuesto, el motivo ha de ser estimado

Sentencia 15/2013, Sala Segunda del TS, de 16 de enero

Ponente: **Don Luciano Varela Castro**

Resumen: **Responsabilidad civil subsidiaria del Estado**

Recurso de Casación: **n.º 10685/2012**

Artículo: **121 Código Penal**

Responsabilidad civil subsidiaria de la Administración. Se resume la doctrina jurisprudencial relativa al ámbito de aplicación del artículo 121 CP, recogiendo los requisitos que deben concurrir para que la Administración responda subsidiariamente, en vía civil, por los hechos delictivos realizados por sus empleados.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

3. El artículo 121 del Código Penal que invoca el recurrente, y que justificaba la responsabilidad impuesta en la sentencia del Tribunal del Jurado, condiciona dicha imposición a los siguientes requisitos:

a) Requisitos relativos al sujeto responsable criminal: debe preceder la declaración de responsabilidad penal de quien sea Autoridad, agente o contratado o Funcionario público. Es esa condición, en cuanto determinante del vínculo con la Administración, la que se erige en presupuesto de la responsabilidad de ésta última.

b) Requisitos de la acción delictiva: La ejecución de ésta, por el sujeto en el que concurren las citadas condiciones, ha de caracterizarse por su realización en el ejercicio de sus cargos o funciones. Tal preposición en no implica solamente que el tiempo y el lugar han de coincidir con el que corresponde a esas funciones. La preposición evoca también una exigencia en cuanto al modo y éste, a su vez, conforme al Diccionario de la RAE, hace referencia al procedimiento o conjunto de procedimientos de dicha realización. Lo que significa vinculación con el contenido propio de la función desempeñada por el sujeto de la acción.

La relación entre la acción origen de la responsabilidad criminal, y derivada civil, ha de ser tal que no implique justificación de aquélla.

c) Requisitos del resultado: La lesión cuya reparación se exige como responsabilidad civil ha de encontrarse, respecto de la acción penal reprochada en relación de causa a efecto, pues sin ella no cabe imponer al criminalmente responsable la derivada responsabilidad civil, y sin ésta no cabe hablar de la subsidiaria de la Administración a la que corresponden las funciones del agente.

Pero, además, el artículo 121 del Código Penal exige que exista una relación de causalidad específica y reforzada entre la lesión a reparar y el funcionamiento de los servicios, en los que se encuadra la función del sujeto agente en cuyo ejercicio llevó a cabo la acción criminal. El refuerzo de esa exigencia se deriva de la expresión típica utilizada por la norma cuando impone que

la lesión sea causa directa, es decir inmediata e inequívoca, del funcionamiento del servicio al que empleo o cargo del autor del delito está adscrito, o en expresión del citado precepto, del servicio que le estuviera «confiado».

Tal configuración de esta responsabilidad civil subsidiaria de la Administración es nítidamente objetiva. Es pues irrelevante toda idea de culpa o negligencia en la Administración. Pero en lo objetivo no cabe predicar mayor o menor extensión. Lo trascendente es la vinculación entre acto y función, por un lado, y entre lesión y servicio público por otro.

4. La Jurisprudencia ha tenido ocasión de examinar reiteradamente el alcance de esta previsión legal del artículo 121 del Código Penal.

Por un lado, tal como recuerda nuestra STS n.º 135/2011 de 15 de marzo, el acuerdo del Pleno Sala Segunda de 26 mayo 2000 estableció que el artículo 121 del Código Penal no altere la jurisprudencia de la Sala relativa a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos en establecimientos sometidos a su control, cuando concurren infracciones reglamentarias en los términos del artículo 120.3 Código Penal. Las tipicidades descritas en ambos preceptos son autónomas, y bien diferenciadas y pueden generar cada una en su ámbito, la correspondiente responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

La falta de concurrencia de la condición requerida en el sujeto criminalmente responsable reconduce la eventual obligación de la Administración al ámbito de aplicación del artículo 120 del Código Penal (así en el caso de que la Administración penitenciaria por cuya imprevisión fue posible el delito no atribuible a sujetos que fueran funcionarios) STS de 12 de Diciembre del 2011 resolviendo el recurso 10852/2010.

La falta de vinculación entre el acto criminal y el contenido del empleo que el sujeto autor desempeña en la Administración supuso una de las razones objetivas de exclusión de la responsabilidad subsidiaria de ésta en casos como el resuelto en la Sentencia n.º 196/2006 de 14 de febrero (militar profesional en activo, con el grado de cabo, en situación de baja, cuando cometió los hechos y

cuando introdujo subrepticamente en España el arma que utilizó para los asesinatos, pese a que se le reprochaba a la administración militar haber incurrido en culpa in eligendo e in vigilando, para reclamarle su responsabilidad al amparo del artículo 121 del Código Penal. Militar que utiliza arma). El Tribunal Supremo entendió que habiendo actuado —conforme se señala en el factum, y se explica en el fundamento jurídico décimo de la sentencia de instancia— el acusado al margen de su cargo o función, la reclamación indemnizatoria de los perjudicados no podrá efectuarse al amparo del artículo 121 del Código Penal, en la vía penal, sino en la contencioso-administrativa.

Por el contrario, la admitida relación entre acción delictiva y contenido funcional del empleo determinó la condena, precisamente de la Comunidad Autónoma de La Rioja, en el caso de la Sentencia de este TS n.º 510/2007 de 21 de mayo. Por más que la relación con el contenido funcional no excluyera la ilicitud del acto origen de la responsabilidad civil. La invocación en esa sentencia de una cierta desidia en la Administración respecto a su empleado, es aludida a mayor abundamiento argumental y no como razón de la decisión.

Y también la de la Administración por estimar relación directa del ejercicio de la función del sujeto responsable criminalmente —vigilancia de un polvorín—, siquiera a título de imprudencia, con el acto negligente —usar gasolina para avivar el fuego— determinante de esa responsabilidad (STS 1697/2002 de 19 de octubre).

Especial atención ha merecido el caso de los agentes de las Fuerzas de Seguridad. Se acoge en ese ámbito una imputación por el riesgo creado, ya asumida desde la aplicación del artículo 22 del precedente Código Penal. Y ello en referencia a establecer la trascendencia de que el sujeto autor estuviera o no «de servicio» en el momento del hecho determinante.

La Sentencia del STS n.º 1872/2001 de 19 de octubre, reitera la exigencia de la responsabilidad civil subsidiaria por las lesiones ocasionadas por los miembros de la Fuerzas de Seguridad del Estado, utilizando abusivamente o haciendo un mal uso de su arma reglamentaria, cuando dicha acción lesiva se deriva de la creación del riesgo que la organización del servicio de seguridad pública mediante agentes a quienes se dota de

armas de fuego, representa para los ciudadanos que puedan resultar perjudicados por dicha utilización constitutiva de delito o falta.

La Sentencia de este TS n.º 1597/2001 de 17 de septiembre, impone la responsabilidad del Estado con el mismo criterio siquiera recordando que el artículo 121 del Código Penal de 1995 es norma posterior a los hechos cometidos bajo vigencia del anterior Código Penal y que no tiene carácter retroactivo. Aunque no han faltado resoluciones que invocan la existencia de una culpa in vigilando como fundamento de la responsabilidad de la Administración por actos de esos agentes al amparo del artículo 121 del Código Penal (STS n.º 496/2000 de 29 de marzo).

Por otra parte la relación entre el contenido funcional del empleo y la acción no es determinante de aplicación del artículo 121, sino que puede amparar la imposición de la responsabilidad de la Administración ex artículo 120 si no se da además la relación de causalidad directa entre la lesión y el funcionamiento del servicio (STS 2192/ 2001 de 19 de noviembre).

5. La interpretación asumida en el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de fecha 17-7-2002, por lo demás relativo al específico caso de los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad, por el uso del arma reglamentaria, atribuye la responsabilidad del Estado al riesgo generado por el modo de organización del servicio. Pero incluso en tal caso se cuida de advertir que el mero hecho de la utilización del arma reglamentaria no genera de manera necesaria la responsabilidad civil del Estado, quedando ésta excluida en aquellos supuestos en los que el daño no sea una concreción del riesgo generado por el sistema de organización del servicio de seguridad.

Si bien se admite esa responsabilidad civil subsidiaria del Estado, si existen datos debidamente acreditados de que el arma debió habersele retirado al funcionario por carencia de las condiciones adecuadas para su posesión.

En el caso que ahora juzgamos, aunque concurra la condición objetiva de que el sujeto criminalmente responsable se encuentra vinculado a la Administración por la contratación laboral de sus servicios, es lo cierto que no existe relación entre su acción homicida —matar disparando un arma de fuego— y el contenido de las funciones

laborales contratadas, —integrado en un Retén de incendios— más allá de las topográficas o cronológicas (lugar o jornada de trabajo). Desde luego el citado empleo no suponía en modo alguno el uso de armas. Ni consta que existieran motivos para sospechar que el acusado la poseía y portaba.

Y tampoco existe vinculación alguna entre el resultado letal producido y el servicio en el que se encuadraba el empleo contratado, más allá de las circunstancias temporales y espacial, al efecto irrelevantes.

Resulta evidente que la mera existencia de quejas, por comportamientos relativos a relaciones personales, no es por sí signo inequívoco de una grosera falta en la organización del servicio en que desempeñaba su tarea el penado.

Por todo ello, excluida la eventual aplicación del artículo 120 del Código Penal, dados los tér-

minos de la acusación, en su día, y recurso, ahora, hemos de concluir con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, que dictó la sentencia recurrida ante nosotros, que no concurren los presupuestos y requisitos del artículo 121 invocado.

Finalmente las actuaciones de la Administración respecto a las indemnizaciones satisfechas por razón de seguro de responsabilidad civil, derivada de la consideración de su origen como accidente laboral, no constituyen en modo alguno un reconocimiento ni explícito ni implícito de esa responsabilidad como subsidiaria de la del criminalmente responsable. Ni en lo que concierne a la razón de deber ni en lo que afecta a la entidad o cuantía de lo debido. Por ello la invocación de esos actos como propios y vinculantes respecto a esta otra responsabilidad civil no es atinada.

El motivo se rechaza.

Sentencia 70/2013, Sala Segunda del TS, de 21 de enero

Ponente: **Don Antonio Del Moral García**

Resumen: **Conclusión del sumario y apertura del juicio oral**

Recurso de Casación: n.º 10942/2012

Artículos: **622 y 627 LECrim**

Analiza la sentencia el trámite de apertura del juicio oral en el procedimiento ordinario deteniéndose en la necesidad de que si se confirmara el auto de conclusión del sumario contra el criterio de las acusaciones se confiera un nuevo traslado para que soliciten la apertura.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Se formaliza por la representación procesal del recurrente el primer motivo de recurso al amparo del art. 852 LECrim, proyección específica en el proceso penal del más general art. 5.4 de la LOPJ, aduciendo vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y, a un proceso con todas las garantías e infracción del principio acusatorio (art. 24.1 y 2 CE). Se argumenta que no existió una acusación válidamente constituida puesto que se procedió a la apertura del juicio oral por la Audiencia sin contar con una solicitud de parte acusadora.

Ciertamente, al evacuarse el traslado para instrucción previsto en el art. 627 LECrim el Ministerio Fiscal solicitó la revocación del auto de conclusión para la práctica de una nueva diligencia. La Acusación Particular se limitó a mostrarse instruida obviando articular alguna de las peticiones alternativas a que aboca el citado art. 627. Por su parte la defensa, reclamó el sobreseimiento provisional, decisión que solo hubiese sido procesalmente viable si todas las partes lo hubiesen solicitado (art. 645 LECrim y STC 171/1988 de 30 de septiembre).

Denegada la revocación del auto de conclusión tal y como permite la Legislación procesal

(así se interpretaron tempranamente tales normas como pone de manifiesto la Circular de 13 de julio de 1926 de la Fiscalía del Tribunal Supremo), la Audiencia, sin ulterior trámite y en unidad de acto (lo que por más que sea praxis muy frecuente no se concilia bien con los arts. 630 y 632 que desdoblán ambos momentos, seguramente para dejar abierta la posibilidad de un recurso de súplica), decretó la apertura del juicio oral sin contar con petición de una parte acusadora. Eso supondría una quiebra del principio acusatorio y por tanto generaría un vicio insubsanable que debiera dar lugar a la nulidad, según entiende el recurrente.

Se ha producido una inocultable incorrección en la tramitación de la causa. La literalidad de la LECrim no contempla los casos en que la confirmación del auto de conclusión del sumario se ha declarado en discrepancia con la petición de todas o alguna de las acusaciones. La Ley remite sin solución de continuidad y sin nuevo traslado a la decisión sobre la apertura del juicio oral o sobreseimiento. Pero de una interpretación conjunta de la normativa y, sobre todo, de la ponderación de sus postulados más básicos, se desprende la necesidad de intercalar un nuevo traslado que, si no está expresamente contemplado, es por considerarse obvio. Esa es la práctica que impera desde antiguo y que, por otra parte, alcanza también al más moderno procedimiento abreviado donde tampoco se prevé expresamente un nuevo trámite cuando se han rechazado las diligencias pedidas por el Fiscal u otras acusaciones (art. 780.2 LECrim).

Y es que, en efecto, la apertura del juicio oral en el sistema acusatorio mixto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige dos presupuestos:

a) Que exista una parte distinta del Tribunal, dispuesta a sostener la pretensión acusatoria (*nemo iudex sine actore*). Los arts. 642 a 644 LECrim así lo ponen de manifiesto. Ante la petición de sobreseimiento de todas las acusaciones y agotadas las fórmulas —no exentas de críticas doctrinales— para «buscar» a un acusador, el tribunal tiene que acordar el sobreseimiento.

b) Que la pretensión acusatoria goce de «razonabilidad», es decir que concurren indicios de que han sucedido los hechos y de que en ellos ha participado el acusado; y que revistan caracteres delictivos. Es el juicio de acusación que, como demostró algún ilustre tratadista, en nuestro ordenamiento se

encuentra encerrado en el auto de procesamiento. El auto de procesamiento supone depositar en manos de la acusación la llave para la apertura del juicio oral que, en ese caso, no podrá ser rechazada más que por falta de acusación, o por la atipicidad de los hechos (art. 645 LECrim). Eso explica que solo sea ese auto el que puede ser revisado en casación mediante un juicio jurídico (art. 848).

No puede faltar ninguno de los presupuestos. Una vez concluido el sumario se inicia un trámite para comprobar: a) si la investigación está correctamente clausurada y por tanto el procedimiento ha de seguir adelante; b) en caso afirmativo, si existe una parte que enarbole la pretensión acusatoria —lo que solo puede hacer cuando está vigente el procesamiento (auténtico juicio de acusación); y c) si los hechos que se imputan con suficiente fundamento (procesamiento) son delictivos pues en otro caso no tendría sentido celebrar el juicio la cuestión se puede solventar sin necesidad de actividad probatoria pues es una pura discusión jurídica.

La Ley Procesal Penal, introduce al comienzo de la fase intermedia un doble trámite para las acusaciones: a) un primer traslado para solicitar la revocación, el sobreseimiento o la apertura del juicio oral; b) otro diferente y posterior, en su caso, para formular el escrito de conclusiones una vez abierto el juicio oral. Se dijo con razón (y a esas observaciones han respondido las modalidades posteriores: sumario de urgencia, en su día; y en la actualidad procedimiento ante el Tribunal del Jurado y procedimiento abreviado) que no tenía sentido esa dualidad. Cuando una acusación reclama la apertura del juicio oral es porque ya ha calificado los hechos, aunque sea internamente. Se postuló por eso desde antaño la refundición de ambos trámites por resultar más lógico. Así se ha hecho en todos los tipos procesales introducidos con posterioridad. Pero el régimen descrito ha permanecido inalterado en el procedimiento conocido como sumario ordinario (aunque el nombre legal que parece evocar que estamos ante el procedimiento usual o más común no se corresponda con la realidad).

Es por tanto rigurosamente cierto que no puede decretarse la apertura del juicio oral sin la petición de una acusación. El Tribunal a quo seguramente por virtud de esa distorsión lógica del doble trámite, por la ausencia de una específica previsión legal, y en virtud de un claro sobrentendido, se ha

equivocado al resolver, tras la denegación de la revocación del sumario, sobre la apertura del juicio oral sin que mediase solicitud de parte alguna. Tras rechazar la revocación instada por el Fiscal tenía que haber conferido un nuevo traslado a las acusaciones cuya única finalidad legal sería la apuntada: constatar que existe alguna parte dispuesta a sostener la acusación. Si todas las acusaciones solicitan el sobreseimiento se impone esa decisión (fuera de los casos de los arts. 642 a 644). En otro supuesto —manifestación de una parte de que va a sostener la acusación— es obligada la apertura del juicio oral, con la única excepción de que se entiende que los hechos recogidos en el procesamiento carezcan de relevancia penal (art. 645). Sin oír a las partes acusadoras al respecto, el Tribunal no puede acordar el sobreseimiento pues su decisión está «muy tasada» legalmente, lo cual también está imbuido de una rigurosa lógica: dotar de mayor margen de discrecionalidad al Tribunal en este momento enturbiaría su imparcialidad. Si es legalmente irregular decretar la apertura del juicio oral sin petición de una acusación, más lo es decretar el sobreseimiento sin antes haber oído a las acusaciones sobre tal punto. Si la primera irregularidad se mueve no a nivel de principios o material, sino puramente procedimental; la segunda sí que acarrearía una nulidad radical.

En lo sustancial lo que el principio acusatorio requiere es que no se celebre el juicio oral, y menos aún que se produzca una condena, sin previa petición de una parte legitimada para sostener la acusación. Para evitar ese resultado se introducen algunos filtros. Aquí se ha anticipado erróneamente uno de ellos. Pero luego ha quedado constatado que el principio (decisión

de la acusación de sostener su pretensión) estaba cumplido y no padecía. Cosa diferente sería si se hubiese comenzado el juicio oral sin una acusación o se hubiese dictado condena sin que nadie la reclamase. Eso sí que supondría una deficiencia insubsanable. Pero haber alterado el orden de los trámites cuando se comprueba *ex post* que nada hubiese cambiado no conduce a la nulidad. Sería absurdo reponer las actuaciones al momento anterior al auto de apertura del juicio oral para constatar que las acusaciones estaban dispuestas a mantener su pretensión, cuando eso ha quedado completamente demostrado con su actuación posterior (formulación de las conclusiones acusatorias).

No es que las partes acusadoras no hayan pedido la apertura del juicio oral (lo que sí que sería un vicio insubsanable: que pese a que hubiesen postulado el sobreseimiento se hubiese decretado la apertura del juicio oral), sino que se ha acordado la apertura del juicio oral sin haberlas oído sobre ese extremo, lo que resultaba obligado so pena de causarles indefensión. Si se hubiese decretado sin más el sobreseimiento sí que hubiese sido necesario acordar una nulidad y la consiguiente retroacción del proceso.

Por eso las consecuencias no pueden ser las que pretende el recurrente. Aún detectándose un desorden procedimental, no ha existido afectación de ningún principio esencial. La nulidad no procede (art. 243 LOPJ). No se ha lesionado el principio acusatorio: existían dos partes decididas a mantener la acusación; así lo han evidenciado a lo largo de todo el proceso y la condena guarda congruencia con las peticiones de las partes.

El motivo ha de desestimarse.

Sentencia 4/2013, Sala Segunda del TS, de 22 de enero

Ponente: **Dona Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**

Resumen: **Reincidencia**

Recurso de Casación: **n.º 10917/2012**

Artículo: **22 Código Penal**

Circunstancia agravante de reincidencia. Se recuerda la doctrina jurisprudencial relativa a los datos que necesariamente deben constar para poder apreciar aquella.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero y único.—Se articula por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida de la agravante de reincidencia del art. 22.8 en relación con los arts. 136 y 33 CP.

Se sostiene en el motivo que el recurrente fue condenado en sentencia de fecha 9.5.2005; firme el 25.5.2005, por hechos acaecidos el 18.10.2004, por un delito contra la salud pública a la pena de tres años y seis meses de prisión, datos que son insuficientes para la aplicación de la agravante de reincidencia, al no constar la fecha de extinción de la referida pena, el plazo correspondiente para la cancelación de dicho antecedente penal, previsto en el art. 136.2.2 —tres años para las restantes penas menos graves— debe aplicarse desde la fecha de la firmeza de la sentencia, y tal plazo habría transcurrido cuando los hechos cuando los hechos objeto del presente procedimiento sucedieron, 22.6.2011. Por tanto, al estar el antecedente cancelado no debió apreciarse la agravante de reincidencia y utilizando el mismo criterio de proporcionalidad de la pena de la sentencia de instancia —en la que se condena al recurrente a dos meses más de la pena mínima imponible con la apreciación de una agravante— la pena a imponer sería de 3 años y 2 meses de prisión.

El motivo, que es apoyado por el Ministerio Fiscal, debe ser estimado.

En efecto, como hemos recordado en SSTS. 1170/2011 de 10.11, 971/2010 de 12.12 el art. 22.8 CP luego de definir la reincidencia, establece que no se computarán los antecedentes penales cancelados o que hubieran podido serlo, debiéndose aplicar la doctrina que esta Sala Segunda ha establecido para estos supuestos, que podemos compendiar, entre otras en SS. 11.11.98, 5.2.2000, 16.6.2000, 31.1.2001, 7.10.2003, 25.11.2004, 29.12.2005, 18.4.2006, 30.12.2006, 435/2009 de 27.4, 814/2009 de 22.7 y 406/2010 de 11.5. 1). Las circunstancias modificativas de la responsabilidad cuya carga probatoria compete a la parte que las alega, deben estar tan acreditadas como el hecho delictivo mismo (SS.TS. 23.10.93, 23.11.93 y 7.3.94).

2) En los casos en que la acusación cuenta con una condena por una sentencia que permita la rehabilitación de los antecedentes penales debe preocuparse de aportar a la causa certificado de la extinción de la pena, en virtud de la carga probatoria que le compete pues las circunstancias correspondientes a la falta de cancelación de los antecedentes penales condicionan la agravante y debe probarlas la acusación (SSTS. 3.10.96 y 2.4.98).

3) En la sentencia de instancia deben constar todos los datos de los que resulte la reincidencia, sin que por tanto, una vez interpuesto el recurso de casación por la vía del art. 849.1, puesta esta Sala acudir al examen de las actuaciones al amparo del art. 899 LECrim. pues ello supondría incorporar nuevos datos a la sentencia, siendo así que la medida excepcional de acudir al examen de la causa implica una facultad extraordinaria que no puede nunca emplearse cuando perjudique directa o indirecta al reo (STS. 26.5.98, 647/2008 de 23.9, 1175/2009 de 16.11), que recuerda que esta Sala, en algunas ocasiones, ha llamado la atención acerca de la imposibilidad de acudir a la causa para extraer de la misma datos que perjudican al acusado y que no hayan sido declarados expresamente probados.

4) Por lo tanto para apreciar la reincidencia es imprescindible que consten en el factum: fecha de la firmeza de las sentencias condenatorias, el delito por el que se dictó la condena, la pena o penas impuestas, y la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas. —Este último dato solamente será innecesario en aquellos casos en los que el plazo de cancelación no haya podido transcurrir entre la fecha de la sentencia condenatoria y la fecha de ejecución del hecho por el que se realiza el enjuiciamiento actual— por cuanto la aplicación «contra reo» de cualquier precepto solo será correcta, legítima y constitucional cuando a la vez se preste el más exquisito acatamiento a los Derechos Fundamentales del art. 24 CE. (ss. 12.3.98 y 16.5.98).

5) Si no constan en los autos los datos necesarios se impone practicar un cómputo del plazo de rehabilitación favorable al reo, pues bien pudo extinguirse la condena impuesta por circuns-

tancias tales como abono de prisión preventiva, redención, indulto, expediente de refundición (SSTS. 11.7 y 19.9.95, 22.10, 22.11 y 16.12.96, 15 y 17.2.97), expresando la STC. 80/92 de 26.5, que la resolución estimatoria de la agravante de reincidencia sin que consten en la causa los requisitos para obtener la rehabilitación y cancelación lesiona el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva.

6) Por consiguiente, a falta de constancia de la fecha de extinción, que es la del día inicial para el computo del plazo de rehabilitación (art. 136 CP) deberá determinarse desde la firmeza de la propia sentencia (SSTS. 22.9.93, 27.1.95, 9.5.96, 21.2.2000, 16.3.2000, 20.9.2001, 21.11.2002, 11.2.2003, 7.10.2003).

En el caso presente no se indica el día de extinción de la anterior condena impuesta —según el

factum por un delito contra la salud pública— de tres años y seis meses prisión, solo la fecha de la firmeza de la sentencia, 25.5.2005, siendo patente que desde ésta última fecha, habría transcurrido el plazo de cancelación previsto en el art. 136.2.2 CP, tres años para los delitos menos graves, art. 33.3 a los castigados con pena de prisión de 3 meses a 5 años, LO. 15/2003 de 25.11, que entró en vigor el 1.10.2004 —cuando los hechos objeto de la presente causa sucedieron 22.6.2011—, al ser doctrina jurisprudencial, por todas STS. 649/2001 de 16.4, que en orden a la aplicación de los plazos previstos en el párrafo 2.º del art. 136.2, debe tenerse en cuenta la pena en concreto impuesta —tres años y 6 meses— y no la pena en abstracto para el delito objeto de la condena, con la consecuencia de no poder aplicarse la agravante de reincidencia con las importantes consecuencias que tiene tal decisión.

Sentencia 90/2012, Sala Segunda del TS, de 23 de enero de 2013

Ponente: **Don Antonio Del Moral García**

Resumen: **Principio acusatorio. Congruencia entre acusación y condena**

Recurso de Casación: n.º **10856/2012**

Artículos: **24 CE, 399 bis Código Penal; 788 y 789 LECrim**

Congruencia entre acusación y condena: denunciada la vulneración del principio acusatorio y del derecho a ser informado de la acusación al condenarse por tipo penal distinto del sostenido, la Sala lo desestima considerando que la acusación por un delito de falsificación de tarjetas de crédito permite la condena por un delito de tenencia de útiles para la falsificación al tratarse de infracciones homogéneas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—Con la misma cobertura legal —art. 852 LECrim— pero denunciando la violación del derecho a ser informado de la acusación (art. 24.2 CE) se articula otro motivo también por ambos recurrentes denunciando que han sido condenados por un delito —art. 400: tenencia de útiles y materiales destinados a la falsificación de tarjetas de crédito—por el que no habían sido acusados. La pretensión acusatoria se movía en torno a los arts. 386 y 387 (actual 399 bis) CP: falsificación de tarjetas de crédito.

Es correcta la exposición que hacen los recurrentes del principio acusatorio y sus exigencias, pero no su proyección al presente caso.

La referencia legal básica para analizar este problema es el art. 789.3 LECrim que, aunque situado en sede de procedimiento abreviado, es trasladable al procedimiento ordinario. Dice tal norma: «La sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado, salvo que

alguna de las acusaciones haya asumido el planteamiento previamente expuesto por el Juez o Tribunal dentro del trámite previsto en el párrafo segundo del art. 788.3». Como es conocido ese trámite (art. 788.3) es el equivalente (con todas las matizaciones que se quieran hacer cuyo detalle aquí sería improcedente) a la tesis acusatoria del art. 733 LECrim prevista para el procedimiento ordinario.

La acusación por falsificación de tarjetas de crédito habilita para la condena por un delito de tenencia de útiles para cometer tal delito. Éste es en definitiva un acto preparatorio de aquél, elevado al rango de delito autónomo. La acusación por aquél engloba la acusación por éste: entre ambas infracciones no sólo hay igualdad de bien jurídico protegido, sino desde el punto de vista sustantivo una relación de consunción determinada por la progresión delictiva. Pocos casos más claros de homogeneidad pueden encontrarse: el delito del art. 399 bis embebe al del art. 400 que se construye por referencia a aquél. No se ha producido variación fáctica. El Tribunal se ha limitado a suprimir las referencias de las acusaciones (folios 349 y ss. del Tomo X y 56 y ss. del Tomo XI) que consideraban que se había dado el siguiente paso en el iter criminis (confección de algunos documentos falsos), pero no ha añadido ningún hecho. No hay alteración ni factual ni jurídica imprevista o imprevisible. El art. 400 —lo apunta tanto el Fiscal como la sentencia— resulta residual respecto del tipo previsto en el art. 399 bis.

Dice a este respecto la STC 174/2001, 26 de julio: «A la luz de la jurisprudencia constitucional, la queja no puede ser compartida, pues si bien es cierto que este Tribunal ha declarado que a efectos de la fijación de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas el momento en el que la pretensión penal queda definitivamente fijada y delimitada (SSTC 20/1987, de 19 de febrero, FJ 5; 91/1989, de 16 de mayo, FJ 3; 62/1998, de 17 de marzo, FJ 5; 87/2001, de 2 de abril, FJ 6), determinando el escrito de calificaciones definitivas los límites de la congruencia en materia penal (STC 62/1998, de 17 de marzo, FJ 5), no lo es menos que la congruencia sólo requiere la identidad del hecho punible y la homogeneidad de las califica-

ciones jurídicas (SSTC 104/1986, de 17 de julio, FJ 4; 225/1997, de 15 de diciembre, FFJJ 3 y 4), y que, aun cuando se produzca dicha incongruencia, para entender lesionado el derecho al proceso con todas las garantías es necesario que se advierta «que hubo elementos esenciales de la calificación final que de hecho no fueron ni pudieron ser plena y frontalmente debatidos» (por todas STC 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 4; 87/2001, de 2 de abril, FJ 6). Desde las exigencias de la indefensión real y efectiva no puede sostenerse que se haya producido la lesión alegada, pues para que ésta se produzca no basta con la modificación de los hechos por los que se efectúa la acusación en las calificaciones provisionales y en las calificaciones definitivas; a efectos de ocasionar un resultado de indefensión real no resulta indiferente si dicha alteración implica la adición o la eliminación de imputaciones sobre hechos constitutivos de delito de las conclusiones provisionales, pues en los casos de disminución de los hechos delictivos objeto de acusación el acusado habrá tenido ocasión de alegar cuanto estimó oportuno en relación con todas las imputaciones delictivas que figuraban en el escrito de conclusiones provisionales, aunque no se mantengan en las calificaciones definitivas. Sólo si en las calificaciones definitivas se adicionan imputaciones delictivas respecto de las que figuraban en las calificaciones provisionales cabe plantear la existencia de una acusación sorpresiva o cuestionarse la posibilidad de la indefensión material, dado que éstas se efectúan una vez que ha tenido lugar el debate contradictorio en el juicio oral...». Aunque se está analizando una modificación de conclusiones el argumento es mutatis mutandi referible a la necesaria correlación entre acusación y sentencia. En igual sentido apunta la STC 73/2007, de 16 de abril, pertinentemente invocada por el Ministerio Público en su dictamen: «sólo si ha existido un detrimento material del derecho de defensa, al contener la condena algún elemento esencial de imputación que no haya podido ser realmente debatido, cabrá apreciar la vulneración del derecho fundamental» (SSTC 225/1997, de 15 de diciembre; 35/2004, de 8 de marzo; 71/2005, de 4 de abril)».

Los motivos no pueden prosperar.

Sentencia 47/2013, Sala Segunda del TS, de 29 de enero

Ponente: **Don Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

Resumen: **Abuso sexual con prevalimiento. Violencia de género**

Recurso de Casación: n.º 10893/2012

Artículos: 153, 173 y 181 Código Penal

Se concluye en la sentencia la posibilidad (a decidir caso por caso) de apreciar abuso sexual con prevalimiento en el marco de las relaciones de pareja, cuando concurre una relación de violencia habitual.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—En el tercer motivo, al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 181.3 del Código Penal, remitiéndose a los argumentos contenidos en el voto particular, pues de los hechos probados no se desprende la existencia de un delito de abuso sexual.

En el cuarto motivo, con el mismo apoyo, nuevamente insiste en que no existía una situación de prevalimiento, que no se corresponde con lo declarado por la víctima, que reconoce que existió un lapso temporal de no menos de quince minutos que separa la discusión del acto sexual.

Ambos motivos, dado su coincidente contenido pueden ser examinados conjuntamente.

1. El artículo 181.3 del Código Penal considera abuso sexual la realización de actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima. Por lo tanto, es precisa la realización de actos de naturaleza y significado sexual mediando un consentimiento de la víctima que, sin embargo, no es libre sino que aparece viciado por una situación de superioridad del autor, de suficiente entidad como para coartar la libertad de la víctima en el momento de decidir, que es aprovechada por aquel, es decir, de la que se prevale, para superar la negativa de aquella. La jurisprudencia ha señalado, como notas del concepto de preva-

limiento las siguientes (STS n.º 841/2007): «a) Situación manifiesta de superioridad del agente. b) Que dicha situación influya de forma relevante coartando la capacidad de decidir de la víctima y c) Que el agente, consciente de esa situación de superioridad y de los efectos inhibidores que en la libertad de decidir de la víctima produce, se prevalega, la ponga a su servicio y así obtener el consentimiento viciado de la víctima».

Se ha planteado en alguna ocasión la existencia de abusos sexuales con prevalimiento en el marco de comportamientos propios de la violencia habitual en el ámbito doméstico dirigida por el varón contra la esposa o pareja sentimental. Como característica de esa clase de violencia se ha mencionado la existencia de una situación permanente de agresión, la «... permanencia en el trato violento» (STS n.º 770/2006 o 1212/2006), que causa un continuado temor a la víctima, la cual vive en «...un microcosmos regido por el miedo y la dominación», (STS n.º 927/2000), de forma que puede cuestionarse si eso, es decir, la superioridad del varón generada por su continua actitud violenta y despreciativa hacia la mujer, es suficiente para dar lugar al prevalimiento exigido en el artículo 181.3 del Código Penal.

Esta Sala ha contemplado supuestos de agresiones sexuales en el ámbito de una relación matrimonial o equivalente (STS n.º 525/2009, entre otras), incluso en el marco de una relación de violencia física habitual del varón contra la mujer (STS n.º 433/2009 o STS n.º 506/2009, entre otras), cuando las características de la violencia

o intimidación empleadas así como las demás circunstancias de los hechos permitan esa calificación jurídica.

Igualmente ha reconocido «...véanse la sentencia de 22/10/2007 y las que recoge— la situación fronteriza entre la intimidación y el prevalimiento, cuya diferenciación ha de ser siempre una actividad individualizada en cada caso; y que, en el supuesto de prevalimiento, el consentimiento de la víctima está meramente viciado mientras que, en el de intimidación, no existe tal doblegada por el miedo que le provoca la actitud del agente» (STS n.º 436/2008).

2. Ante situaciones de esta clase, no es posible establecer simplemente de forma genérica que toda relación sexual que tenga lugar en el marco de relaciones caracterizadas por esa clase de situación permanente de dominación constituye por ello mismo un delito de abusos sexuales con prevalimiento, pues no puede negarse de esa forma tan general que la víctima, en algunos casos o en algunos momentos de la convivencia de la pareja, pueda actuar, en el momento concreto en el que se produce el hecho, con suficiente libertad para rechazar o aceptar el acto sexual, o incluso desearlo libremente. Pues el abuso con prevalimiento no solo exige la existencia de una situación de superioridad manifiesta, sino además, que ésta coarte (suficientemente) la libertad de la víctima y que el autor se aproveche de ella.

Pero tampoco puede negarse la posibilidad de que la situación general y permanente de dominación del varón sobre la mujer contribuya a que concretos actos de violencia inmediatamente anteriores o muy cercanos en el tiempo, aunque no estén dirigidos directamente a superar la falta de consentimiento o no tengan la entidad suficiente para, en atención a las circunstancias de todo tipo concurrentes, doblegar la voluntad contraria de la víctima, y por lo tanto no se aprecien como la violencia o intimidación propias de la agresión sexual, den lugar a una situación en la que, en tanto se actualiza para ese momento concreto la dominación del varón, la mujer, a pesar de su expreso rechazo, se vea estreñida a acceder a lo que se le pide. Así se entendió en la STS n.º 841/2007, en la que se destacaban a estos efectos dos factores: «a) la situación genérica en que se

desarrolla en vida de los esposos y b) muy especialmente las circunstancias que concurrieron en el concreto momento de las relaciones sexuales enjuiciadas».

Es claro que en esos supuestos, que deberán resultar del detenido examen de las circunstancias concurrentes, si no alcanzan los límites propios de la agresión sexual, podrá apreciarse una situación de superioridad manifiesta integrada por actos concretos de dominación muy cercanos o inmediatamente anteriores al acto sexual, que operan sobre una situación generalizada y permanente de esa misma clase y producen como efecto una coerción actual sobre la libertad de la víctima que le impide decidir libremente, y de la que el autor se aprovecha para obtener sus propósitos sin la oposición que aquella, de modo expreso, pretendiera mantener.

3. El recurrente sostiene que no hubo vicio alguno en el consentimiento de la mujer, pues los hechos ocurren unos quince minutos después de la discusión en el salón, y una vez que ambos ya se encontraban en la cama en su habitación, de manera que ella accedió libremente a lo que pretendía el acusado pensando que de esa manera se tranquilizaría.

No es decisivo que el tiempo transcurrido fuera, más o menos, de quince minutos o que cada hecho ocurriera en unas dependencias distintas del domicilio familiar. El Tribunal expresa sus dudas diciendo que la agresión física pudo tener lugar al mismo tiempo o quince minutos antes del acto sexual («un rato después», dice el hecho probado) de forma que tal alternativa, de carácter fáctico, habría de resolverse a favor del reo situándola quince minutos antes del acto sexual, que la defensa considera más favorable.

Lo que, sin embargo, resulta relevante es que, luego de una negativa expresa inicial, el consentimiento de la mujer a la práctica sexual demandada por el acusado se produce en momentos temporales muy cercanos a una exteriorización, concreción y actualización de la actitud general de dominio mantenida a lo largo del tiempo por el acusado, traducida en actos insultantes de especial menosprecio (insultos como «puta», «guarra» y el acto de escupirle) y de violencia física (zarrandeándola cogiéndola de los brazos y del cuello) dirigidos directamente contra la mujer, lo que

determinó, al menos, dentro de un marco de convivencia regido por el temor y la dominación, una situación concreta y manifiesta de superioridad que coartó necesariamente su libertad para decidir, aunque la víctima solo fuera capaz de traducirlo expresando que accedió para tranquilizarle, lo cual, como acertadamente pone de relieve el Ministerio Fiscal, no es sino una forma de explicar

que lo hizo para evitar la probable continuación o reiteración de actos como los que acababan de producirse. Situación que fue aprovechada por el acusado para obtener lo pretendido a pesar de la negativa inicial de su esposa.

En consecuencia, ambos motivos se desestiman.

Sentencia 62/2013, Sala Segunda del TS, de 29 de enero

Ponente: **Dona Juan Saavedra Ruiz**

Resumen: **Autoencubrimiento y profanación de cadáveres**

Recurso de Casación: n.º 10145/2012

Artículos: 139, 173, y 526 Código Penal

Se ocupa la sentencia con un caso de gran trascendencia mediática y extractamos de ella sólo la argumentación relativa a la relación entre la negativa a informar sobre dónde se encuentra un cadáver, en cuanto forma de autoencubrimiento y los posibles delitos de profanación de cadáveres e inflicción de un trato degradante, incluyendo las consideraciones al respecto de uno de los votos particulares emitidos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Décimo.—El segundo de los motivos por infracción de ley interesa la aplicación del art. 526 CP, solicitándose tal responsabilidad penal respecto de Nazario Javier y de Primitivo Imanol a través de los hechos que afirman que los afectados «...decidieron hacer desaparecer el cadáver...» y que efectivamente lo lograron «...en lugar que se desconoce...», siguiéndose como consecuencia de lo anterior que los familiares de Luz Marina no hayan podido «dar sepultura a su cuerpo, causando si cabe mayor dolor por la muerte de la menor a sus padres y hermanas». Para la acusación recurrente, el mero hecho de hacer desaparecer un cadáver, con independencia de dónde o cómo se materialice, integra dicho ilícito, pues «se profana» desde el momento en que se atenta contra la dignidad del fallecido y de sus familiares cuando se les impide, como en este caso, darle sepultura.

1. Sanciona el art. 526 CP a quien «faltando al respeto debido a la memoria de los muertos,

violare los sepulcros o sepulturas, profanare un cadáver o sus cenizas o, con ánimo de ultraje, destruyere, alterare o dañare las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos», estableciendo para ello penas de tres a cinco meses de prisión o bien multa de seis a diez meses. El diccionario de la lengua española (DRAE) define el verbo «profanar» bajo dos únicas acepciones: 1) tratar algo sagrado sin el debido respeto o aplicarlo a usos profanos; 2) deslucir, desdorar, deshonorar, prostituir o bien hacer uso indigno de cosas respetables. Por su parte, el verbo «deshonrar» admite entre sus varias acepciones las de quitar la honra, injuriar y escarnecer o despreciar a alguien con ademanes o actos ofensivos e indecentes. Finalmente, por «ultrajar» se entiende tanto el hecho de injuriar como el de despreciar o tratar con desvío a alguien, entre otras opciones semánticas.

Son varias las ocasiones en las que esta Sala ha interpretado este precepto penal. Según constata la STS núm. 279/2010, de 22 de marzo, con las salvedades propias de los ilícitos en caso de

conflicto armado, no existe ninguna otra figura típica en la que el cadáver sea el específico objeto de protección penal, lo que no quiere decir que no goce de amparo a través de otros apartados del Código por conexión con la protección de la persona misma. Por su parte, la STS núm. 70/2004, de 20 de enero, citada en el recurso, apunta hacia dos elementos concurrentes en este ilícito: 1) un acto de profanación de un cadáver, como en aquel caso se reputaba al hecho de haber incendiado el vehículo en cuyo interior se encontraba el cuerpo del fallecido, que los autores habían arrastrado hasta allí, quedando de este modo calcinados vehículo y cadáver; y 2) tal acto de profanación ha de hacerse faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, no precisándose aquí del ánimo de ultraje que sí se exige, en cambio, a los daños en las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos.

La mayor parte de la doctrina viene entendiendo que el tipo delictivo que examinamos no exige un específico elemento subjetivo del injusto, añadido al dolo concurrente en toda clase de delitos dolosos: tal falta de respeto, simple mención en la definición legal del bien jurídico protegido, debe vincularse al valor que la sociedad confiere a un cadáver en cuanto cuerpo de una persona fallecida. Adquiere así un marcado componente objetivo, independiente de la voluntad última de quien ejecuta el acto de profanación. De este modo, lo relevante es que el acto por el que se profana el cadáver o sus cenizas sea tenido por tal para el común de la sociedad, fuere ésta u otra la «vis» intencional que movió al autor. Ahora bien, para que pueda entenderse afectado el bien jurídico, el acto de profanación ha de revestir cierta entidad, como asimismo se desprende del segundo requisito, a saber, la mencionada falta de respeto, a la que va irremediabilmente concatenado. Se trata, en cualquier caso, de un concepto de compleja delimitación que, al aparecer formulado en forma abierta, admite ilimitados modos de comisión. En el plano subjetivo, únicamente exige el Legislador que el sujeto activo haya actuado con el doble conocimiento de que con su conducta profana un cadáver o sus cenizas y que con ello falta al respeto debido a la memoria de los muertos. Ninguna otra intencionalidad agrega el Legislador, que no usa en esta ocasión fórmulas que sí son habituales en otros apartados del Código, tales como actuar «con ánimo de», «con intención de», «con propó-

sito de», «a sabiendas de» o «con el conocimiento de».

Volviendo a la perspectiva genérica de la acción típica, aclara la STS núm. 1036/2007, de 12 de diciembre, que, de las diferentes conductas que contempla el precepto, dos de ellas aparecen íntimamente enlazadas, como son la violación de sepulturas y la profanación de cadáveres, para las cuales se precisa faltar al respeto debido a la memoria de los muertos, mientras que la tercera consistirá en la destrucción, alteración o daño de otros objetos funerarios, precisándose sólo en este caso un ánimo de ultraje.

Recordaba esta misma sentencia que las conductas de «violar» y «profanar» tienen en la doctrina un significado jurídico heterogéneo, dada la multiplicidad de usos gramaticales con los que se admiten en el Código Penal. Vulgarmente, por «violar» se entiende «infringir una Ley o precepto», «profanar un lugar sagrado» o «ajar o deslucir una cosa». También la «acción que material y físicamente incide sobre un determinado objeto, a través de formas tales como las de penetrar, hollar o manipular». Sintetizando todas ellas, podemos considerar típicos aquellos actos que impliquen violentar o manipular el interior, descubrir o penetrar un sepulcro o sepulturas. Estas dos últimas se confirman como el objeto de la acción y aunque realmente no sea necesaria su diferenciación, en cuanto ambos se corresponden con el lugar donde se entierra un cadáver, la doctrina los separa, definiendo el «sepulcro» como la «obra por lo común de piedra que se construye levantada del suelo para dar custodia a un cadáver» y la «sepultura» como el «hoyo que se hace en tierra para enterrar un cadáver». En ambos casos se exige que el cadáver se halle dentro, cualquiera que sea el estado en que se encuentre.

Es, no obstante, la segunda acción típica —profanar un cadáver o sus cenizas— la que ha de centrar nuestra atención, concibiéndose como aquel acto de deshonra o menosprecio directamente dirigido sobre el cuerpo sin vida de una persona, según apuntaba la citada STS núm. 1036/2007. Para solventar las dudas que generaba el antiguo art. 340 del CP de 1973, el Texto actual amplía el objeto material, siguiendo el derecho penal alemán, por cuanto las cenizas merecen idéntico respeto y protección. En todo caso se

precisa que, como consecuencia de este comportamiento, se falte al respeto debido a la memoria de los muertos.

La naturaleza de este requisito es controvertida. Siguiendo en este punto a las SSTS núm. 70/2004 y 1036/2007, debemos rechazar, tal y como antes adelantábamos, que se trate de un especial elemento subjetivo del injusto, equiparable a un concreto ánimo del sujeto activo dirigido a faltar al mentado respeto. Con esta expresión se objetiva, en cambio, un elemento del tipo, de manera que las actuaciones de violación o profanación concretamente ejecutadas habrán de ostentar la significación objetiva de faltar al respeto, muestra del reflejo psicológico que ha de causar en la conciencia colectiva la acción de violar un enterramiento o de profanar un cadáver. Se trata, en definitiva, de una restricción del tipo objetivo desde el bien jurídico protegido, al que de modo inusual alude explícitamente la norma, concretada en el requisito de que la acción de violación y/o profanación ostenten la significación objetiva de faltar al respeto.

El bien jurídico común a todo el art. 526 CP es la ofensa al sentimiento de respeto que inspira en la comunidad social la memoria de las personas fallecidas, por lo que presenta un marcado carácter sociológico-social. Sujeto pasivo es, bajo este punto de vista, la propia sociedad, en tanto que titular de ese sentimiento colectivo. Consecuentemente, si a pesar de realizar la conducta típica no se produce dicho efecto, el hecho no será punible.

Se ha estimado así que quedan fuera del tipo objetivo conductas como la del depósito colectivo de restos cadavéricos, en fosas comunes, por parte de los servicios públicos encargados de la organización y policía de los cementerios, aun cuando con ello se provocara su mezcla. Sí se han estimado, en cambio, concurrentes los dos elementos objetivos del tipo (profanación y ofensa al sentimiento de respeto que merecen en la comunidad social los seres humanos fallecidos y sus cadáveres, compatible esto último con otros ánimos específicos como el sexual, de venganza o de lucro), en la conservación en los bajos de una funeraria y en el propio domicilio de cajas con restos cadavéricos etiquetados bajo identidades correspondientes a personas cuyas cenizas figuraban como entregadas previamente a sus familiares, así como

de cajas con restos de cuerpos esqueletizados etiquetadas con una identidad diferente de la de los restos descubiertos, acreditándose que correspondían a familias distintas, la correspondiente a la del nombre de la caja y las de los restos, y a los que en su día se les entregaron también las cenizas (STS núm. 1036/2007, de 12 de diciembre).

La STS núm. 1068/2010, de 2 de diciembre, descartaba por el contrario el delito de profanación de cadáveres ante un intento de descuartizar el cuerpo de la víctima, sin perjuicio de valorar tal circunstancia bajo un mayor reproche penal a la hora de individualizar la pena correspondiente al hecho previo de haberle dado muerte. Rechazaba asimismo este ilícito, en su formulación anterior del art. 340 del CP de 1973, la STS de 19/11/1991 (rec. núm. 699/1990), al faltar la específica voluntad de menospreciar u ofender el cadáver de su víctima y de violentar así el respeto debido a la memoria de los muertos, pues la conducta allí ejecutada consistió en desvestir el cuerpo y, tras hacer el autor lo propio consigo mismo, colocarse sobre aquél con otros fines, lúbricos y auto-lesivos, no consiguiendo este último propósito el autor a pesar de intentarlo varias veces.

El propio Código Penal sanciona también entre los delitos contra las personas y bienes en caso de conflicto armado, como antes apuntábamos, el despojo de sus efectos «a un cadáver, herido, enfermo, naufrago, prisionero de guerra o persona civil internada» (art. 612.7 CP). En similar forma proscribía el Código Penal Militar, como contrarios al decoro militar, no sólo los actos de expolio y pillaje ejecutados sobre los fallecidos, sino igualmente la «mutilación» o «ultraje» de un cadáver caído en acción militar o de guerra (art. 163 CPM), sin definir no obstante estos conceptos. También los cuatro Convenios de Ginebra y sus correspondientes Protocolos adicionales prevén, entre sus reglas éticas para el caso de guerra o conflicto armado, la prohibición de todo acto de profanación de los caídos con ocasión de tales acciones, sean civiles o militares.

Nuestro Legislador, lejos de acoger un criterio cerrado que delimite «a priori» lo que debemos entender por profanación penalmente punible, opta en todos estos casos —también en el del art. 526 CP— por ofrecer un concepto más amplio o difuso, cuya concreción deja en manos del juz-

gador, que será quien a través de los perfiles que presente el supuesto enjuiciado, es decir, atendidas las circunstancias concurrentes, determine si ha existido un acto de profanación que lesiona el respeto debido a la memoria de los muertos. En todo caso, deberán describirse en el hecho histórico aquellas acciones determinantes del acto de profanación. El estudio de la cuestión requiere, pues, del análisis caso a caso. Sólo en función de sus concretas características podrá determinarse si existió un acto de profanación que, por su entidad, vulnera el respeto requerido por los ciudadanos sobre sus congéneres fallecidos.

2. Necesario es confrontar también este tipo penal con la figura del autoencubrimiento, es decir, con la conducta por la que el partícipe en un delito o falta trata de ocultar o eliminar los vestigios de la infracción cometida, bien porque pudieren sacar a la luz su comisión, bien porque habrían de mostrar su participación en la misma. Al efecto, decíamos en la STS núm. 497/2012, de 4 de junio, siguiendo a las SSTS núm. 600/2007, de 11 de septiembre, y 671/2006, de 21 de junio, y por referencia a otras anteriores como la STS de 05/02/1990, que el autoencubrimiento es, en términos generales, impune, salvo en el caso de que los actos practicados por el autoencubridor constituyan por sí mismos un nuevo delito, por lo que para decidir la absorción por el primer delito de la acción que pretende encubrirlo habrá de estarse de nuevo a los matices del caso. También se refería la STS núm. 671/2006 a los llamados «actos cope-nados», es decir, actos cuya sanción penal ya está comprendida en la pena principal, de forma que lo menos queda absorbido en lo más por progresión delictiva. Ahora bien, añadía que «la consunción de una norma sólo puede admitirse cuando ninguna parte injusta del hecho queda sin respuesta penal, debiendo acudir en otro caso al concurso de delitos». Así, el principio de absorción delictiva (art. 8.3.^a CP) únicamente podrá aplicarse cuando el precepto penal más complejo consuma al otro más simple, lo cual solamente podrá admitirse cuando ninguna parte injusta del hecho quede sin respuesta penal, pues en otro caso deberá acudir al concurso de delitos. En efecto, el art. 8.3 CP recoge la fórmula «lex consumens derogat legi consumptae», lo que significa que el injusto material de una infracción acoge en sí cuantos injustos menores se sitúen respecto de ella en una relación

cuantitativa de inferioridad, como el homicidio que absorbe las lesiones producidas para causarlo. Y lo mismo con respecto a los actos preparatorios y ejecutivos previos a la consumación. También se admite la consunción respecto de la ocultación de pruebas del delito efectuada por sus propios autores, que la STS núm. 671/2006 expresamente relacionaba con la inhumación ilegal del cadáver en supuestos de homicidio y asesinato. Se acoge así la teoría del autoencubrimiento impune (STS núm. 181/2007, de 7 de marzo).

El estudio de esta materia en nuestra jurisprudencia viene de antiguo, mostrándose ya favorable a la impunidad del autoencubrimiento, en virtud del principio de no exigibilidad. La STS de 18/09/1992 (rec. 273/1991), recogiendo otros precedentes remotos, tales como las SSTS de 5 de diciembre de 1956, 14 de mayo de 1960, ó 19 y 21 de diciembre de 1977, entre otras, reconocía ya entonces que se encontraba en franco retroceso la orientación favorable al concurso de delitos, por la que ninguna infracción absorbe a la otra al ser dos los bienes jurídicos atacados (SSTS de 8 de octubre y 22 de noviembre de 1947, 27 de enero de 1951, 14 de febrero de 1964, 4 de marzo de 1965, 15 de noviembre de 1977 y 4 de junio de 1983). Los fundamentos de la teoría del autoencubrimiento impune acabaron por imponerse en esta Sala, señalándose que no puede ser apreciado el delito de encubrimiento en aquellos supuestos en los que con el traslado del cadáver, e incluso con su descuartizamiento (STS núm. 398/2012, de 4 de abril) o con su posterior destrucción en una incineradora, exclusivamente se pretende esconder y disimular la acción homicida, y no atentar contra otras normas, incluidas las de salud pública (STS de 16/03/1993, rec. 256/1992). Cuestión distinta será, evidentemente, que con las actuaciones realizadas para semejante autoencubrimiento se rebase dicha finalidad, supuesto en el que podrá seguir valorándose un posible concurso de delitos, como examinaremos más abajo en relación con el delito contra la integridad moral.

3. La cuestión que se somete a nuestra consideración debe partir, en cualquier caso, de un punto previo a la tipicidad, en la medida en que ni de los apartados fácticos destacados por la acusación recurrente, ni del restante contenido de los hechos probados es posible extraer en este caso los elementos que han de sustentar el ilícito en cues-

ción. Ciertamente es que el hecho 2.º afirma en sus incisos 5.º y 6.º que, tras hablar y discutir durante un rato qué hacer ante la situación, Nazario Javier y «Bola» «decidieron hacer desaparecer el cadáver» de Luz Marina junto con todos sus efectos personales, y que entre los dos, contando con ayuda de al menos «un tercero desconocido», sacaron el cuerpo de la menor de la vivienda en la que había fallecido, valiéndose para ello de la silla de ruedas que había pertenecido a la madre de Nazario Javier. Lograron efectivamente su propósito, «haciendo desaparecer el cadáver en lugar que se desconoce». El hecho 6.º da también cuenta de cómo a lo largo del proceso Nazario Javier «de forma reiterada se ha negado a decir qué destino ha dado al cuerpo» de la víctima, llegando a ofrecer varias versiones, todo lo cual ha impedido a los familiares de Luz Marina «dar sepultura a su cuerpo causando si cabe mayor dolor por la muerte de la menor a sus padres y hermanas».

Aplicando la doctrina que nos ocupa a estos hechos, únicos de los que podría derivarse la consecuencia penal que interesa la recurrente, no es posible entender concurrentes los elementos objetivos antes citados, es decir, la efectiva profanación unida a la falta del respeto debido a la fallecida Luz Marina y su memoria. Sin perjuicio de que, como señalamos en la STS núm. 1036/2007, de 12 de diciembre, el tipo penal no exige un dolo específico de ultrajar, siendo suficiente con atentar contra el respeto debido a la memoria de los muertos, lo escueto del pronunciamiento de instancia sobre las acciones efectivamente ejecutadas sobre el cuerpo de la joven y la situación en la que haya podido quedar su cadáver dificultan una aproximación a la figura delictiva del art. 526 CP por vía de infracción de ley. A tenor del relato fáctico en su conjunto, sólo llegamos a conocer que se le dio muerte bruscamente, empleando para ello un cenicero con el que se le propinó un contundente golpe seco en la sien, así como que poco después su cuerpo inerte fue colocado en la silla de ruedas, haciéndolo desaparecer de forma desconocida. De esas solas circunstancias no es viable entender profanado el cuerpo de Luz Marina.

Su sola desaparición no puede integrar el delito interesado, pues el tipo penal del art. 526 CP precisa la constatación de un acto de profanación sobre el cadáver, debiendo ser dicho acto,

por sí mismo deshonesto, indigno o indecoroso, el que conmueve a la sociedad y, por ende, lesiona el respeto exigible.

Tal desaparición, por otro lado, se muestra directamente relacionada en la sentencia con el ejercicio del derecho de defensa por parte de Nazario Javier (art. 24.2 CE), argumento que maneja la Audiencia para excluir cualquier condena de esta naturaleza. En los hechos probados tampoco se recoge mención alguna de la que extraer respecto de este procesado un dolo, siquiera genérico, de faltar al respeto debido al cuerpo de Luz Marina. Nada se describe que, sobrepasando la mera intencionalidad de ocultarlo con fines de autoencubrimiento, pueda constituir un acto de profanación. A mayor abundamiento, y al hilo de la más reciente doctrina del TEDH sobre revisión en vía de recurso de elementos subjetivos frente a previos pronunciamientos absolutorios, de la que daba cuenta por primera vez nuestra STS núm. 670/2012, no es posible en sede casacional emitir el interesado pronunciamiento de tipicidad, en la medida en que comportaría modificar la valoración de instancia sobre los fines que presidieron la conducta de Nazario Javier, único procesado al que la sentencia combatida hace partícipe de las tareas de ocultación del cadáver de Luz Marina (recordemos que ninguna participación se atribuye a Primitivo Imanol, por lo que la petición típica que asimismo formula la acusación para este acusado excede nuevamente los límites de la infracción de ley). Siendo aquél el reconocido ejecutor de la muerte de la joven, su conducta personal dirigida al posterior ocultamiento del cuerpo y demás elementos de prueba resulta impune a la vista de los hechos declarados probados, al no rebasarse el autoencubrimiento en este caso.

Ahora bien, tal conclusión no impide que otros aspectos fácticos vinculados a la conducta mantenida por este procesado puedan ser tratados desde una diferente perspectiva penal, cual es la integridad moral, que plantea el Ministerio Fiscal como delito autónomo en el cuarto motivo de su recurso, asociando este ilícito a los efectos psicológicos causados por Nazario Javier en los familiares de la fallecida Luz Marina, principalmente en sus padres.

Por lo tanto, y sin perjuicio de lo que luego se dirá, el presente motivo debe ser desestimado.

(...)

Decimocuarto.—Encabeza el grupo de los motivos por infracción de ley (art. 849.1.º LECrim) la subsunción de los hechos bajo la figura del delito contra la integridad moral que prevé el art. 173.1 CP, en su actual inciso 1.º

Al tal fin, el Ministerio Público acota los pasajes fácticos correspondientes al hecho 6.º, relativos al sufrimiento añadido por Nazario Javier a los familiares de la menor al ofrecer varias versiones sobre el lugar en que se deshicieron de su cuerpo, impidiéndoles además darle sepultura, y al hecho 7.º, que detalla los gastos ocasionados al Estado como consecuencia de las labores para su localización en las zonas que se describen. De ellos extrae el Fiscal los elementos que precisa el delito contra la integridad moral, estimando carente de racionalidad la negativa que la Audiencia ofrece respecto del elemento subjetivo en los FF.JJ. 29 y 30, bajo el único argumento de que con este proceder Nazario Javier no ha tenido intención de vejar, humillar o envilecer a los familiares directos de Luz Marina, sino únicamente de evitar ser descubierto.

1. Los hechos probados reflejan, efectivamente, en su apartado 6.º que a lo largo del proceso Nazario Javier «de forma reiterada se ha negado a decir qué destino ha dado al cuerpo» de Luz Marina, «llegando a ofrecer varias versiones, es decir, en primer lugar que tiraron el cadáver de la menor al río, en segundo lugar, que lo tiraron al interior de un contenedor de basuras, cercano a la CALLE001 y, en tercer lugar, que ayudó a introducir el cadáver en un coche desconociendo qué se hizo con el mismo», lo que ha impedido a los familiares de Luz Marina «dar sepultura a su cuerpo, causando si cabe mayor dolor por la muerte de la menor a sus padres y hermanas». El apartado 7.º añade a lo anterior cómo en función de esas cambiantes versiones del procesado «se desarrollaron intensas labores de búsqueda en una extensa zona del río Guadalquivir», así como «en un vertedero de basura situado en Alcalá de Guadaíra». Igualmente, a raíz de una declaración de Rocío, que por entonces fuera novia de Nazario Javier, también se buscó el cuerpo de Luz Marina «en unos terrenos ubicados en el término municipal de Camas», ocasionándose al Estado unos gastos cifrados en su conjunto en 616.319'27 euros.

Como después veremos, el apartado 7.º tiene relevancia a la hora de analizar el siguiente motivo por inaplicación del art. 113 CP, pero no conforma propiamente el sustrato fáctico potencial del delito contra la integridad moral.

2. El estudio de esta cuestión requiere adentrarse previamente con carácter general en el conflicto entre el legítimo ejercicio del derecho de defensa y el colateral daño psíquico y moral que la conducta, en este caso de Nazario Javier, haya podido acarrear en los familiares directos de la víctima, al referir de forma continuada diferentes versiones sobre dos puntos fundamentales: a) la forma en la que la menor fue agredida, llegando a incluir en su relato en un determinado momento procesal elementos propios de una violación, lo que ya ha valorado esta Sala a efectos de estimar justificada la respuesta punitiva que ha merecido en la instancia el asesinato cometido; y b) el lugar en que se encuentra depositado el cuerpo y la forma en que las personas involucradas en su desaparición y, en particular, este procesado se deshicieron del mismo, cuyo análisis hemos de realizar ahora.

El derecho de defensa (art. 24.2 CE) es, en sus múltiples facetas, la principal manifestación de la tutela judicial efectiva que ha de amparar a todo ciudadano (art. 24.1 CE). No por ello está ausente de límites, algunos de los cuales ha perfilado nuestra jurisprudencia (vid. a tal fin STS de 29/09/1994 ó SSTS núm. 715/1996, de 18 de octubre, y 1085/2000, de 21 de julio), no pudiendo incurrir en «la tentación de instrumentar con hiperbólicos alcances su real y genuina función en el marco del más amplio panorama del derecho a la tutela judicial efectiva» (STS núm. 715/1996). En el elenco de derechos y garantías que incorpora la tutela judicial, se admite que el sospechoso, inculgado, imputado o acusado pueda guardar silencio, total o parcial, o incluso silenciar aquellas partes que no le convengan, siendo estas facultades una manifestación de sus derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, expresamente previstos en el art. 24.2 CE como garantía instrumental del más amplio derecho de defensa, a tenor del cual se reconoce a todo ciudadano el derecho a no colaborar en su propia incriminación (STS núm. 857/2012, de 9 de noviembre, por remisión a las SSTC núm. 57/2002, de 11 de marzo, FJ. 4; 155/2002, de 22 de julio, FJ. 11; y 152/2004, de 20 de septiembre, FJ. 2).

Según destacaba la STS núm. 351/2012, de 7 de mayo, el mismo TEDH ha precisado—también lo ha apuntado nuestro Tribunal Constitucional—que, aunque no esté específicamente mencionado en el Convenio, el derecho a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo es inherente a la noción de proceso justo del art. 6 CEDH. Del mismo modo, recordó que no se trata de un derecho absoluto o ilimitado. Así, al igual que no podría aceptarse el abuso policial o judicial frente al legítimo ejercicio de estos derechos del acusado (STS núm. 178/2006, de 16 de febrero), tampoco cabe entender privado de toda frontera su utilización por aquél.

Los diferentes derechos y garantías constitucionalmente reconocidos al justiciable no son derechos absolutos en el sentido de ilimitados, particularmente en materia penal y procesal penal. En lo que nos afecta, no es concebible un ilimitado derecho de defensa que, bajo la aparente cobertura de sus concreciones en el derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, autorice la lesión de bienes jurídicos sólidamente protegidos por el ordenamiento penal. En este sentido se ha pronunciado el TEDH en diversas ocasiones, subrayando que tales derechos a guardar silencio y a no declarar contra uno mismo no son absolutos ni cuasi-absolutos, siendo incluso admisible extraer inferencias del silencio del acusado con determinados condicionantes (vid. STEDH de 8 de abril de 2004, caso *Weh c. Austria*; o STEDH de 29 de junio de 2007, caso *O'Halloran y Francis c. Reino Unido*, entre otras).

Admitido por nuestro Tribunal Constitucional que el derecho a no declarar contra uno mismo puede extenderse al acto de callar, total o parcialmente, o incluso de mentir abiertamente, es oportuno destacar los límites que, ello no obstante, apunta el propio Tribunal en su STC núm. 142/2009, de 15 de junio, conociendo del recurso de amparo núm. 2406/2006: «Los recurrentes (...) sostienen que, en virtud del derecho fundamental que invocan, y en la conexión que el mismo tiene con el derecho de defensa, tenían derecho a mentir, dado que materialmente tenían la condición de imputados en el procedimiento administrativo, sin que de sus manifestaciones en la comparecencia en la información reservada pudiera derivarse consecuencia negativa alguna. Aluden también—bajo la confusa invocación del art. 24.1 CE, articulada

como tercer motivo de amparo— a que el derecho se ve vulnerado cuando los actos de ejercicio del mismo dan lugar a la imposición de una sanción. En esa misma línea, el Ministerio Fiscal sostiene que las manifestaciones realizadas por los agentes tenían un claro carácter defensivo de su actuación profesional, por lo que quedarían amparadas en el ejercicio del derecho fundamental.

Pues bien, situándonos en esa dimensión de la queja, es cierto que este Tribunal ha afirmado que el imputado en un proceso penal no está sometido a la obligación jurídica de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (por todas, SSTC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5, 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 3; 312/2005, de 12 de diciembre, FJ 1; 170/2006, de 5 de junio, FJ 4) y que no pueden extraerse consecuencias negativas para el acusado derivadas exclusivamente del ejercicio de su derecho a guardar silencio o de los derechos a no declarar contra sí mismo o a no confesarse culpable (por todas, STC 76/2007, de 16 de abril, FJ 8). A lo que cabría añadir que el ejercicio del derecho de defensa—al que aparecen íntimamente vinculados los derechos fundamentales invocados por los recurrentes— ofrece una cobertura reforzada a las manifestaciones vertidas tanto por los Abogados en el ejercicio de su función de defensa, como por los ciudadanos que asumen por sí mismos en un procedimiento la defensa de sus derechos e intereses legítimos, por no ser preceptiva la asistencia letrada (por todas, SSTC 288/1994, de 27 de octubre, FJ 2; 102/2001, de 23 de abril, FJ 4, y 299/2006, de 23 de octubre, FJ 4).

Ahora bien, de todo lo anterior no puede concluirse—como hacen los recurrentes— que los derechos a no declarar contra sí mismos y no declararse culpables en su conexión con el derecho de defensa consagren un derecho fundamental a mentir, ni que se trate de derechos fundamentales absolutos o cuasi absolutos, como se llega a sostener en la demanda, que garanticen la total impunidad cualesquiera que sean las manifestaciones vertidas en un proceso, o la ausencia absoluta de consecuencias derivadas de la elección de una determinada estrategia defensiva. Ello no es así ni siquiera en el proceso penal. Pues aunque hemos afirmado que la futilidad del relato alternativo no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo,

so pena de asumir el riesgo de invertir la carga de la prueba, también hemos declarado que, en cambio, la versión de descargo puede servir como contraindicio o como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales se infiere la culpabilidad (por todas, SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 6; 155/2002, de 22 de julio, FJ 15; 135/2003, de 30 de junio, FJ 3; 147/2004, de 13 de septiembre, FJ 6; 55/2005, de 14 de marzo, FJ 5, y 10/2007, de 15 de enero, FJ 5). Nuestra doctrina, por tanto, desvirtúa el argumento expuesto en la demanda según el cual ninguna consecuencia negativa puede derivarse de la falsedad de las afirmaciones de los recurrentes por haber sido emitidas en el ejercicio de su derecho a no confesarse culpables» (en ambos casos el subrayado es nuestro).

3. Extrapolando este criterio al supuesto de autos, debe disentirse de la opinión de instancia a tenor de la cual la conducta sostenida por Nazario Javier a lo largo del proceso, variando de forma caprichosa y contumaz su versión sobre lo sucedido, encuentra cobertura ilimitada en el derecho de defensa, de forma que es posible traspasar la línea del autoencubrimiento impune aun cuando dicha conducta sea lesiva de derechos de terceros, lesionando su integridad moral y sin que ello sea necesario además en términos de estricta defensa.

Excedió, en cambio, el acusado en este caso los límites de las garantías procesales que le asisten y, en particular, de sus derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable para erigirse su conducta en una acción directamente lesiva de la dignidad de los padres de la víctima, sin que ello fuera necesario en términos de estricta defensa. Con el proceder que describen los hechos apuntados por el Fiscal, el único acusado condenado en la instancia ha hecho uso, ciertamente, de su legítimo derecho a declarar, cuantas veces y en la forma que se han estimado oportuno. Pero no se ha limitado a ello, como veremos a continuación.

La sentencia realiza una lacónica exclusión del delito en cuestión, refiriéndose al intangible derecho de defensa. Pero no puede compartirse, en términos de estricta legalidad, la posición exculpatoria mantenida por el Tribunal de instancia, que ciñe tal exculpación al solo ejercicio del derecho de defensa (art. 24 CE), en la medida en que el caso presenta muchos más matices. Reconocido

el importante daño psíquico agregado al normalmente derivado de unos hechos de esta naturaleza, hemos de analizar si ese innecesario sufrimiento subsiguiente al comportamiento de Nazario Javier goza por sí mismo de autonomía penal.

4. El inciso legal al que se contrae la queja castiga a quien inflija «a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral», que actualmente constituye el primer párrafo del art. 173.1 CP y que, en su redacción anterior a la reforma operada por LO 5/2010, que era la vigente al tiempo de los hechos, conformaba la única figura delictiva en él tipificada. No ha sido, en cualquier caso, objeto de modificación interna alguna.

La integridad moral es un derecho fundamental reconocido a todos en el art. 15 de nuestra Constitución, consecuencia de la cláusula general proclamada en su art. 10, que establece como fundamento del orden político y de la paz social, entre otros derechos, la dignidad de la persona. Sin embargo, los límites del concepto constitucional de la integridad moral, cuya concreción tampoco es fácil, no tienen por qué coincidir fielmente con el ámbito de protección penal de la misma, reconocido en el art. 173.1 CP que encabeza este apartado. El precepto mencionado se refiere al trato degradante realizado por particulares que menoscaba gravemente la integridad moral de otro, con independencia de cualquier contexto o circunstancia en el que se lleve a cabo (laboral, funcional, de vivienda o familiar); es decir, el atentado a la integridad moral goza «per se» de autonomía penal, lo que explícitamente afirma el Legislador en la regla concursal contenida en el art. 177 CP cuando se refiere aquellos casos en que, además del atentado a la integridad moral, se produjesen otros delitos, que serán castigados separadamente con la pena que les corresponda. De todo ello se infiere la necesidad de acotar el radio de acción de este tipo básico.

Decíamos que no es fácil definir la integridad moral como concepto autónomo con trascendencia penal. El Tribunal Constitucional se ha referido a los conceptos de inviolabilidad como derecho de la persona a ser tratada como tal y de dignidad, consistiendo éste en el derecho de toda persona a ser tratada como tal, sin hacerla padecer sufrimientos físicos o psíquicos mediante situaciones

o conductas de humillación, envilecimiento, cosificación o instrumentalización. De forma que el trato degradante a una persona conlleva el menoscabo de su integridad moral, que, siendo grave, alcanzará la calificación del art. 173.1 CP, mientras que si no lo es podrá constituir una falta del art. 620.2 CP.

Nuestra más reciente jurisprudencia (SSTS núm. 922/2009, de 30 de septiembre, ó 985/2012, de 27 de noviembre) ha señalado que «[l]a integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, una realidad axiológica autónoma e independiente de la integridad física, la libertad en sus diversas manifestaciones o el honor. De ahí que tanto el artículo 173 como el artículo 177 del Código Penal establecen una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes de los producidos a la integridad moral.

Pero también por eso hemos de considerar que no todo atentado a la integridad moral, necesariamente, habrá de comportar un atentado a los otros bienes jurídicos, siendo posible imaginar la existencia de comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos.

Por lo que se refiere al concepto penal de integridad moral, diverso del derecho fundamental a la misma, resulta insuficiente apelar a la idea de dignidad de la persona.

El Tribunal Constitucional, que no fija un concepto preciso de integridad, le otorga un tratamiento autónomo de otras valoraciones, e interpreta un concepto desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana, es decir, el derecho a ser tratado como persona y no como cosa.

Esta Sala (STS 3.10.2001), al referirse al bien jurídico protegido, declara: «El art. 15 de la Constitución reconoce a todos el derecho a la «integridad moral» y proscribire con carácter general los «tratos degradantes». La integridad moral es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al

mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto».

De todo ello se deduce que no es aceptable sostener una regla absoluta según la cual en nombre del autoencubrimiento impune, como expresión extensiva del derecho de defensa, el autor pueda vulnerar la integridad moral de un tercero. Lo que sucede, insistimos, es que el tipo objetivo exige la gravedad del trato degradante que por sí mismo menoscaba la integridad moral de la persona. Por otra parte, se trata de un delito de mera actividad y la medida de su tipicidad está en la gravedad del menoscabo de la tantas veces mencionada integridad moral.

5. En el caso, el procesado ha abierto erróneas líneas de investigación dirigidas a la búsqueda y hallazgo del cuerpo de Luz Marina, que adelantamos resultaban innecesarias en términos de defensa. Reconociéndose partícipe de las labores de ocultación del cuerpo, ha de ser sabedor de su paradero, por lo que le bastaba con guardar silencio o con negarse a contestar para ejercitar debidamente los derechos inherentes a su defensa. El nulo resultado de cuantas pesquisas se desplegaron para la localización de Luz Marina, a tenor de sus fluctuantes versiones, además de incidir en una más pronta finalización del proceso y de provocar con ello su dilación, y además de provocar una importante inversión humana, técnica y económica a sabiendas de su inutilidad, ha tenido otros graves efectos, independientes de los anteriores.

Las dificultades iniciales en la recuperación del cadáver siguen a día de hoy vigentes. Por ello resultaba de todo punto innecesario, en términos de defensa, desviar la atención hacia otras ubicaciones, generando mayor dispersión, en la medida en que, exploradas las vías racionales de investigación, la situación del cuerpo de la fallecida sigue siendo una incógnita. La ocultación del cuerpo de Luz Marina y de los restantes vestigios del crimen cometido ya estaba materializada, en forma tan efectiva que, pese a los considerables esfuerzos judiciales y policiales durante estos cuatro años, no se ha dado con su paradero. De modo que, en términos de defensa, resultaba innecesario que Nazario Javier ofreciera, a medida que decaían sus versiones anteriores, continuas «pistas falsas» que provocaron a su vez falsas expectativas, prin-

cialmente de cara a la localización del cuerpo y prioritariamente en sus parientes más allegados.

La zozobra dilatada en el tiempo, que indudablemente ahonda el padecimiento psíquico o moral de las víctimas del delito fruto de las variaciones sucesivas del acusado sobre el destino del cadáver, queda más allá del derecho de defensa en su modalidad de autoencubrimiento impune. Lo determinante del ilícito en cuestión es, en cualquier caso, ese incremento voluntario del dolor de los familiares de Luz Marina, con la importante repercusión emocional en sus padres que recoge el Tribunal en el apartado 6.º de los hechos probados, antes transcrito, y que con mayor detalle describe el FJ. 34, a tenor de los informes periciales que señalan las graves secuelas que presentan, y que bien pudieron llevarse al relato fáctico.

Generando esas continuas expectativas en cuanto a la posible localización del cuerpo, sucesivamente frustradas, y siendo tal resultado conocido «ex ante» por el acusado en tanto que sabía de la falta de certeza de sus propias manifestaciones, Nazario Javier dañó la integridad moral de las víctimas. Son aquí los padres de la menor y sus hermanas quienes adquieren esa condición de víctimas directas del delito. Al daño moral inherente a la pérdida de un familiar tan directo, máxime cuando su muerte no es de etiología accidental sino violenta, se suma en este caso el dolor derivado de esas cambiantes versiones sobre lo sucedido y sobre su paradero, ajenas al autoencubrimiento inherente al derecho de defensa, despreciando los sentimientos y por ello la dignidad de las víctimas.

El desvalor del maltrato que, con su conducta a lo largo del procedimiento, ha ido causando Nazario Javier se proyectó sobre aquéllos, convirtiéndolos en sufridores de un trato vejatorio que, en tanto que continuado y persistente en el tiempo, ha generado en ellos un grave padecimiento no sólo físico, sino muy especialmente psíquico, con evidente lesión de su integridad moral. Tal daño aparece reflejado en el relato fáctico cuando se asocia la crueldad de esas cambiantes versiones sobre su paradero al resultado final de no poder darle sepultura, «causando si cabe mayor dolor» al ya ínsito en la muerte de la menor. Los detalles de este padecimiento extraordinario, que va más allá de la imposibilidad de cerrar el duelo por la

sola desaparición, y su efecto en la psique de Alejo Gregorio y Vicenta Bibiana los describe, como decíamos, el Tribunal en el FJ. 34 de la sentencia, dando cuenta pormenorizada de las importantes secuelas que, como consecuencia de todo ello, presentan en especial estos dos sujetos pasivos, a tenor de los informes médico-forenses. Rayan en este caso lo propio de un delito de lesiones, por el que, como lamenta el Tribunal de instancia, no se formuló acusación.

Existió, pues, un efectivo ataque al bien jurídico que la norma que analizamos trata de proteger y que esta Sala entiende como manifestación directa de la dignidad humana (arts. 10 y 15 CE), en todos las facetas de la personalidad, como la de la identidad individual, el equilibrio físico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano (STS núm. 1218/2004, de 2 de noviembre). La afeción última de la dignidad de los familiares de la joven fallecida dimana del vínculo parental mismo con la otrora víctima del delito de asesinato.

No puede justificarse, en suma, en nombre del derecho de defensa el menoscabo de la integridad moral de las personas y excluir la relevancia penal autónoma de dicha conducta, entre otras razones porque tampoco se desprende otra cosa en este punto del art. 24.2 CE (no declarar contra sí mismo y no declararse culpable). Además, ni siquiera el derecho de defensa pudo resultar afectado materialmente. Por lo tanto, la doctrina del autoencubrimiento no justifica la conducta del procesado, sin que por ello exista una explícita colisión de derechos fundamentales, derecho de defensa y derecho a la dignidad, debiendo preservarse la autonomía punitiva en este caso de la protección de la integridad moral ex art. 173.1 CP.

Tales hechos deben ser subsumidos, por lo tanto, en el delito que interesa el Ministerio Fiscal.

6. Conviene hacer una última precisión. Al tipificar en sede casacional estos hechos como integrantes de un delito contra la integridad moral en ningún modo quebranta este Tribunal de Casación la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y del TEDH, de la que da cuenta la reciente STC núm. 201/2012, de 12 de noviembre, entre otras muchas, y según la cual la cuestión de la culpabilidad o la inocencia del acusado no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolverse sin

la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa, y ello porque no se realiza aquí un análisis de autoría sino de tipicidad.

De acuerdo con la citada doctrina, será indispensable contar con una audiencia pública cuando el Tribunal que conoce del recurso no se limita a efectuar una interpretación diferente en derecho a la del Juez «a quo» en cuanto a un conjunto de elementos objetivos, sino que efectúa una nueva apreciación de los hechos estimados probados en primera instancia y los reconsidera, cuestión que se extendería así más allá de consideraciones estrictamente jurídicas (STEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 36; en igual sentido, STEDH de 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España, § 32). De ello extrae «sensu contrario» el Tribunal Constitucional, en la citada STC núm. 201/2012, la conclusión de que dicha audiencia pública no resulta necesaria cuando el Tribunal «ad quem» se limita, como en este caso, a efectuar una distinta interpretación jurídica respecto a la realizada en la instancia anterior. Por esta razón, en la sentencia de 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España, el TEDH consideró inexistente la invocada vulneración del art. 6.1 CEDH, en la medida en que «los aspectos analizados por la Audiencia Provincial poseían un aspecto puramente jurídico, sin que los hechos declarados probados en primera instancia hubieran sido modificados» (§ 36). En definitiva, la presencia del acusado en la vista, en vía de recurso y cuando en el mismo se debaten cuestiones de hecho que afectan a su declaración de inocencia o culpabilidad, es una concreción del derecho de defensa que tiene por objeto posibilitar que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda exponer, ante el Tribunal llamado a revisar la decisión impugnada, su versión personal sobre su participación en los hechos que se le imputan. Es precisamente el carácter personalísimo de dicha manifestación lo que impone su citación para ser oído.

De manera que si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre cuestiones jurídicas, ya sea por la configuración legal del recurso —situación que, como reconoce el Tribunal Constitucional en esta sentencia, en tantas ocasiones acaece en la casación penal—, ya sea por los concretos motivos que fundamentan la

solicitud de agravación de condena planteada por los acusadores, para su resolución no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, sino que el Tribunal «ad quem» puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado.

En tales supuestos, en cuanto el debate sea estrictamente jurídico, como lo es aquí, la posición de la parte habrá de entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, en quien se encarnaría la efectividad del derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte (STC núm. 153/2011, de 17 de octubre, FJ. 6).

Se estima, por tanto, el motivo, con los efectos que se señalarán en la segunda sentencia.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
EL MAGISTRADO DON ALBERTO JORGE
BARREIRO A LA SENTENCIA N.º 62/2013,
DE 29 DE ENERO DE 2013, QUE RESUELVE
LOS RECURSOS DE CASACIÓN CORRESPONDIENTES
AL ROLLO DE ESTA SALA 10145/12P

(...)

Segundo.—1. La segunda discrepancia que mantengo con la sentencia mayoritaria concierne a la condena del acusado Nazario Javier como autor de un delito contra la integridad moral (art. 173.1), del que fue absuelto por la Audiencia Provincial.

El hecho probado que sirve de sustento fáctico para aplicar el art. 173.1 del C. Penal es el siguiente:

A lo largo del proceso, Nazario Javier se ha negado de forma reiterada a decir qué destino ha dado al cuerpo de Luz Marina, llegando a ofrecer varias versiones; en primer lugar que tiraron el cadáver de la menor al río; en segundo lugar que lo tiraron al interior de un contenedor de basuras, cercano a la CALLE001; y, en tercer lugar, que ayudó a introducir el cadáver en un coche desconociendo qué se hizo después con él. De este modo los familiares de la víctima no han podido dar sepultura a su cuerpo causando, si cabe, mayor dolor por la muerte de la menor a sus padres y hermanas.

La Audiencia Provincial argumenta en el fundamento trigésimo la absolución del delito contra

la integridad moral afirmando que, si bien es indudable que la desaparición del cadáver de la menor ha supuesto un mayor dolor para su familia, en especial para padres y hermanos; sin embargo, el hecho de que Nazario Javier no haya dicho donde se encuentra el cuerpo de la víctima no supone que haya tenido la intención de vejarse, envilecer y humillar a los familiares directos de la menor, ya que lo que pretendía con esta vil acción era intentar evitar ser descubierto en un principio y posteriormente intentar ocultar pruebas sobre los hechos que se le imputaban.

2. La primera objeción que he de hacer a la aplicación por la mayoría de la Sala del tipo penal del art. 173.1 es de índole procesal, puesto que, habiendo sido absuelto por la Audiencia, se le condena ex novo por esta Sala sin haber sido escuchado en lo que viene a ser una segunda instancia revisora de la sentencia, contradiciendo así reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a condenas de tribunales españoles con la misma carencia procesal.

En la sentencia mayoritaria se razona sobre este particular que la subsunción de la conducta del acusado no es una cuestión de inocencia o de culpabilidad sino de tipicidad; de modo que, dice la sentencia de casación, se trata de efectuar una distinta interpretación jurídica respecto a la realizada en la instancia. Al tratarse, según el criterio mayoritario de la Sala, de una cuestión estrictamente jurídica no se precisa citar al acusado para aplicar la norma penal, sino que es suficiente con la presencia de su letrado en el trámite del recurso.

El argumento no puede compartirse dado que la razón de que la Audiencia no apreciara el delito contra la integridad moral es que considera que no concurre el elemento subjetivo del tipo penal, elemento que contiene una importante base fáctica atinente a los hechos psíquicos o internos que configuran el dolo, según tiene admitido tanto el TEDH como el Tribunal Constitucional.

En efecto, en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2011, caso *Lacadena Calero contra España*, se examinó el supuesto de una condena ex novo en casación por un delito de estafa, discrepando el Tribunal tanto de los criterios probatorios seguidos por esta Sala como por el Tribunal Constitucional.

La jurisdicción europea estimó la demanda argumentando que «el Tribunal Supremo, para llegar a una nueva valoración jurídica de la actuación del acusado, se pronunció sobre circunstancias subjetivas de este último; en concreto, que era consciente de la ilegalidad de los documentos que autorizó y que tenía una voluntad fraudulenta (dolo eventual) en relación con las personas afectadas». Ahora bien, sigue diciendo, «el Tribunal Supremo concluyó sobre la existencia de esta voluntad, elemento decisivo para la culpabilidad del acusado, sin una valoración directa de su testimonio y en sentido opuesto al del tribunal de instancia, el cual había tenido la oportunidad de oír al acusado y a otros testigos».

Subraya el TEDH en la referida sentencia de 22 de noviembre de 2011 que «el Tribunal Supremo se apartó de la sentencia de instancia después de haberse pronunciado sobre elementos de hecho y de derecho que le permitieron determinar la culpabilidad del acusado». Y matiza a continuación que «cuando la inferencia de un tribunal ha tenido relación con elementos subjetivos (como en este caso la existencia de dolo eventual), no es posible proceder a la valoración jurídica de la actuación del acusado sin haber tratado previamente de probar la realidad de esta actuación, lo que implica necesariamente la verificación de la intención del acusado con relación a los hechos que se le imputan».

Y aunque reseña que «el Tribunal Supremo llegó a su valoración de la intención del acusado sobre la base de una inferencia a partir de los hechos acreditados por la instancia inferior (los documentos del expediente)», objeta que «para llegar a esta inferencia, el Tribunal Supremo no ha oído al acusado, que no ha tenido la oportunidad (inexistente en el recurso de casación) de hacer valer ante el Tribunal las razones por las que negaba haber sido consciente de la ilegalidad de su actuación y tener una voluntad fraudulenta».

A continuación hace el TEDH una consideración muy relevante: «las cuestiones que debía examinar el Tribunal Supremo requerían la valoración directa del testimonio del acusado, o incluso del de otros testigos (ver *Botten c. Noruega*, 19 de febrero de 1996, § 52, *Repertorio 1996-I*; *Ekbatani c. Suecia* precitada y los asuntos españoles arriba mencionados en el § 36)». Y se estima relevante

porque no habla únicamente de la necesidad de que sea oído el acusado sino también de que la declaración en la vista oral se extienda también a los testigos. Con lo cual, deja entrever que no solo se trata de una manifestación del acusado a efecto de alegaciones defensivas, sino de auténticas pruebas en las que incluye también la manifestación de los testigos.

Por último, acaba estimando la demanda porque, en definitiva, «el acusado no fue oído personalmente sobre una cuestión de hecho que, sin embargo, era determinante para la valoración de su culpabilidad».

En igual sentido y con los mismos argumentos jurídicos se han pronunciado otras dos sentencias posteriores del TEDH: sentencia de 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras contra España; y la de 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris y Llop García contra España.

De otra parte, y en lo que atañe al Tribunal Constitucional, ha dictado ya varias sentencias en las que considera vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia por haberse apreciado elementos subjetivos del delito sin prueba suficiente para ello. En concreto: SSTC 68/1998, de 30 de marzo; 171/2000, de 26 de junio; 137/2002, de 3 de junio; 267/2005, de 24 de octubre; 137/2007, de 4 de junio; y 142/2011, de 26 de septiembre.

Por consiguiente, si los elementos subjetivos de los delitos albergan un componente fáctico (hechos psíquicos o internos) que posibilitan estimar los recursos de amparo cuando se declaran probados hechos psíquicos vulnerando la presunción de inocencia, es claro que no solo se está ante una cuestión jurídica, sino también fáctica.

En la última sentencia de la lista reseñada (STC 142/2011) el Tribunal Constitucional establece, al examinar una condena ex novo en apelación por un delito fiscal, que al no debatirse solo una cuestión estrictamente jurídica, en cuanto se encontraba también implicado el elemento subjetivo del injusto —al menos en el extremo referido a la finalidad con que se hicieron los negocios que finalmente se reputaron simulados—, la Audiencia Provincial debió citar al juicio de apelación a quienes, habiendo negado su culpabilidad, resultaron a la postre condenados, para que, de estimarlo oportuno, ejercitaran su derecho de defensa ofreciendo

su relato personal sobre los hechos enjuiciados y su participación en los mismos.

Así pues, disintiendo del criterio de la mayoría, entiendo que no debió modificarse en casación el fallo absolutorio dado que el debate sobre la absolución se centraba en gran medida, a tenor de la fundamentación de la sentencia impugnada y del escrito del Ministerio Fiscal, en la concurrencia o no de la base fáctica del elemento subjetivo del dolo.

3. También discrepo de la sentencia de casación en lo que concierne al análisis que hace en este caso de los elementos del delito contra la integridad moral del art. 173.1 del C. Penal.

Examinaré, en primer lugar, los elementos del tipo penal y después entraré a analizar el tema de la posible exclusión de la antijuridicidad debido a la colisión del bien jurídico que tutela la norma penal con el ejercicio del derecho de defensa, a cuyos efectos operaría la eximente del art. 20.7.º del C. Penal.

Con respecto al elemento objetivo del delito contra la integridad moral en la modalidad básica del art. 173.1 del C. Penal, dice este precepto que «El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años».

La jurisprudencia de esta Sala ha venido señalando que la integridad moral se identifica con las nociones de dignidad e inviolabilidad de la persona y que, exigiendo el tipo que el autor inflija a otro un trato degradante, por este habrá de entenderse aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral» (SSTS 1061/2009, de 26-10; 255/2011, de 6-4; y 255/2012, de 29-3, entre otras).

Y como elementos de este delito se han establecido los siguientes: a) un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito; b) un padecimiento físico o psíquico en dicho sujeto; y, c) un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito. Y en cuanto al resultado exige el precepto que el trato degradante menoscabe gravemente la inte-

gridad moral, lo que excluiría los supuestos banales o de menor entidad (SSTS 233/2009, de 3-3; 1061/2009, de 26-10; y 255/2011, de 6-4).

En lo que respecta al concepto de trato degradante, la doctrina lo viene definiendo como aquel que, con independencia del medio utilizado (violencia, intimidación, engaño u otros), conlleva padecimientos físicos o psíquicos y produce en todo caso un sentimiento de humillación o sensación de envejecimiento ante los demás o ante sí mismo.

Centrándonos ya en el caso enjuiciado, no cabe duda que los padres y familiares más directos sufrieron un grave padecimiento psíquico y moral debido al hecho de no haber recuperado el cadáver de su hija y no haber podido por tanto darle sepultura, ya que el cuerpo de la víctima no ha sido hallado, desconociéndose su ubicación final.

Dos aspectos distintos se describen en el hecho probado. Uno el relativo a las distintas versiones del acusado sobre dónde se podía encontrar el cadáver, y otro el referente a que al final el cuerpo no fue recuperado porque los implicados lo han mantenido oculto, o cuando menos no han dado explicaciones fiables sobre su paradero.

En el escrito de recurso del Ministerio Fiscal y en la sentencia mayoritaria se hace especial hincapié en las distintas versiones que dio el acusado sobre el paradero del cadáver, dando a entender que esa es la conducta integrante del tipo penal aplicable, en cuanto generaron una expectativa para los familiares directos que determinaron el estado de angustia propio del tipo penal.

Sin embargo, la lectura del hecho probado, que resulta intangible para el Tribunal de Casación, constata que no fueron tantas las versiones como se advierte en la argumentación de la sentencia de casación, pues la narración fáctica las limita a tres, que después quedan reducidas más bien a dos.

En efecto, la sentencia de la Audiencia reseña una primera versión según la cual el cuerpo sin vida fue arrojado al río Guadalquivir, hipótesis que no pudo ser verificada a pesar de los ingentes esfuerzos realizados para hallar el cadáver.

Consta una segunda versión referida a que el cadáver fue arrojado en un contenedor próximo a la vivienda donde se perpetró el asesinato. Sin

embargo, esta versión es la que fue aportada no solo por el acusado Nazario Javier, sino también por el testigo Serafín Prudencio, siendo igualmente acogida en los escritos de recurso, ya que en ellos se postula la certeza de este testimonio, según el cual el cadáver sería arrojado en un contenedor ubicado al lado del correspondiente al de los plásticos, regresando después los dos jóvenes hacia la calle donde se ubica el domicilio en que se perpetró el asesinato.

Esta segunda versión parece que no es tildada de falsa por las acusaciones, ya que sostienen la certeza del testimonio de Serafín Prudencio, postulando también la sentencia de casación que se reexamine esa prueba en relación con el resto del material probatorio.

Y por último, la tercera versión aportada por el autor del asesinato se limita, según el «factum» de la sentencia de la Audiencia, a describir que el cadáver fue trasladado del lugar en un vehículo, sin que Nazario Javier añadiera nada al respecto. Es decir, no explica dónde lo llevaron. Visto lo cual, más que una tercera versión se trata de una actitud silenciosa o reticente mediante la que se niega a decir a qué lugar fue trasladado el cadáver.

Todo denota, pues, que, según la descripción de los hechos probados, el acusado recurrente proporcionó realmente dos versiones y una de ellas no es descartada por las acusaciones, sin que consten en el relato fáctico «las continuas pistas falsas» a que hace referencia la sentencia mayoritaria.

Así las cosas, entiendo que el trato degradante no vendría ocasionado por un cambio de versión del acusado Nazario Javier, sino más bien porque este se negó a decir dónde se hallaba el cadáver de la víctima, siendo ello además lo que generó, lógicamente, el grave sufrimiento psíquico y moral de los familiares directos. Tan es así que en el caso de que el cadáver hubiera finalmente aparecido, todo indica que no se le habría imputado al acusado un delito contra la integridad moral, aunque no hubiera colaborado en su hallazgo.

El problema nuclear para resolver sobre la aplicación del art. 173.1 del C. Penal ha de centrarse, pues, en dirimir si hacer desaparecer el cadáver para autoencubrirse integra o no el delito en cuestión.

4. Antes de entrar a examinar ese extremo, es preciso hacer un análisis del elemento subjetivo

del dolo en el caso concreto, pues su falta es el argumento esencial que esgrime la Audiencia para descartar la aplicación del tipo delictivo contra la integridad moral, si bien en la sentencia de casación no se examina este aspecto del tipo penal, centrándose la argumentación en el conflicto que se genera entre la aplicación de la norma penal y el derecho de defensa.

La estructura objetiva que presenta el tipo penal del art. 173.1 y el bien jurídico que tutela no hacen muy factible la aplicación de un dolo eventual. Y ello porque si la integridad moral se concibe como el derecho a no ser sometido a un trato degradante como manifestación del principio de la dignidad humana, y la ejecución de la conducta delictiva ha de generar la humillación o el envilecimiento del sujeto pasivo, reduciéndolo a la categoría de cosa o mero instrumento, no parece fácil conciliar la configuración del delito con la presencia de un dolo meramente eventual, máxime cuando el acusado no mantiene un contacto directo con los afectados.

Desde esa perspectiva no le falta cierta razón al Tribunal de instancia cuando argumenta que el hecho de que el acusado no haya dicho dónde se encuentra el cadáver no supone que haya tenido intención de vejar, envilecer y humillar a los familiares directos de la menor, especificando que lo que pretendía con su vil acción era evitar ser descubierto, en un principio, y después ocultar pruebas sobre los hechos que se le imputaban.

A ello replica el Ministerio Fiscal en su escrito de recurso que el Tribunal de instancia confunde el dolo con el móvil, alegando que el hecho de que el acusado tenga el fin o móvil de ejercitar su derecho a no declararse culpable no excluye que conozca y asuma que con sus respuestas está ocasionando un daño a la integridad moral de los familiares directos.

Frente a esto conviene subrayar que en este caso no se está ante un móvil aséptico, neutro o indiferente en el ámbito jurídico, sino que se está ante un móvil de autodefenderse en un proceso penal, móvil que se halla tutelado de forma específica nada menos que por una norma constitucional (art. 24.2 CE), factor que tiene no poca relevancia en la resolución del conflicto de intereses que se suscita.

Lo cierto es que las dos versiones contrapuestas del acusado sobre el destino del cadáver —

el río Guadalquivir y un contenedor urbano de basura— fueron proporcionadas en el curso de interrogatorios policiales en los que, lógicamente, se le insiste en que aclare un dato relevante sobre los hechos. Ello permite hablar de un contexto en el que el imputado está pensando en defenderse y no en el efecto colateral que sus respuestas van a generar en unos familiares directos angustiados cuya integridad moral puede estar siendo menoscabada hasta el punto de humillarlos y envilecerlos.

El Ministerio Fiscal alega en su recurso que los pronunciamientos jurisprudenciales sobre este delito se han referido a supuestos en que la conducta degradante iba acompañada de otros hechos igualmente delictivos, como detenciones ilegales, malos tratos familiares, agresiones sexuales y ataques contra el honor, y otros hechos autónomos que se referían a la imposición de determinadas conductas vejatorias para la víctima: desnudarse, realizar actos de contenido sexual, etc.

Pues bien, ello viene a confirmar que este tipo penal suele operar cuando hay un contacto o una intermediación entre autor y víctima, siendo excepcional la aplicación cuando el sujeto pasivo no se halla presente y el padecimiento psíquico se le causa a distancia y de forma colateral o indirecta, como aquí sucede. A lo que ha de sumarse el marco procesal en que se producen las declaraciones del acusado.

A este respecto, no está de más recordar que la parte que representa los intereses de los sujetos pasivos del delito contra la integridad moral no formuló acusación por el tipo penal del art. 173.1 contra Nazario Javier.

Por lo demás, esta Sala ha dictado numerosas sentencias en delitos cuya ejecución tiene un efecto colateral importante en la integridad moral de los familiares directos de las víctimas sin que se acuda a la aplicación del delito del art. 173.1. Y así, en las causas por delitos de detención ilegal y secuestros dilatados en el tiempo son conocidas las situaciones de angustia y terror que sufren sus familiares directos, a los que se infligen importantes padecimientos psíquicos, siendo extraordinario que se opere en estos casos con el referido tipo penal. Y es que estos efectos colaterales que conllevan delitos de suma gravedad en los familiares próximos no los subsume esta Sala en el delito

que ahora se examina, muy probablemente porque falta la degradación o vejación directa sobre el sujeto pasivo.

De todo lo argumentado se derivan dos consecuencias: primero, que el dolo propio del tipo penal se halla muy diluido en este caso; y segundo, que el problema nuclear se desplaza hacia la ocultación del cadáver como acto de autodefensa o autoencubrimiento y al consiguiente conflicto entre la tutela del bien jurídico que tutela el art. 173.1 del C. Penal y el derecho de defensa.

5. En el caso de que se concluyera que concurren los elementos del tipo penal contra la integridad moral, habría que declarar excluida la antijuricidad al haberse realizado la conducta en el ejercicio del derecho de defensa (art. 20.7.º del C. Penal).

Según la doctrina del Tribunal Constitucional, los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable» (SSTC 197/1995, de 21 de diciembre; 161/1997, de 2 de octubre; 67/2001, de 17 de marzo; 18/2005, de 1 de febrero; 76/2007, de 16 de abril).

Los referidos derechos —dice el TC— entroncan también con una de las manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia, en virtud de la cual la carga de la prueba en el proceso penal corresponde a la acusación, sin que pueda hacerse recaer en el acusado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación (SSTC 161/1997, de 2 de octubre; 18/2005, de 1 de febrero; 76/2007, de 16 de abril). O, en palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el derecho a no autoincriminarse «presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la persona acusada» (STEDH de 3 de mayo de 2001, caso J.B. c. Suiza, § 64; 8 de febrero de

1996, caso John Murray c. Reino Unido, § 45; 17 de diciembre de 1996, caso Saunders c. Reino Unido, § 68; 20 de octubre de 1997, caso Servet c. Francia, § 46; 21 de diciembre de 2000, caso Heaney y McGuinness c. Irlanda, § 40; 3 de mayo de 2001, caso Quinn c. Irlanda, § 40; 8 de abril de 2004, caso Weh c. Austria, § 39).

El contenido esencial de tales derechos es «la interdicción de la compulsión del testimonio contra uno mismo» (STC 161/1997, de 2 de octubre) y el reconocimiento de la necesaria libertad para declarar o no y para hacerlo en el sentido que se estime más conveniente.

Y también ha afirmado el Tribunal Constitucional que el imputado en un proceso penal no está sometido a la obligación jurídica de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (SSTC 68/2001, de 17 de marzo; 233/2002, de 9 de diciembre; 312/2005, de 12 de diciembre; 170/2006, de 5 de junio) y que no pueden extraerse consecuencias negativas para el acusado derivadas exclusivamente del ejercicio de su derecho a guardar silencio o de los derechos a no declarar contra sí mismo o a no confesarse culpable (STC 76/2007, de 16 de abril). A lo que cabría añadir que el ejercicio del derecho de defensa —al que aparecen íntimamente vinculados los derechos fundamentales invocados por los recurrentes— ofrece una cobertura reforzada a las manifestaciones vertidas tanto por los Abogados en el ejercicio de su función de defensa, como por los ciudadanos que asumen por sí mismos en un procedimiento la defensa de sus derechos e intereses legítimos, por no ser preceptiva la asistencia letrada (SSTC 288/1994, de 27 de octubre; 102/2001, de 23 de abril; y 299/2006, de 23 de octubre).

A tenor de la jurisprudencia que antecede, y ante la colisión que en este caso se da entre el bien jurídico de la integridad moral de los sujetos pasivos del presunto delito y el ejercicio del derecho de defensa, entiendo que ha de prevalecer este último en lo que atañe a las diligencias de declaración que prestó el imputado en la causa.

En primer lugar, porque, tal como se ha argumentado supra, las declaraciones mendaces que prestó el imputado con respecto a la ubicación del cuerpo de la víctima y el contexto y ánimo con

que depuso presentan unas connotaciones que no albergan el grado de ilicitud propio del tipo penal del art. 173.1. De modo que incluso, según se anticipó, habría de excluirse la apreciación de los propios elementos de la antijuridicidad indiciaria y no acudir ya a la exigente del ejercicio del derecho.

En segundo lugar, si bien, según recuerda la sentencia mayoritaria citando jurisprudencia del TC, no puede afirmarse que los derechos a no declarar contra sí mismos y no declararse culpables en su conexión con el derecho de defensa sean derechos fundamentales absolutos o cuasi absolutos que garanticen la total impunidad cualesquiera que sean las manifestaciones vertidas en un proceso (STC 142/2009), debe advertirse, no obstante, que en el supuesto que se juzga el acusado Nazario Javier no adoptó en sus declaraciones ante los funcionarios policiales una postura verbalmente peyorativa contra los familiares directos de las víctimas ni se pronunció con frases directamente dirigidas hacia ellos o que albergaran un contenido ignominioso. Se limitó a mentir al responder a las preguntas que se le formularon sobre un extremo crucial para los familiares, pero también para él desde la perspectiva del derecho de defensa.

Se afirma que el acusado pudo guardar silencio y no mentir sobre dónde se hallaba el cadáver. Sin embargo, esa actitud no suele ser la propia de una persona lega en derecho, ya que no prevé que mintiendo sobre la ubicación del cuerpo del delito puede incurrir en un tipo penal. Lo que evidencia que la penalización de esa clase de respuestas cercena sustancialmente el derecho de defensa.

Las declaraciones sobre la ubicación del cadáver se prestaron en el marco del ejercicio del derecho de defensa, sin ningún acto directamente ofensivo hacia los familiares directos, aunque colateralmente su respuesta ocasionara un grave perjuicio moral para aquellos en cuanto obstaculizaba el hallazgo del cadáver. Pues, como ya se reiteró en su momento, el auténtico daño moral y su gravedad no proceden de dos o tres respuestas mendaces, sino realmente del hecho de hacer desaparecer el cadáver, además, en apariencia, de forma definitiva.

Ello nos sitúa en el ámbito del autoencubrimiento impune, toda vez que el acusado no comunica el lugar de la ocultación del cadáver —o

cuando menos no consta que fuera veraz alguna de sus versiones— con el fin de impedir que se hallaran pruebas que podrían incriminarle.

En la sentencia de casación se viene a decir que el autoencubrimiento deja de tener fuerza exculpatoria una vez que el acusado ya se ha declarado autor del hecho homicida. Sin embargo, no debe olvidarse que fue imputado y fue acusado en el juicio también por los delitos de agresión sexual y de profanación de cadáver. Con lo cual, en el caso de que este apareciera podrían obtenerse pruebas objetivas que permitieran una condena por esos dos delitos, de los que ha sido absuelto.

Una vez establecido que las respuestas que prestó Nazario Javier sobre la ubicación del cadáver estaban legitimadas por el ejercicio del derecho de defensa, cabe plantearse la cuestión de si el hecho de hacer desaparecer de forma definitiva el cuerpo sin ocasionarle previamente trato de profanación alguno integra algún tipo penal o queda ya consumido en el delito de homicidio.

La jurisprudencia de esta Sala establece como línea general que la ocultación del cuerpo del delito por el propio autor es un acto de autoencubrimiento que ha de quedar impune. En la propia sentencia mayoritaria, al tratar el delito de profanación de cadáveres, se cita jurisprudencia sobre la exclusión de esa clase de comportamientos autoencubridores de las conductas homicidas previas. Me remito, pues, a lo argumentado en el fundamento décimo de la sentencia de casación, tanto en lo que respecta a la concepción del autoencubrimiento como supuesto de impunidad, como a la jurisprudencia que allí se cita, algunas de cuyas sentencias se refieren a conductas posteriores al acto homicida relativas a la ocultación del cadáver (SSTS1916/1992, de 18-9; 1303/ 1995, de 23-12; y 70/2004, de 20-1).

En virtud de todo lo que antecede, estimo, pues, que las declaraciones sumariales del imputado estaban amparadas por el ejercicio del derecho de defensa y no pueden integrar el tipo penal del art. 173.1 que aquí se imputa.

Y en cuanto al hecho de hacer desaparecer definitivamente el cadáver y la imposibilidad de darle sepultura, que entiendo que es la acción que genera realmente el daño psíquico y moral para los familiares directos, su punición como delito autónomo contra la integridad moral no cubierto por

el supuesto de autoencubrimiento impune supone apartarse de los criterios precedentes de esta Sala sobre la doctrina de los actos copenados y del autoencubrimiento. Para ello habría que enfatizar las connotaciones culturales y morales que tiene el dar sepultura a un familiar directo y sopesar las consecuencias que su impedimento genera en la integridad moral de los sujetos pasivos, y operar a mayores con un dolo de consecuencias necesarias.

En cualquier caso, y aunque podría abrirse un cauce aplicando esos criterios para acceder al concurso real de delitos (asesinato y contra la integridad moral), considero que procesalmente tampoco cabe hacerlo, ya que supondría abrir la vía a una sentencia condenatoria dictada ex novo en lo que viene a ser una segunda instancia, posibilidad que figura claramente vedada por la jurisprudencia del TEDH que se ha citado al inicio de este fundamento.

Sentencia 56/2013, Sala Segunda del TS, de 29 de enero

Ponente: **Don Andrés Martínez Arrieta**

Resumen: **Conformidad y sentencia absolutoria**

Recurso de Casación: **n.º 948/2012**

Artículos: **318 Código Penal y 787 LECrim**

Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Conformidad no aceptada por el Tribunal por considerar atípica la conducta y dictado de sentencia absolutoria con inobservancia del trámite prevenido por la ley.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—El Ministerio fiscal opone a la sentencia absolutoria del delito objeto de su acusación dos motivos de oposición, si bien el segundo es planteado de manera subsidiaria, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al primero en el que plantea la infracción de ley por error de derecho al inaplicar el art. 318 bis del Código penal.

La sentencia es absolutoria de la acusación pese a la conformidad expresada por el Ministerio fiscal, única parte acusadora, y defensa sobre los hechos y sobre la calificación jurídica de esos hechos. No obstante el tribunal de instancia entiende que los hechos son atípicos y esa declaración absolutoria la realiza sin observancia de lo dispuesto en el art. 787.3 que dispone que el tribunal que considere incorrecta la calificación objeto de la conformidad deberá ponerlo de manifiesto así a la acusación para que exprese si rectifica la calificación, procediendo, como indica el artículo a dictar sentencia de conformidad o a ordenar la continuación del juicio oral.

La queja del Ministerio público es doble. En primer lugar, aunque en su impugnación ocupe el segundo lugar en la exposición de su disensión, la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva que apoya en la irregularidad derivada de no actuar conforme exige el art. 787.3 de la Ley procesal penal y ordenar, en caso de discrepancia del tribunal del enjuiciamiento con la calificación objeto de la acusación a la que ha prestado la conformidad la defensa, a poner de manifiesto el error en la calificación e instar la corrección y en función de ella, bien dictar sentencia de conformidad si la acusación la cambia y a ella se aquieta la defensa del imputado, u ordenar la continuación del juicio oral a pesar de la conformidad. Entiende que esa inobservancia del proceso debido le ha causado indefensión, y por ello impetra la tutela judicial efectiva, pues esa irregularidad procesal le ha impedido argüir sobre la correcta tipificación de los hechos objeto de la acusación y a los que la defensa y el acusado han prestado su conformidad.

La irregularidad procesal es patente, pues el precepto que invoca en apoyo de su pretensión es

claro y no deja margen de dudas, la conformidad dirigida a evitar la celebración del juicio oral sólo puede acabar en sentencia acorde con el escrito de calificación salvo que el tribunal entienda que no es procedente la calificación de los hechos mutuamente aceptados, en cuyo caso ha de acordarse la celebración del juicio oral y, a su término, dictar la sentencia procedente. La razón de ser del precepto es lógica, pues ha de desarrollarse el juicio oral, con sus fases de prueba y de alegaciones en la que las partes van a plantear argumentos en pro de los hechos y de la subsunción jurídica de los

mismos. No es admisible que el tribunal, sin oír las alegaciones de las partes, pueda realizar una subsunción distinta a la pactada.

En este sentido el planteamiento del Ministerio público en la impugnación es claro y su oposición debe ser estimada.

(...)

Procede, en consecuencia, anular la sentencia y retrotraer el procedimiento al momento anterior a la sentencia, debiendo proceder el tribunal conforme marca la Ley procesal en el artículo citado.

Sentencia 58/2013, Sala Segunda del TS, de 31 de enero

Ponente: **Don Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

Resumen: **Principio acusatorio. Motivación de la extensión de la pena**

Recurso de Casación: **n.º 781/2012**

Artículos: **24 CE y 45 Código Penal**

Estafa y falsedad documental: se ocupa la sentencia, entre otros, aspectos, del principio acusatorio apreciando su vulneración por falta de correlación entre acusación y condena y de la necesidad de motivación en la determinación de la pena a imponer y su extensión.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sexto.—En el cuarto motivo, que examinaremos modificando el orden con que han sido formalizados, al amparo del artículo 852 de la LECrim, denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a ser informado de la acusación, por vulneración del principio acusatorio al haber sido condenada por un delito de falsedad documental sin haber sido acusada por el mismo.

El motivo ha sido apoyado por el Ministerio Fiscal y debe ser estimado.

1. El principio acusatorio supone, entre otras cosas, que nadie puede ser condenado sin que se haya formulado debidamente una acusación contra él, en condiciones tales que pueda defenderse de la misma. Por lo tanto, es precisa una correlación entre acusación y sentencia, pues el límite máximo de la última vendrá constituido por el contenido de la primera.

Aunque no aparece formulado expresamente en la Constitución, el Tribunal Constitucional, en Sentencias 17/1988, 168/1990, 47/1991, 14 febrero 1995 y 10 octubre 1994, ha consagrado una constante doctrina que reflejada, entre otras, en Resoluciones de esta Sala de 14 febrero 1995, 14 marzo, 29 abril y 4 noviembre 1996, es del siguiente tenor: «los derechos a la tutela judicial sin indefensión, a ser informado de la acusación y a un proceso con todas las garantías que reconoce el art. 24 CE conducen a señalar que este precepto consagra el principio acusatorio en todos los procesos penales, de tal manera que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, lo que obliga al Tribunal a pronunciarse sobre los términos del debate tal y como hayan sido formulados por la acusación y la defensa. Ello significa, además, que ha de existir una correlación entre la acusación y el fallo». (STS n.º 1590/1997, de 30 de diciembre).

2. En el caso, tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular, solamente acusaban a la recurrente como autora de un delito de estafa. Siendo así, no es posible la condena por el delito de falsedad como erróneamente se acuerda en la sentencia impugnada.

En consecuencia, el motivo se estima. En cuanto a la pena a imponer, puede apreciarse un error del Tribunal de instancia al establecer los límites penológicos, pues al tratarse de un delito continuado del artículo 248, 249 y 250.1, aquella quedaría comprendida entre tres años, seis meses y un día y seis años. En consecuencia, la reducción en dos grados determinaría un límite mínimo de diez meses y dieciséis días. No obstante, el error ha operado en beneficio de los acusados y no ha sido impugnado, por lo que siguiendo los mismos criterios aplicados por el Tribunal de instancia, y de conformidad con lo alegado por el Ministerio Fiscal en su informe, se impondrá en segunda sentencia la pena de seis meses de prisión y multa de tres meses con cuota diaria de diez euros.

(...)

Noveno.—En los motivos quinto y sexto se queja de absoluta falta de motivación de la pena de inhabilitación especial impuesta en la sentencia, a pesar de la exigencia expresa contenida en el artículo 45 del Código Penal, lo cual, según entiende, es incluso más exigible dado el extenso tiempo transcurrido entre los hechos y la sentencia condenatoria.

1. El artículo 45 del Código Penal dispone respecto de la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, que éstos han de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia. Al tiempo, el artículo 56, en la redacción vigente al tiempo de los hechos, disponía que, como accesoria, la inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho es posible si estos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación. Se exige, pues, que se concrete expresa y motivadamente cuál o cuáles son las profesiones, oficios, industrias, comercio o derechos afectados por la inhabilitación que se acuerda; y que se determine expresamente en la sentencia la vinculación entre ellos y

el delito cometido, como justificación de la pena que se impone.

Esta Sala ha señalado respecto de la motivación en esta cuestión concreta, que (STS 1171/2006), «... el Código Penal no solo exige que la vinculación se determine «expresamente» en la sentencia, lo que supone una mayor exigencia de motivación, sino que además prevé que la elección entre las distintas penas accesorias se realice por el Tribunal discrecionalmente, pero atendiendo a la gravedad del delito, lo cual asimismo supone una exigencia especial de motivación en relación a los aspectos concretos del caso».

Por otra parte, hemos señalado en ocasiones que la exigencia de motivación no pretende satisfacer necesidades de orden puramente formal, sino permitir a los directamente interesados y a la sociedad en general conocer las razones de las decisiones de los órganos jurisdiccionales, así como facilitar el control de la racionalidad y corrección técnica de la decisión por parte del Tribunal que revise la resolución en vía de recurso.

Motivar, es, en definitiva, explicar de forma comprensible las razones que avalan las decisiones que se hayan adoptado en la resolución jurisdiccional, tanto en lo que afecta al hecho como a la aplicación del derecho. Por lo que incluso una motivación escueta puede ser suficiente si hace inteligible la decisión para una persona media. Igualmente hemos señalado que la ausencia de motivación de algo tan obvio que resulta sin dificultad del resto de la argumentación no determina necesariamente la nulidad de la resolución jurisdiccional.

2. En el caso, el Ministerio Fiscal interesó penas de prisión con sus accesorias legales y la acusación particular del SCS penas de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de las profesiones de médico y farmacéutica. El Tribunal, luego de imponer a todos los condenados la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, impone la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la respectiva profesión de médico de la sanidad pública, farmacéutica y gerencia directiva de centro residencial socio sanitario, por plazo de un año.

En la sentencia no se contiene una motivación directamente relacionada con la imposición de la

pena de inhabilitación que aquí se cuestiona. Ninguna mención a ella se realiza expresamente en la fundamentación jurídica, apareciendo solo finalmente en el fallo.

Sin embargo, se aprecia en el fundamento jurídico primero, y ello no ha sido impugnado, un aprovechamiento por parte de los acusados de «...sus relaciones profesionales de confianza para consumir el engaño» (sic), con lo cual se está estableciendo de forma expresa, de un lado, la justificación de la concreción de la inhabilitación a determinadas profesiones, es decir, aquellas que fueron aprovechadas para la comisión del delito, como exige el artículo 45 del Código Penal. Y, de otro lado, la relación entre la profesión y la comisión del delito, tal como requiere el artículo 56 del Código Penal. Por lo tanto, aun de forma especialmente escueta, la decisión del Tribunal se encuentra motivada.

No obstante, la falta de motivación que se denuncia respecto a la concreta imposición de esta pena de inhabilitación especial afecta a otro aspecto en el que la queja debe ser estimada. Es el relativo a la extensión de la pena, que el Tribunal de instancia impone en extensión de un año, también sin motivación alguna. El Tribunal no explica al justificar las penas el por qué de su decisión, pero ha de entenderse, ante ese silencio, que la pena se impone como accesoria de la privativa de libertad. Y siendo así, el artículo 33.6 del Código Penal impone su adecuación a la duración temporal de la pena principal, lo que obliga a su reducción a esos límites, lo que se acordará en segunda sentencia.

Consiguientemente, el motivo se estima parcialmente, aprovechando a los demás recurrentes.

Sentencia 91/2013, Sala Segunda del TS, de 1 de febrero

Ponente: **Don Manuel Marchena Gómez**

Resumen: **Delitos societarios: administración desleal y obstaculización del derecho de información del socio**

Recurso de Casación: n.º 319/2012

Artículos: **253, 293 y 295 Código Penal**

Delitos societarios. Se resume la doctrina jurisprudencial relativa a las relaciones entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal societaria y se ofrece una interpretación restrictiva del delito de obstaculización del derecho de información del socio (artículo 293 CP), entendiendo que no será de aplicación cuando sean suficientes los mecanismos jurídico-mercantiles de control.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

3. (...)

C) También conviene no olvidar, a la vista de los dos preceptos que la acusación considera infringidos —arts. 252 y 295 del CP—, que la relación entre los delitos de apropiación indebida y delito societario, no ha resultado sencilla. La existencia de una aparente superposición entre la respectiva porción de injusto abarcada por ambos

preceptos, ha dificultado su exégesis, existiendo resoluciones de esta Sala que se han esforzado, no siempre desde la misma perspectiva, en ofrecer unas pautas interpretativas dotadas de seguridad y certeza.

En el caso presente, ambos motivos se formulan sin apuntar una posible subsidiariedad en su alegación y defensa, dando la impresión de que la acusación particular aspira a la condena por ambas figuras. Conviene por ello aludir a la existencia de

una línea jurisprudencial que explica que la relación de ambos preceptos se entiende y soluciona a partir de un aparente concurso de normas que ha de ser resuelto con arreglo al criterio impuesto por el principio de alternatividad, esto es, conforme al delito que ofrece mayor pena. Debe tenerse en cuenta —decíamos en nuestra sentencia 1217/2004 de 22 de enero— que el antiguo art. 535 no ha sido sustituido por el nuevo art. 295, sino por el art. 252 que reproduce substancialmente, con algunas adiciones clarificadoras el contenido del primero de los citados, por lo que en la nueva normativa subsiste el delito de apropiación indebida con la misma amplitud e incluso con una amplitud ligeramente ensanchada, a la que tenía en el CP. 1973. En efecto, el art. 295 del CP ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252, pero no a establecer un régimen sancionador más benévolo para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetran en un contexto societario. Será inevitable en adelante que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el art. 252, y en el 295 del CP vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. Pero este concurso de normas, se ha de resolver, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8.4 CP, es decir, optando por el precepto que imponga la pena más grave (SSTS. 2213/2001, 27 de noviembre; 867/2002, 29 de septiembre; 1835/2002, 7 de noviembre y STS 37/2006, 25 de enero).

No faltan, sin embargo, resoluciones que han buscado un criterio de diferenciación entre la deslealtad en que incurrían los autores de la acción prevista en el art. 252 del CP —distrayendo dinero— y la que está presente en el art. 295 —dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad—, atendiendo para ello a los límites del título jurídico en virtud del cual se efectúa el acto dispositivo. Es ejemplo de esta línea interpretativa la STS 915/2005, 11 de julio. En ella se razona que cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y

que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación.

Y como elementos del tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede de sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada.

En ocasiones se ha dicho que esta conducta supone una especie de gestión desleal. Es cierto que quien actúa de esta forma defrauda la confianza de quien ha entregado algo en virtud de títulos como la administración, el depósito o la comisión u otros similares, en tanto que todos ellos suponen una cierta seguridad en que la actuación posterior de aquél a quien se hace la entrega se mantendrá dentro de los límites acordados, y que en esa medida se trata de una actuación que puede ser calificada como desleal. En realidad cualquier apropiación indebida lo es en cuanto que supone una defraudación de la confianza.

Pero, cuando se trata de administradores de sociedades, no puede confundirse la apropiación indebida con el delito de administración desleal contenido en el artículo 295 del Código Penal vigente, dentro de los delitos societarios. Este delito se refiere a los administradores de hecho o de derecho o a los socios de cualquier sociedad constituida o en formación que realicen una serie de conductas causantes de perjuicios, con abuso de las funciones propias de su cargo. Esta última exigencia supone que el administrador desleal del artículo 295 actúa en todo momento como tal administrador, y que lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. El exceso que comete es intensivo, en el

sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas. Por el contrario, la apropiación indebida, conducta posible también en los sujetos activos del delito de administración desleal del artículo 295, supone una disposición de los bienes cuya administración ha sido encomendada que supera las facultades del administrador, causando también un perjuicio a un tercero. Se trata, por lo tanto, de conductas diferentes, y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio de las facultades del administrador que, con las condiciones del artículo 295, resulta perjudicial para la sociedad, pero que no ha superado los límites propios del cargo de administrador (cfr., en el mismo sentido SSTS 841/2006, 17 de julio y 565/2007, 4 de junio).

De acuerdo con esta idea, es perfectamente posible resolver la aplicación de los arts. 252 y 295 del CP sin necesidad de recurrir a la solución sugerida por la existencia de un aparente concurso de normas. Se trata de preceptos que no implican una doble valoración de un mismo hecho típico. En uno y otro caso, existiría una visible diferencia respecto del significado jurídico del desbordamiento de los poderes conferidos al administrador individual o societario.

En el ámbito doctrinal, decíamos en nuestra STS 462/2009, 12 de mayo, también se han propugnado pautas interpretativas encaminadas a diferenciar claramente el espacio típico abarcado por ambos preceptos. Así, por ejemplo, se ha afirmado que la verdadera diferencia podría obtenerse atendiendo al objeto. Mientras que el art. 252 del CP se referiría a un supuesto de administración de dinero, esto es, llamado a incriminar la disposición de dinero o sobre activos patrimoniales en forma contraria al deber de lealtad, el art. 295 abarcaría dos supuestos diferentes: a) la disposición de bienes de una sociedad mediante abuso de la función del administrador; b) la causación de un perjuicio económicamente evaluable a la sociedad administrada mediante la celebración de negocios jurídicos, también con abuso de la condición de administrador. No existiría, pues, un concurso de normas, porque el mismo hecho no sería subsumible en dos tipos a la vez.

El rechazo del concurso de normas como fórmula de solución también ha sido defendido a partir de la idea de que, en la apropiación indebida del art. 252, apropiarse y distraer son dos formas típicas que exigen un comportamiento ilícito como dueño y el incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver. Sin embargo, el que se apropia desvía los bienes —también el dinero— hacia su propio patrimonio, el que distrae, lo hace en beneficio del patrimonio de un tercero. Sólo la primera de las modalidades exige el *animus rem sibi habendi* y el propósito personal de enriquecimiento. Pues bien, en el art. 295 del CP, las conductas descritas reflejan actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero que no implican apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no son actos apropiativos sino actos de administración desleal y, por tanto, menos graves —de ahí la diferencia de pena— que los contemplados en el art. 252 del CP.

Acaso resulte especialmente ilustrativo el criterio que sitúa la diferencia entre ambos preceptos desde la perspectiva de la estructura y del bien jurídico protegido. Así, mientras que en el art. 252 del CP, el acto dispositivo supone una actuación puramente fáctica, de hecho, que desborda los límites jurídicos del título posesorio que se concede, en el delito societario del art. 295 quien obliga a la sociedad o dispone de sus bienes, lo hace en el ejercicio de una verdadera facultad jurídica, una capacidad de decisión que le está jurídicamente reconocida. El desvalor de su conducta radica en que lo hace de forma abusiva, con abuso de las funciones propias del cargo. Su exceso funcional no es de naturaleza cuantitativa, por extralimitación, sino de orden teleológico, por desviación del objeto perseguido y del resultado provocado.

El bien jurídico también sería distinto en ambos casos. Mientras que en la apropiación indebida del art. 252 del CP, el bien protegido por la norma sería la propiedad, el patrimonio entendido en sentido estático, en la administración desleal del art. 295, más que la propiedad propiamente dicha, se estaría atacando el interés económico derivado de la explotación de los recursos de los que la sociedad es titular. Tendría, pues, una dimensión dinámica, orientada hacia el futuro, a la

búsqueda de una ganancia comercial que quedaría absolutamente defraudada con el acto abusivo del administrador.

(...)

4. El cuarto de los motivos, también con la cobertura del art. 849.1 de la LECrim, denuncia error de derecho, por indebida inaplicación del art. 293 del CP, al absolver a los acusados del delito societario, pese a que el hecho histórico refleja una conducta impeditiva del ejercicio del derecho de información que, a la vista de la condición de socios de ambos recurrentes, no podía haberle sido negada.

El motivo ha de ser rechazado.

Se ha dicho de forma bien plástica que el derecho de información no tiene otro objeto que permitir al socio conocer el estado de salud de sus intereses. Con su definición entre los deberes que delimitan el status socii se persigue asegurar los principios de fidelidad y buena fe como presupuestos para el logro del interés común que, por definición, anima toda forma societaria. Precisamente por ello el derecho mercantil regula de forma precisa los términos de ejercicio de ese derecho. En efecto, el Real Decreto Legislativo 1/2010, 7 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de las sociedades de capital, en su art. 93.d) consagra el derecho de información de los socios y en los arts. 196 y 197, referidos respectivamente a las sociedades de responsabilidad limitada y a las sociedades anónimas, reconoce que los socios podrán solicitar por escrito, con anterioridad a la reunión de la junta general o verbalmente durante la misma, los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día. Se añade que el órgano de administración estará obligado a proporcionárselos, en forma oral o escrita de acuerdo con el momento y la naturaleza de la información solicitada, salvo en los casos en que, a juicio del propio órgano, la publicidad de ésta perjudique el interés social. Del mismo modo, el artículo 272, tras señalar que las cuentas anuales se aprobarán por la junta general, precisa que «... a partir de la convocatoria de la junta general, cualquier socio podrá obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma, así como en su caso, el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas», resultando obligado hacer mención a este derecho en la

convocatoria. Y ya en el ámbito de las sociedades de responsabilidad limitada, «... salvo disposición contraria de los estatutos, durante ese mismo plazo, el socio o socios (...) que representen al menos el cinco por ciento del capital podrán examinar en el domicilio social, por sí o en unión de experto contable, los documentos que sirvan de soporte y de antecedente de las cuentas anuales».

Pero está fuera de dudas que la amenaza de una pena, asociada al incumplimiento de ese deber definido por la legislación mercantil, sólo adquiere sentido cuando se reserva el derecho penal para las formas más graves de obstaculización del ejercicio de aquel derecho. Las conductas abarcadas por el tipo previsto en el art. 293 del CP no pueden ser definidas a partir de un automatismo en la penalización de todo aquello que no se ajuste a las exigencias del derecho mercantil, sobre todo, cuando éste conoce mecanismos de reparación igual de eficaces y, lo que es más importante, sin los efectos añadidos que son propios de toda condena penal. En definitiva, en la interpretación del tipo penal que sanciona el menoscabo del derecho de información que asiste a todo socio, no cabe una metodología mimética que se desentienda de la verdadera intencionalidad y trascendencia lesiva de la acción imputada al socio incumplidor.

Esta necesidad de una interpretación restrictiva, ajustada a los principios que informan el derecho penal, ha sido destacada por la jurisprudencia de esta Sala. Así nos hemos referido a la relevancia de los derechos básicos de los accionistas que no pertenecen al grupo de control de la sociedad, la gravedad de los ataques de que pueden ser objeto, y la necesidad de una tutela contundente frente a estas agresiones, que sólo puede ser proporcionada por la intervención penal. Sin embargo, asiste la razón a los críticos en la necesidad de restringir los supuestos que justifican la intervención penal, que deben quedar limitados a los comportamientos más abiertamente impeditivos del ejercicio de estos derechos básicos, para diferenciarlos de los supuestos en que lo que se discute es simplemente la suficiencia del modo en que se ha atendido a los derechos de los accionistas, supuestos que están reservados al ámbito mercantil. La restricción debe alcanzarse a través de una interpretación del precepto sujeta a su fundamentación material, en el triple ámbito del objeto, de la conducta típica y del elemento normativo («sin causa legal»). En el

ámbito del objeto material ha de partirse de que los derechos tutelados en el precepto no son absolutos ni ilimitados. Concretándonos al derecho de información, al que se refiere el presente recurso, su extensión y modalidades de ejercicio tiene el alcance concreto que le otorgan las correspondientes normas societarias. Como objeto del tipo penal el ámbito del derecho no alcanza a los supuestos razonablemente discutibles, que deben quedar para su debate en el ámbito estrictamente mercantil, por lo que únicamente serán típicos aquellos supuestos de denegación de información a la que los socios tienen derecho de modo manifiesto, como sucede con los prevenidos en los arts. 112 LSA (derecho de los accionistas a los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos que figuren en el orden del día de una Junta General) y 212 LSA (derecho de los accionistas a obtener cualquiera de los documentos que habrán de ser sometidos a la aprobación de la Junta). En el ámbito de la conducta típica ha de considerarse que el precepto no penaliza cualquier comportamiento que meramente dificulte el ejercicio de los referidos derechos del socio, lo que podrá constituir un ilí-

cito mercantil. Se requiere expresamente «negar», que en este contexto equivale a desconocer dichos derechos, o impedir, que equivale a imposibilitar. En consecuencia cuando el derecho se reconoce y se atiende, proporcionando al socio una información básicamente correcta, las alegaciones sobre demoras, omisiones o simples dificultades quedan al margen del comportamiento típico, sin perjuicio de la responsabilidad que proceda en el ámbito mercantil. (STS 650/2003, 9 de mayo, 796/2006, 14 de julio, 1351/2009, 22 de diciembre). Y también hemos dicho que la conducta delictiva debe restringirse sólo a los comportamientos más abiertamente impositivos del ejercicio de estos derechos básicos, para diferenciarlos de los supuestos en que lo que se discute es simplemente la suficiencia del modo en que se ha atendido a los derechos de los accionistas, supuestos que están reservados al ámbito del derecho mercantil, habiendo destacado como conducta típica la obstruccionista frente al derecho de los socios, siendo esta cualidad de persistencia en el abuso, lo que por regla general debe determinar la aplicación de la ley penal ((STS 1351/2009, 22 de diciembre).

Sentencia 164/2013, Sala Segunda del TS, de 6 de febrero

Ponente: **Don Luciano Varela Castro**

Resumen: **Procedimiento abreviado. Casación contra auto de sobreseimiento libre**

Recurso de Casación: **n.º 354/2012**

Artículos: **676 y 779 LECrim**

Se hace aplicación del Acuerdo plenario de 9 de febrero de 2005, y se declara que no es recurrible en casación el auto de sobreseimiento libre dictado por la Audiencia Provincial en procedimiento abreviado, si no hay en él persona imputada en modo equivalente al de procesada en uno ordinario.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—1. La resolución recurrida ante nosotros es la dictada por la Audiencia provincial el 7 de febrero de 2012 en un procedimiento abreviado (...). En dicha resolución se decreta el sobreseimiento libre de dicho procedimiento por considerar que sobre su objeto había recaído resolución jurisdiccional previa, en otro (...) en la que

se había decidido (...) el sobreseimiento libre y archivo de aquellas actuaciones.

(...)

2. La primera cuestión que se suscita en la impugnación formulada por la defensa de los querrelados es la de la admisibilidad de los recursos de casación contra una resolución como la aquí impugnada.

(...)

3. La doctrina jurisprudencial ha permitido en algunos casos la inclusión de resoluciones en el censo de las susceptibles de ser impugnadas ante el Tribunal Supremo a medio del recurso de casación. Entre ellas, las dictadas en grado de apelación por las Audiencias Provinciales no podrían incluirse en principio entre las recurribles en casación. Ha sido una decisión jurisprudencial, que parte de un acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la que abrió dicha vía en casos taxativamente especificados.

El acuerdo citado por la querellante recurrida y también por la impugnación de los querellados es el de fecha 9 de febrero de 2005, tal como indica la recurrente citada. En dicho acuerdo se refería a los autos de sobreseimiento que fueran dictados en el marco del procedimiento abreviado y en grado de apelación. Y se sometía la admisibilidad de la casación a tres requisitos: a) que el sobreseimiento detallado fuese libre; b) que en el procedimiento hubiera recaído imputación judicial equivalente a procesamiento y c) que el procedimiento fuera de aquellos en los que la sentencia definitiva fuera susceptible de casación.

4. En el presente caso está fuera de duda que la resolución dictada en apelación, que es la recurrida ante nosotros, decretó el sobreseimiento libre. El debate se suscita en torno a la concurrencia del segundo de los requisitos.

(...) Procede pues que entremos ahora a valorar su concurrencia o ausencia. Partiendo de la glosa que del mismo ya hacía el acuerdo del pleno no jurisdiccional citado por las partes en pugna.

Segundo.—1. En dicho acuerdo se advertía que no cualquier imputación judicial satisfacía esa exigencia, reclamando para dar por cumplido el presupuesto de la recurribilidad, que en la resolución judicial de imputación se describa el hecho, se consigne el derecho aplicable y se indique el responsable. Es decir que se atribuya razonadamente a una persona un hecho determinado que sea calificado jurídicamente de delictivo. Lo que tanto quiere decir como que se haya proclamado la existencia de indicios de probabilidad, que no mera posibilidad de responsabilidad criminal del así imputado. Precisamente esa probabilidad marca la diferencia con la mera posibilidad, de la misma manera que la imputación equivalente al procesamiento marca

la diferencia con la imputación que resulta de la mera admisión a trámite de una denuncia o querrela.

El acuerdo quiso así buscar el paralelismo, en estos procedimientos en los que no tiene cabida el procesamiento, con el presupuesto que la Ley de Enjuiciamiento Criminal impone en los sumarios ordinarios para admitir el acceso a la casación del auto que impone el sobreseimiento y que, conforme al artículo 848, es precisamente que, cuando tal sobreseimiento se dicta, exista una persona procesada, siendo insuficiente que antes esa persona haya adquirido el estatuto de imputado, porque se admitió la querrela contra él. Obviamente no hay razón para dotar de mayor amplitud al cauce de la casación en procedimientos por delitos menos graves que el establecido en relación a aquellos delitos que dan lugar al sumario ordinario.

Con todo, en el acuerdo no jurisdiccional no se exigía expresamente que el tipo de sobreseimiento libre acordado lo fuera de aquellos que se fundan en que el hecho no es constitutivo de delito. Este requisito sí es exigible en la pretensión de casación contra los autos.

2. Para determinar si en el caso que ahora juzgamos concurre o no el presupuesto de que, cuando la audiencia provincial impuso el sobreseimiento libre, existía persona alguna procesada hemos de partir de un hecho admitido. El procedimiento se encontraba en fase de diligencias previas, y aún no había sido dictado el auto a que se refiere el artículo 779.1 de la Ley Enjuiciamiento Criminal.

Más aún, si queremos determinar si la ilustrísima instructora había alcanzado la convicción de que concurrían razones para atribuir a persona determinada un hecho que proclamara su probable responsabilidad criminal, nada mejor que acudir al texto de la propia resolución de 25 de mayo de 20011, que fue la recurrida en la apelación origen de este recurso.

En esa resolución deniega el sobreseimiento que le había sido solicitado por los querellados. Estos fundaban su pretensión en tres motivos. La concurrencia de cosa juzgada, la falta de competencia del juzgado y la ausencia de indicios de responsabilidad criminal.

La justificación de la denegación se centra, en cuanto a la determinación de si concurre cosa juzgada (fundamento jurídico segundo) en que tal decisión corresponde al órgano de enjuiciamiento

y no al juzgado de instrucción. Pese a ello no se priva de excluir que concurren los presupuestos de tal cosa juzgada. Ese aspecto de la decisión de la ilustrísima instructora ha sido desautorizado por el auto de la Audiencia Provincial, que sí estimó que era el momento procesal oportuno para examinar si concurría o no dicha cosa juzgada y decidió además que la resolución del Juzgado de instrucción número seis de Madrid había producido tal efecto. Y eso es precisamente lo que los querellantes recurrentes erigen en objeto del recurso de casación que nos ocupa.

En cuanto a la pretensión de sobreseimiento por falta de indicios de criminalidad contra los querellados, por no ser los hechos que se le atribuyen constitutivos de delito, la resolución de la Ilustrísima Instructora recurrida en apelación ante la Audiencia justifica la denegación (fundamento jurídico cuarto) considerando que en ese momento la investigación está inconclusa. Añade que hasta ese momento no consta que se documentaste en acta la recogida de vestigios a que se refiere la querrela. Y concluye que eso, a lo que denomina irregularidad, no permite «llegar a un planteamiento de sobreseimiento libre».

Concluye que, existiendo datos pendientes de investigar, estima razonable (fundamento jurídico quinto) que continúe la instrucción. Y ello precisamente, dice con nitidez la ilustrísima instructora, «para llegar a tener los elementos de hecho y de derecho que permitan fundamentar una de las resoluciones judiciales que exigen el artículo 779.1 de la Lecrm».

Pues bien el artículo 779.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal emplaza al instructor del procedimiento abreviado a que valore precisamente si de lo actuado derivan indicios para imputar a persona determinada una eventual responsabilidad criminal por razón de los hechos objeto del procedimiento. De tal suerte que la inexistencia de razones suficientes deberá dar lugar a alguno de los tipos de sobreseimiento (resolución 1.ª de dicho apartado 1) y la existencia de aquellas razones la proclamación de las mismas como fundamento para pasar a la fase preparatoria del juicio oral (resolución 4.ª de dicho apartado 1) o, en su caso remisión (resoluciones 2.ª y 3.ª del mismo apartado).

Así pues, no solamente no había recaído resolución de imputación equivalente a la de procesamiento. Es que la propia instructora proclamaba con insistencia que el estado de la investigación no había reportado información suficiente para adoptarla.

Por ello es claro que falta el requisito para la admisión a trámite del recurso de casación por razón del tipo de resolución impugnada y cuya falta había sido denunciada en la impugnación por la defensa de los querellados.

Lo que nos hace innecesario examinar si, además, el sobreseimiento recurrido tenía que ser, que no lo es, por estimar que los hechos no son constitutivos de delito, Y ello porque de reclamarse tal requisito tampoco sería admisible a trámite la casación intentada.

Sentencia 112/2013, Sala Segunda del TS, de 11 de febrero

Ponente: **Don José Manuel Maza Martín**

Resumen: **Estafa. Daño patrimonial**

Recurso de Casación: **n.º 284/2012**

Artículos: **74, 77, 248 y 392 Código Penal**

Falsificación en documento mercantil y estafa. Condenado en primera instancia por los dos delitos, se absuelve del segundo en casación, por falta de daño patrimonial, en un supuesto de libramiento de letras vacías falsas, pero con abono del importe en la cuenta del librado a medida que se iban produciendo los vencimientos. Hay un voto particular discrepante, que entiende que este pago es un comportamiento postdelictivo que afecta sólo a la responsabilidad civil.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

B) Sin embargo, en lo que al delito continuado de estafa se refiere, es clara la procedencia de la alegación formulada por el recurrente pues, aunque las anteriores falsedades en efecto se llevaron a cabo, en el relato de hechos probados no consta la concurrencia de los elementos integrantes de dicha infracción, en concreto, de la existencia de un perjuicio real producido como consecuencia del engaño precedente.

Así, por lo que se refiere al primero de los hechos, calificado como delito de estafa por la Sentencia recurrida, es decir, el relacionado con la emisión de letras de cambio falsas, lo cierto es, y así se hace constar expresamente por el Tribunal «a quo» en su «factum», que con ello no se causó finalmente perjuicio económico de clase alguna, habida cuenta de que el recurrente tras obtener las cantidades correspondientes a las cambiales por un elevado importe de euros, éstos fueron «... en su mayoría reintegrados por el mismo mediante el abono del importe de las letras en la cuenta del librado a medida que se iban produciendo sus vencimientos».

La ausencia de determinación de clase alguna del alcance de esa expresión: «la mayoría» y, por ende, de la concreción del perjuicio que hubiera podido causarse, impide afirmar la real existencia de un tal perjuicio, máxime cuando, a continuación, también se dice que «No consta que Patricio haya tenido conocimiento ni de la libranza de los efectos ni de su presentación al descuento a pesar de que como domicilio de pago aparecía la cuenta corriente con el NUM000 que tenía aperturada a su nombre en la Oficina Principal del Banco Sabadell (Banco Herrero) en la calle Fruela de Oviedo». Todo parece indicar que la conducta de Leovigildo, con la generación de las letras de cambio falsas, no tenía otro objeto que el de obtener la correspondiente financiación, pero sin que con ello, al hacer frente a los sucesivos pagos a su vencimiento, llegase a causar daño económico real a aquel de cuya identidad falsariamente se sirvió para acceder a la dicha financiación.

(...).

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
EL EXCMO. SR. DON ANDRÉS MARTÍNEZ
ARRIETA, A LA SENTENCIA N.º 112/13 DICTADA
EN EL RECURSO DE CASACIÓN N.º 284/2012

A través del presente Voto particular expreso, como realice en la deliberación del recurso, mi disensión con la Sentencia de la mayoría. Mi discrepancia se centra en la absolución del delito continuado de estafa. La sentencia de la mayoría afirma la falta de tipicidad del hecho por no constar la concurrencia del perjuicio típico del delito de estafa, lo que apoya en la consideración del relato fáctico en el que se relata que el condenado emitió unas cambiales que no respondían a una realidad comercial, falsificó la firma del librado, y las presentó al descuento, obteniendo el importe señalado en las cambiales. «obteniendo de este modo 1.421.865 euros» añadiendo el hecho que esta cantidad fue «en su mayoría reintegrados por el mismo [el acusado] mediante el abono del importe de las letras en la cuenta del librado a medida que se iban produciendo sus vencimientos». Se añade que no consta que el falso librado tuviera conocimiento ni de la libranza de efectos, ni del descuento.

La mayoría entiende que en este supuesto fáctico el libramiento de las cambiales falsas «no tenía otro objeto que el de obtener la correspondiente financiación, pero sin que con ello, al hacer frente a sus sucesivos pagos a su vencimiento, llegase a causar daño económico real a que de cuya identidad falsariamente se sirvió para acceder a dicha financiación».

Este planteamiento, a mi juicio, es erróneo. La estafa que se describe en el hecho probado es completa y reúne todos los requisitos de su tipicidad. Hubo un engaño, el libramiento de una letras de cambio absolutamente falsas, desde la identificación del librado hasta la firma del mismo y las cantidades; existió una presentación al descuento, aparentando su realidad documentada; ese engaño ha de ser calificado como bastante; es causal al error producido y al desplazamiento económico por un importe declarado probado, más de un millón de euros. Durante un tiempo, el que media desde el descuento al vencimiento de la letra, es evidente que se ha producido un desplazamiento económico derivado de un engaño, y ha colo-

cado, tanto a la entidad bancaria como al supuesto librado, la persona cuya firma se suplantó en el libramiento de la letra falsificada en una situación de evidente riesgo, al asumir cambialmente una posición de deudor de forma absolutamente indebida. El perjuicio resulta evidente al haber sido colocado en una situación de riesgo indebido y en una situación patrimonial fuertemente debilitada. El que el autor del hecho delictivo reparara el daño causado, no hace otra cosa que un comportamiento postdelictivo que afecta, desde luego a la responsabilidad civil, y potencialmente pudiera ser subsumido en una atenuación por reparación del daño, pero no hace desaparecer la tipicidad. Vendría a ser, en la aplicación que se realiza en la sentencia como un comportamiento posterior que al delito que hace desaparecer la tipicidad por un acto contrario, amenera de excusa absolutoria derivada del pago de la reparación. Lo que para el Código da lugar a una atenuación, se ha convertido en causa de atipicidad.

Como dijimos en la STS 828/2006 de 21 de julio, el perjuicio en el delito de estafa no se contrae sólo a la determinación comparativa del patrimonio con anterioridad y posterioridad al hecho delictivo, sino que se hace preciso atender al acto dispositivo concretamente realizado y al aspecto patrimonial afectado en el hecho, de manera que el perjuicio debe ser real, efectivo y evaluable económicamente, esto es una disminución patrimonial lesiva al perjudicado y esta disminución también se integra por los riesgos que se colocan a un patrimonio de forma no voluntaria por su titular. En el caso el patrimonio del falso deudor tributario, y el de banco que autorizó el descuento, se colocaron, en virtud de la actuación delictiva, en

una situación de riesgo, siempre evaluable, derivado del actuar delictivo. El que el riesgo no llegara a concretarse porque el autor del hecho reparó el daño causado afectará a la responsabilidad civil y, en su caso, será tenida en cuenta como atenuación, pero no hace desaparecer el hecho delictivo.

Las dificultades que surgieron de una acepción puramente objetiva y económica del patrimonio, referidas al momento de la evaluación comparativa del patrimonio y a la incidencia de una valoración personal del mismo, llevaron a la doctrina y a la jurisprudencia a una concepción mixta, que atendiera tanto a la consideración económica del perjuicio como a la finalidad y a las necesidades del sujeto pasivo de la estafa. Esto es, que atendiera tanto a la valoración económica como a los derechos patrimoniales del sujeto. En el caso, estos derechos patrimoniales han sido puestos en evidente riesgo por el actuar delictivo y ese riesgo, evaluable económicamente, integra la tipicidad. En términos de la Sentencia de 23 de abril de 1992, «el juicio sobre el daño debe hacer referencia también a los componentes individuales del titular del patrimonio. Dicho de otra manera, el criterio para determinar el daño patrimonial es un criterio objetivo individual». En el mismo sentido, la Sentencia de 4 de marzo de 1996 refiere que el perjuicio patrimonial debe atender a la finalidad económica perseguida. Así, el juicio sobre la concurrencia del perjuicio no debe establecerse, únicamente, sobre una evaluación económica, sino que debe atenderse a la finalidad económica que se pretendía con la disposición patrimonial realizada por engaño.

Entiendo, en consecuencia, que el recurso debió ser desestimado y la sentencia confirmada.

Sentencia 110/2013, Sala Segunda del TS, de 12 de febrero

Ponente: **Don Carlos Granados Pérez**

Resumen: **Tentativa en el delito de tráfico de drogas**

Recurso de Casación: **n.º 615/2012**

Artículos: **16 y 368 Código Penal**

Tentativa. Tráfico de drogas. La sentencia de instancia condenó por tentativa, criterio que, frente al recurso del Ministerio Público (al que se adhiere un voto particular discrepante), mantiene la sentencia del Tribunal Supremo. Se discute, por tanto, sobre la admisibilidad de tentativa en el delito de tráfico de drogas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—(...)

Las razones expresadas por el Tribunal de instancia para apreciar que el delito cometido por Rita lo ha sido en grado de tentativa son acordes con jurisprudencia de esta Sala.

Ciertamente, el hecho de que no se haya llegado a tener la disponibilidad material de la droga, lo que si sucedió respecto al acusado Carlos Ramón, no implica, por sí sólo, que el delito se hubiera cometido en grado de tentativa.

Así en la Sentencia de esta Sala 867/2011, de 20 de julio, se declara que este Tribunal ya se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre las cuestiones que suscita la apreciación de la tentativa en los delitos de tráfico de drogas, pudiendo sintetizarse los criterios y pautas de la jurisprudencia, según se especifica en las SSTS 335/2008, de 10-6; 598/2008, de 3-10; 895/2008, de 16-12; 5/2009, de 8-1; 954/2009, de 30-9; 960/2009, de 16-10; 1047/2009, de 4-11; 1155/2009, de 19-11; y 191/2010, de 9-2, y las que en ellas se citan, en los siguientes apartados: a) La posibilidad de concurrencia de formas imperfectas de ejecución en el delito de tráfico de drogas ha sido admitida por esta Sala con criterio restrictivo, por entender que constituye un delito de peligro abstracto y de mera actividad, en el que es difícil admitir la inejecución del resultado propuesto. Y es que en el tipo básico de tráfico de drogas establecido en el art. 368 del CP de 1995, la mera posesión de la sustancia tóxica implica comisión del delito, y además es difícil que cualquier acción dirigida a acercar el estupefaciente al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos generales de «promover», «facilitar» o «favorecer» el consumo de sustancias tóxicas previstos en el tipo penal. b) De forma excepcional se ha admitido la imperfección delictiva en los supuestos de actos de tráfico atribuidos al adquirente, si éste no llegó a alcanzar la posesión inmediata o mediata o una cierta disponibilidad sobre la sustancia estupefaciente, entendiéndose el delito intentado cuando la compraventa de la droga se perfecciona pero no llega a ejecutarse. c) Tratándose de envío de droga por correo u otro sistema de transporte (se incluyen

aquí los supuestos de entrega controlada), es doctrina consolidada que si el acusado hubiera participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe considerársele autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida. En los envíos de droga el delito se consuma siempre que existe un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, en cuanto que, en virtud del acuerdo, la droga queda sujeta a la solicitud de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiese materializado la detención física de la sustancia prohibida. El haber proporcionado un domicilio y un destinatario del envío de la droga, implica una colaboración que facilita la comisión del delito. d) El tráfico existe desde que una de los autores pone en marcha el mecanismo de transporte de la droga que el receptor había previamente convenido. Comienza, pues, la ejecución del delito con la materialización o realización del plan por uno de los coautores (generalmente desconocido); es decir, con la adquisición de la posesión de la droga con miras a ejecutar el plan común. e) La apreciación de la tentativa requiere, con arreglo a la doctrina jurisprudencial, no haber participado en las operaciones previas al transporte ni llegar a tener la disponibilidad efectiva de la droga. Será, pues, el supuesto de quien o quienes, totalmente ajenos al concierto inicial para el transporte, intervienen después mediante una actividad netamente diferenciada.

Con el mismo criterio se expresa la Sentencia 1072/2012, de 11 de diciembre, en la que se analizan distintas supuestos: a) Que el receptor de la droga estuviese en connivencia con los remitentes antes del envío. Es la hipótesis más frecuente. Es la mecánica normal de operar. Si no, no se envía la droga. Si la sustancia se introduce efectivamente en territorio español y llega a su destinatario en condiciones de relativa disponibilidad y solo después es descubierta u ocupada estaremos ante un delito consumado del art. 369.1.10.º del Código Penal (antes de la reforma de 2010); y en la actualidad del art. 368 (ó 369 si concurre alguna otra agravación). Respaldo jurisprudencial a estas consideraciones encontramos, entre muchos otros pronunciamientos, en la STS

2104/2002, de 9 de diciembre: «Se alega que al tratarse de una entrega controlada, los acusados en ningún momento tuvieron la posesión mediata o inmediata ni la disponibilidad real de la sustancia contenida en el paquete recogido, por lo que el delito no llegó a consumarse, quedando en grado de tentativa. Sobre este extremo decíamos en la sentencia 835/2001, de 12 de mayo, que la regla general en el delito de tráfico de drogas es la de su consumación, ya que se trata de un delito de mera actividad y de riesgo abstracto. Y que concretamente en los casos de envío de la sustancia de un lugar a otro, se considera que desde que uno de los partícipes pone en marcha el mecanismo de transporte de la droga, el delito queda consumado. Ello siempre que exista un pacto o convenio previo entre los que envían la droga y los que han de recibirla (ver sentencia 1435/2000, de 29 de septiembre)». b) Un segundo supuesto imaginable es aquel en el que existe esa connivencia previa, pero la droga ha sido detectada antes de llegar a territorio nacional de forma que los autores no han llegado a tener su disponibilidad efectiva en nuestro país. En ese caso estamos ante un delito de tráfico de drogas consumado en virtud de las razones y jurisprudencia expuestas. La duda surgía bajo la legislación anterior en relación a la circunstancia 10.^a del art. 369, hoy desaparecida. Eso hace inútil elucubrar con esa discutida cuestión. c) Una última hipótesis que ha sido examinada por la jurisprudencia es aquella en la que la primera intervención del receptor o receptores acaece cuando ya la droga está policialmente controlada. Se remitió la droga en virtud de un acuerdo con otras personas. Unos terceros se involucran en la operación en un momento en que la policía ya ha descubierto el contenido del paquete y está en marcha una operación de entrega vigilada. La jurisprudencia ha admitido en esos casos y solo para esa última persona la calificación como tentativa inidónea. Habrá tentativa inidónea punible respecto de quienes decidieron ayudar en un momento en que la operación estaba ya controlada policialmente; y consumación respecto de todos los que participaron en el acuerdo previo al envío, aunque la intervención policial haya frustrado el objetivo final. La condena por tentativa inidónea sólo procederá cuando en el momento en que se produce la intervención policial no ha surgido todavía una decisión de intervenir por parte del

partícipe. En todos los casos en que se ha cerrado ya ese pacto, todos los concertados colaboradores se convierten en autores de un delito consumado desde el momento en que la droga está a disposición de alguno de ellos.

En la reciente Sentencia 20/2013, de 10 de enero, se expresa que se ha dicho en relación con el delito de tráfico de drogas previsto en el art. 368 del CP, que se trata de un tipo penal desmesuradamente amplio, abierto, que llega a abarcar el ciclo de la droga en todas sus facetas, que empieza con los actos de cultivo y termina con la posesión con fines de difusión. De ahí que su configuración como delito de peligro abstracto, no de resultado, dificulte sobremedida la apreciación del delito en grado de tentativa, en la medida en que constituye un delito de mera actividad, en el que es difícil admitir la inejecución del resultado propuesto, porque en el tipo básico de tráfico de drogas establecido en el art. 368 del CP de 1995, la mera posesión de la sustancia tóxica implica comisión del delito, y porque es difícil que cualquier acción dirigida a acercar el estupefaciente al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos generales de «promover», «facilitar» o «favorecer» el consumo de sustancias tóxicas, previsto en el tipo penal; habiendo entendido esta Sala que siempre que, aún sin alcanzarse una detentación material de la droga, se consigue una disponibilidad de la misma, que queda sujeta a la voluntad del adquirente, el delito queda perfeccionado (cfr. SSTS 766/2008, 27 de noviembre, 658/2008, 24 de octubre y 1265/2002, 1 de julio, entre otras muchas). La jurisprudencia de esta Sala, sin embargo, no ha negado la singularidad de algunos supuestos relacionados con el transporte de droga realizado a través del correo u otro sistema de envío. La STS 989/2004, 9 de septiembre, se refiere a un supuesto de entrega vigilada, precisando que es doctrina consolidada que si el acusado hubiese participado en la solicitud u operación de importación, o bien figurase como destinatario de la misma, debe estimarse autor de un delito consumado, por tener la posesión mediata de la droga remitida (SSTS 2108/1993 27 de septiembre, 383/94, 23 de febrero, 947/1994 5 de mayo, 1226/1994, 9 de septiembre, 357/1996, 23 de abril, 931/98, 8 de julio y 1000/1999, 21 de junio). Reitera la STS 1594/99, 11 de noviembre, que en envíos de droga el delito se consuma siem-

pre que existe un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, en cuanto que, en virtud del acuerdo, la droga queda sujeta a la solicitud de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiese materializado una detentación física del producto. En la sentencia 1567/1994, 12 de septiembre, se pone de relieve que, al existir un pacto entre el remitente y el receptor es atribuible a éste la posesión mediata de la droga, sin que la interceptación del estupefaciente suponga óbice alguno para estimar que el destinatario del mismo ha realizado de forma completa el acto de tráfico.

Las Sentencias de esta Sala que el Ministerio Fiscal señala en apoyo del recurso, también parten de una integración en el plan conjunto. Así, en la Sentencia 672/2010, de 5 de julio, se declara, entre otros extremos, que ha de matizarse la consideración de que se considere bastante para la exclusión de la consumación el dato de que el sujeto no llegue a tener disponibilidad efectiva de la droga intervenida, por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma o justo en ese momento por agentes policiales ya apercibidos, en los supuestos de entregas vigiladas (Sentencia del día 12 de Abril del 2010 resolviendo el recurso: 11276/2009) si tal exclusión no se hace acompañar con la exclusión también de integración en el plan conjunto que fue lo que hizo que en tal caso no se admitiera la mera tentativa. Y en la sentencia de esta Sala, asimismo mencionada en el recurso, 66/2012, de 9 de febrero, igualmente se declara que por ello ha de matizarse la afirmación de que se considere bastante para la exclusión de la consumación el dato de que el sujeto no llegue a tener disponibilidad efectiva de la droga intervenida, por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma o justo en ese momento por agentes policiales ya apercibidos, en los supuestos de entregas vigiladas (Sentencia del día 12 de Abril del 2010 resolviendo el recurso: 11276/2009), si tal exclusión no se hace acompañar con la exclusión también de integración en el plan conjunto que fue lo que hizo que en tal caso no se admitiera la mera tentativa. Y más adelante se dice en esta misma sentencia que tal descripción excluye tanto el pacto previo para la importación de la droga como el carácter de destinatarios finales en los tres acusados penados. Ni siquiera deriva un compromiso de los penados que fuera necesariamente previo y esencial para que la operación pudiera tener lugar.

Estamos pues, por el momento de realización de la actividad, en una tentativa de participación.

La jurisprudencia de esta Sala que se ha dejado expresada es perfectamente aplicable al caso al que se refiere el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, especialmente el supuesto c) señalado por la Sentencia 1072/2012, de 11 de diciembre, en la que se declara que una última hipótesis que ha sido examinada por la jurisprudencia es aquella en la que la primera intervención del receptor o receptores acaece cuando ya la droga está policialmente controlada. Se remitió la droga en virtud de un acuerdo con otras personas. Unos terceros se involucran en la operación en un momento en que la policía ya ha descubierto el contenido del paquete y está en marcha una operación de entrega vigilada. La jurisprudencia ha admitido en esos casos y solo para esa última persona la calificación como tentativa inidónea. Habrá tentativa inidónea punible respecto de quienes decidieron ayudar en un momento en que la operación estaba ya controlada policialmente; y consumación respecto de todos los que participaron en el acuerdo previo al envío, aunque la intervención policial haya frustrado el objetivo final. La condena por tentativa inidónea sólo procederá cuando en el momento en que se produce la intervención policial no ha surgido todavía una decisión de intervenir por parte del partícipe. En todos los casos en que se ha cerrado ya ese pacto, todos los concertados colaboradores se convierten en autores de un delito consumado desde el momento en que la droga está a disposición de alguno de ellos.

Y ciertamente, el supuesto de tentativa que se describe en el apartado c) de esa sentencia es lo que se ha producido en relación a la acusada Rita, ya que no está acreditado ni se declara probado que está acusada hubiese intervenido o se hubiese concertado en la operación previa al transporte de la droga desde Barcelona a Tenerife, ni consta que su decisión de intervenir haya sido previa a la intervención policial; tampoco está acreditado que fuese la destinataria de la sustancia estupefaciente de que era portador el coacusado Carlos Ramón; y no se declara probado ni está acreditado que hubiese tenido la disponibilidad de la droga.

Así las cosas, el recurso formalizado por el Ministerio Fiscal, en el que se parte de un previo acuerdo que no está acreditado ni se declara probado, debe ser desestimado.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE EMITE
EL MAGISTRADO D. LUCIANO VARELA CASTRO,
A LA SENTENCIA N.º 110/2013, QUE RESUELVE
RECURSO DE CASACIÓN N.º 615/2012

Emito este voto particular al disentir, con el respeto que siempre me merecen mis compañeros, de su criterio respecto a la impugnación formulada por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de instancia.

La mayoría parte, como dato de hecho determinante de la no consumación del delito respecto de la penada Doña Rita, que no consta que ésta hubiera decidido intervenir en la operación de tráfico de manera previa a la intervención policial.

El examen de la sentencia, sin embargo, permite recomponer el devenir de la operación en el tiempo:

a) Se trata de un encargo hecho al coacusado en Holanda. Así lo dice en el fundamento jurídico cuarto.

b) El coacusado que porta el paquete vuela desde Barcelona a Tenerife donde ha de hacer la entrega del paquete.

c) No existe intervención ni control policial hasta que el paquete es inspeccionado en el aeropuerto de Tenerife. Es en ese momento, cuando el coacusado se decide a colaborar con los agentes que le trasladan al hotel Príncipe Paz.

d) En ese momento el coacusado recibe comunicaciones sobre cómo actuar a través de su teléfono, que él permite a los agentes oír y leer.

e) En esas instrucciones se incluía la de ir a la parada de un autobús donde le esperaría una mujer de raza negra. Esta resultó ser la recurrente, que es detenida al acercarse al coacusado.

Estimo, en mi modesto parecer, que hace falta una dosis de ingenuidad, de la que no dispongo, para considerar que la recurrente, que ya está en la parada de autobús, cuando coacusado y agentes se trasladan allí, no pactó llevar a cabo su colaboración sino después de que los agentes de la Guardia Civil —en momentos inmediatamente anteriores— pactan con el coacusado seguir las indicaciones que éste recibiera para facilitar la detención del proveedor o destinatario.

No resulta siquiera necesario advertir que la sentencia proclama que en el domicilio de la recurrente se encontró una balanza de precisión y libreta con anotaciones de operaciones aritméticas y número telefónicos sugerentes de vinculación a operaciones de tráfico de drogas.

Porque de tal relato de la sentencia de instancia lo que resulta poco cuestionable es que el supuesto aquí juzgado no autoriza en modo alguno a asimilarlo a la hipótesis de decisiones de intervención en el tráfico solamente con acreditada posterioridad al momento de asunción de control por la policía respecto a la posesión de la droga.

De ahí el atinado acierto del recurrente Ministerio Fiscal al citar la Sentencia de este Tribunal Supremo n.º 672/2010 de 5 de julio. En ella decíamos que cuando se trata de coautoría material por varios sujetos, bastará que la acción de alguno de ellos alcance la consumación de la conducta típica, para que todos, cualquiera que sea la forma en que exteriorizaron su coautoría, respondan del delito consumado.

Y también que: Cuando la plural actuación lo sea con diversidad de grado de participación, cabe diferenciar los casos que algún sector doctrinal denomina tentativa de participación, de aquellos otros en que se trata de una participación en delito intentado. A la primera categoría corresponderían los supuestos en los que el comportamiento del partícipe no llegue a traducirse en consecuencias que incidan en la realización del comportamiento tipificado como principal. Sin que aumente el grado de ejecución imputable al partícipe por el dato de que la conducta del autor principal alcance la consumación. A la segunda clase corresponden los supuestos en los que, no obstante culminar el partícipe su contribución, el delito principal no llega a consumarse. Algún sector aún distingue el supuesto en que la ejecución del hecho principal ni siquiera llega a comenzar. En esa tercera categoría se habla de participación intentada. De lo anterior deriva la necesidad de examinar el grado de ejecución, no solamente del delito principal, sino de la conducta participativa, si previamente cabe descartar que esa intervención lo es a título diverso del de coautoría.

Y también añadimos que conviene advertir que la autoría no se desvanece por la circunstancia de la diversidad de funciones que los plurales suje-

tos asumen en el programa delictivo. Ni siquiera cabe exigir, como hizo una abandonada jurisprudencia, un acuerdo que sea necesariamente previo. Pero sí un plan conjunto. Aunque sea tácitamente asumido. Si todos conocen la plural contribución y la aceptan. En tales supuestos operará el principio de imputación recíproca. Y de esa manera, si se alcanza la consumación, se alcanzará para todos. Hayan tenido o no una detentación física de la droga.

Y también que: La consumación no se desvanece porque, en un momento del trayecto que el transporte sigue, el logro de la llegada al destinatario final haya sido abortado. Iniciado el transporte, la consumación se habrá producido. Por ello ha podido establecerse: que la policía tuviese conocimiento de la operación y estuviera vigilando a los otros acusados no sitúa el delito en la fase de la tentativa ya que —como precisa la STS. 933/2008 de 18.12— durante un tiempo se realizó íntegramente el tipo penal y la intervención de la policía pudo fracasar, por lo que no se puede escudar en un hecho ajeno a la conducta del autor para introducir un factor externo como interruptivo de la comisión.

Y aún que: ha de matizarse la consideración de que se considere bastante para la exclusión de la consumación el dato de que el sujeto no llegue a tener disponibilidad efectiva de la droga intervenida, por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma o justo en ese momento por agentes policiales ya apercebidos, en los supuestos de entregas vigiladas (Sentencia del día 12 de Abril del 2010 resolviendo el recurso: 11276/2009) si tal exclusión no se hace acompañar con la exclusión también de integración en el plan conjunto que fue lo que hizo que en tal caso no se admitiera la mera tentativa.

En esa sentencia se condenó a los recurrentes como autores del delito consumado, porque se estableció:

Con tales premisas debemos ahora recordar que la sentencia recurrida declara como probado que el recurrente formaba parte de un grupo de personas que, como evidencia que una de ellas realizase constantes actos de observación expectante del mar, se encontraban a la espera de la llegada de la embarcación trasportando la droga; que esas personas asumieron la labor de descarga de

80 fardos de hachís con peso que supera los 2.345 kgr, logrando depositarlos en la arena de la playa antes de la intervención policial que provocó su huida.

Tal contribución revela, en primer lugar, que estaba comprometida con anterioridad a la llegada de la droga a territorio español. Y es evidente que sin ese previo compromiso, los remitentes no hubieran asumido la remesa.

Resulta evidente la similitud con el comportamiento de Doña Rita, de quien la sentencia también dice que estaba expectante a la espera del copinado y que sólo contra la lógica cabe entender que eso no refleja una anterioridad en el compromiso asumido de su espera, antes de la llegada.

Y en la Sentencia 66/2012, también citada por el Ministerio Fiscal, este mismo Tribunal Supremo recordaba la necesidad de examinar el grado de ejecución, no solamente del delito principal, sino de la conducta participativa. Aunque haya de admitirse, sin razonable duda, que el hecho de introducir la droga en territorio español, importada desde el extranjero, implica una indudable consumación, las dudas pueden surgir sobre a quienes han de considerarse autores de tal tráfico. Es entonces cuando cobra sentido examinar el comportamiento que cada sujeto asumió e, incluso, el momento desde el cual efectúa su compromiso.

En ese caso se consideró, a partir del hecho probado, una ejecución en grado de tentativa porque: Tal descripción excluye tanto el pacto previo para la importación de la droga como el carácter de destinatarios finales en los tres acusados penados. Ni siquiera deriva un compromiso de los penados que fuera necesariamente previo y esencial para que la operación pudiera tener lugar.

La situación no es asimilable a la decidida en la Sentencia de este Tribunal Supremo 1072/2012 de 11 de diciembre que la mayoría invoca. Esa sentencia rechaza los recursos de los dos penados precisamente porque la sentencia de instancia había proclamado probado que dichos recurrentes en fecha no determinada del año 2009 anterior al 7 de Marzo... se concertaron con tercera o terceras personas no identificadas residentes en Paraguay para recibir de éstas una determinada cantidad de la sustancia estupefaciente «cocaína» para destinarla a su transmisión mediante precio a terceras personas.

En dicha sentencia, solamente obiter dicta, se alude a la hipótesis en la que la primera intervención del receptor o receptores acaece cuando ya la droga está policialmente controlada. Se remitió la droga en virtud de un acuerdo con otras personas. Unos terceros se involucran en la operación en un momento en que la policía ya ha descubierto el contenido del paquete y está en marcha una operación de entrega vigilada.

La sentencia de instancia en el caso que juzgamos está muy lejos de afirmar que la recurrente no hubiera pactado su participación después de que la Guardia Civil descubriera la existencia de droga en el aeropuerto.

Con mucha más prudencia, lo que la sentencia se limita a decir es que la recurrente no consta que participara con anterioridad en el encargo y en la organización del transporte.

Pero es evidente que una cosa es no participar en el encargo del porte al coacusado penado y otra que el compromiso de conducir a éste una vez ya se encontrase en Tenerife no fuera asumido por la penada con anterioridad a la llegada a Tenerife del copenado y la droga que éste portaba.

Por todo ello emito mi voto en el sentido de que el recurso debió ser estimado en sus propios y atinados términos.

Sentencia 124/2013, Sala Segunda del TS, de 19 de febrero

Ponente: **Don Andrés Martínez Arrieta**

Resumen: **Conformidad**

Recurso de Casación: **n.º 526/2012**

Artículos: **787 LECrim**

Delito contra la salud pública. Justifica la Sala la penalidad diferenciada entre condenados en atención a la existencia de un comportamiento procesal diverso de algunos de ellos que manifestaron su conformidad con el escrito de acusación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—En el segundo de los motivos de la impugnación alza su queja contra lo que considera arbitrariedad y denegación de tutela al imponerle una pena superior en un año de duración respecto de otros acusados. El tribunal, en una argumentación que no es extensa realiza una distinta individualización para los acusados que se han conformado con el escrito de acusación, a quienes impone una pena de cinco años y tres meses de prisión, y al acusado, a la pena de seis años y tres meses de prisión.

La razón es evidente, el tribunal ha tenido en cuenta la pretensión de pena que el Ministerio fiscal presenta en su escrito de calificación, una petición de pena en el que valora la incidencia de un hecho procesal que es relevante: en un supuesto ha existido una conformidad con el escrito de acu-

sación, lo que supone un aceptación de la responsabilidad penal y de los hechos de la acusación. Mediante la conformidad el acusado acepta la realidad de la ofensa a la convivencia, reconoce la vigencia de la norma y acepta la consecuencia jurídica, hecho procesal que concreta un actuar posterior al delito que merece un distinto reproche penal. El recurrente no realiza ese hecho procesal posterior al delito y merece la pena adecuada a la gravedad de los hechos, entre ellos el derivado de la importancia del alijo, objeto de la acción de tráfico realizada. Pues bien, el tribunal se encuentra vinculado con la pretensión de pena formulada por la acusación en el máximo de la individualización, de manera que no puede superar el máximo solicitado. Con relación a los condenados no recurrentes esa vinculación exige respetar el máximo de pena solicitada que es lo que ha hecho el tribunal.

La pena impuesta al recurrente es proporcional a la gravedad del hecho y el tribunal ha tenido en cuenta el actuar posterior al delito como elemento diferenciador a los otros acusados.

Sentencia 104/2013, Sala Segunda del TS, de 19 de febrero

Ponente: **Don Cándido Conde-Pumpido Tourón**

Resumen: **Cuestión prejudicial no devolutiva**

Recurso de Casación: **n.º 775/2012**

Artículos: **10 LOPJ y 4 LEC**

Apropiación indebida. Tras recordar la doctrina general sobre las cuestiones prejudiciales y la correcta interpretación de las normas contenidas en la LOPJ y LECrim se afirma el carácter no devolutivo de la suscitada en la causa y, en consecuencia, la pertinente resolución previa del Tribunal penal sobre la cuestión civil concurrente.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Los tres motivos, por infracción de ley, alegan infracciones de normas sustantivas civiles, concretamente del art 1600 del Código Civil (derecho de retención), 348 y siguientes (propiedad) y 1225 y concordantes (valor probatorio de los documentos privados). En su desarrollo insiste la parte recurrente en que concurría una cuestión prejudicial previa que debía resolverse civilmente acerca de la propiedad de los carruajes o del ejercicio del derecho de retención.

En definitiva considera el recurrente que la concurrencia de los elementos integrantes del delito de apropiación indebida dependía de la previa resolución de otros litigios de naturaleza civil insinuando la concurrencia de una cuestión prejudicial devolutiva de naturaleza civil.

Como ya ha recordado esta Sala en relación con el tema de las cuestiones prejudiciales en el proceso penal (STS 24 de julio de 2001, entre otras) el art. 3.1.º de la LOPJ de 1985 dispone que «La Jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos». Como consecuencia de este principio de «unidad de jurisdicción», que no permite hablar de distintas jurisdicciones sino de distribución de la jurisdicción única entre

diversos «órdenes» jurisdiccionales, el art. 10.1 de la citada LOPJ establece el principio general de que «a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente».

Esta regla viene también avalada por el reconocimiento en el art. 24.2 de la Constitución Española de 1978 del derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas, que aconseja que en un mismo litigio se resuelvan aquellas cuestiones previas tan íntimamente ligadas a la cuestión litigiosa que sea racionalmente imposible su separación, sin necesidad de diferirla a un nuevo y dilatorio proceso —con todas sus instancias— ante otro orden jurisdiccional.

El párrafo segundo del art. 10 de la LOPJ añade como excepción que «no obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento, mientras aquella no sea resuelta por los órganos penales a quien corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca».

En consecuencia la regla general del art. 10.1.º de la LOPJ —que deroga las denominadas cuestiones prejudiciales devolutivas, cuyo conocimiento era obligado deferir a otro orden jurisdic-

cional— tiene como excepción aquellos supuestos en que la cuestión prejudicial tenga una naturaleza penal y condicione de tal manera el contenido de la decisión que no pueda prescindirse de su previa resolución por los órganos penales a quien corresponde (STS 13 de julio, 24 de julio y 29 de octubre de 2001, 27 de septiembre de 2002 y 28 de marzo de 2006, entre otras).

El mantenimiento exclusivo de las cuestiones prejudiciales devolutivas de naturaleza penal en el sistema jurisdiccional establecido por la LOPJ se encuentra además limitado por el condicionamiento consignado en el último apartado del precepto. La suspensión de los litigios seguidos ante otros órdenes jurisdiccionales para la resolución de las cuestiones prejudiciales de naturaleza penal tampoco será necesaria en los casos en que la ley así lo establezca.

Ahora bien la regla contenida en el párrafo 1.º del art. 10.º de la LOPJ no se encuentra limitada por excepción alguna que se refiera a cuestiones de naturaleza civil, administrativa o laboral que se susciten en el orden jurisdiccional penal, por lo que ha de estimarse que esta norma posterior y de superior rango ha derogado tácitamente lo prevenido en el art. 4.º de la decimonónica Lecrim.

Esta concepción es además congruente con la naturaleza de los tipos delictivos propios del Derecho Penal actual, en el que la ampliación de la tutela penal a un espectro más amplio de bienes jurídicos de esencial relevancia social, impone una configuración de los tipos plagada de elementos normativos extrapenales: delitos ambientales, delitos urbanísticos, delitos societarios, delitos fiscales, delitos de prevaricación u otros contra la administración pública, insolvencias punibles, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, etc.

Esta tutela penal frente a los más graves atentados contra los bienes jurídicos reconocidos por el resto del Ordenamiento quedaría vacía de contenido efectivo si en el propio proceso penal no se pudiesen resolver, como regla general, las cuestiones jurídicas de otra naturaleza necesarias para la constatación de la concurrencia del delito objeto de enjuiciamiento.

Una interpretación amplia de lo prevenido en el citado art. 4.º de la Lecrim impediría prácticamente el enjuiciamiento autónomo de los referidos

tipos delictivos, pues en todos ellos la determinación de la concurrencia de alguno de los elementos integrantes del tipo —y en definitiva la culpabilidad o inocencia del acusado— dependen de la previa valoración, resolución o interpretación de una cuestión jurídica de naturaleza extrapenal.

El análisis de la práctica jurisdiccional penal y de la propia jurisprudencia de esta Sala revela el efectivo respeto del principio contenido en el art. 10.1.º de la LOPJ en detrimento de lo anteriormente establecido por el art. 4.º de la Lecrim, atendiendo a la generalizada inadmisión en la práctica de las cuestiones prejudiciales pretendidamente devolutivas, (Sentencias de 22 de marzo de 2001, 28 de marzo de 2001, 1688/2000, de 6 de noviembre, 1772/2000 de 14 de noviembre, 1274/2000, de 10 de julio, 363/2006, de 28 de marzo, etc.).

El Tribunal Constitucional, por ejemplo en la Sentencia 278/2000, de 27 de noviembre, destaca que «en los asuntos que hemos denominado complejos (es decir, en aquellos en los que se entrelazan instituciones integradas en sectores del ordenamiento cuyo conocimiento ha sido legalmente atribuido a órdenes jurisdiccionales diversos), es legítimo el instituto de la prejudicialidad no devolutiva, cuando el asunto resulte instrumental para resolver la pretensión concretamente ejercitada y a los solos efectos de ese proceso, porque no existe norma legal alguna que establezca la necesidad de deferir a un orden jurisdiccional concreto el conocimiento de un cuestión prejudicial y corresponde a cada uno de ellos decidir si se cumplen o no los requerimientos precisos para poder resolver la cuestión, sin necesidad de suspender el curso de las actuaciones, siempre y cuando la cuestión no esté resuelta en el orden jurisdiccional genuinamente competente».

Esta doctrina sobre la resolución en el ámbito penal de las cuestiones prejudiciales se reitera en la STS 363/2006, de 28 de marzo, entre otras, con extensa cita de las anteriores.

En definitiva, el Tribunal penal, a los efectos de determinar la concurrencia de los elementos integrantes del delito de apropiación indebida, puede analizar y resolver previamente las cuestiones civiles necesariamente implicadas en dicha valoración, sin necesidad de deferir la cuestión al orden jurisdiccional civil.

Sentencia 161/2013, Sala Segunda del TS, de 20 de febrero

Ponente: **Don Manuel Marchena Gómez**

Resumen: **Concepto de patrimonio en el ámbito de la estafa**

Recurso de Casación: **n.º 743/2012**

Artículos: **21, 248 y 395 Código Penal**

Estafa. Daño patrimonial. De los problemas que analiza esta sentencia, destacamos sólo el que atañe al concepto de patrimonio a los efectos del delito de estafa. El hecho de que el acuerdo entre las partes tenga una causa ilícita no obsta a la posible existencia de un delito de estafa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

3. El segundo de los motivos denuncia, con cita del art. 849.1 de la LECrim, aplicación indebida de los arts. 248, 249 y 250.6 del CP.

Argumenta la defensa del recurrente que no puede afirmarse la existencia del delito de estafa por ausencia de un verdadero perjuicio económico, toda vez que era un hecho evidente aceptado por todos que el negocio era posible por la influencia de un primo que ejercía sus funciones como secretario judicial. Se trataría así de un negocio jurídico con causa ilícita, opuesto a la ley y la moral (art. 1275 del Código Civil). De ahí que el ordenamiento jurídico sólo deba proteger el patrimonio lícito, no situaciones contrarias al ordenamiento jurídico, tal y como ha sostenido la jurisprudencia de esta Sala.

No tiene razón el acusado.

La sentencia citada por el recurrente —STS 655/1997, 13 de mayo— sostuvo la ausencia de un verdadero perjuicio patrimonial con el razonamiento de que este concepto no puede ser entendido de una manera puramente económica, como lo hace la concepción económica del patrimonio. El patrimonio protegido por el delito de estafa —decíamos entonces— es de naturaleza económico-jurídica y personal. De acuerdo con esta noción se debe partir del carácter patrimonial de los bienes objeto de protección, pero la misma sólo se extiende a las disposiciones patrimoniales que tienen lugar en el marco de un negocio jurídico

lícito, en el sentido del art. 1275 Código Civil, o de una situación que no contradiga los valores del orden jurídico. Por lo tanto, allí donde el ordenamiento jurídico no proporciona una acción para la protección de determinados valores y bienes económicos, el derecho penal no debe intervenir. En este sentido, el titular de un patrimonio que «compra influencias «de un funcionario no merece protección del ordenamiento jurídico, pues el que corrompe no tiene por qué ser defendido frente al corrompido.

Sin embargo, esa resolución citada por el recurrente no es la única que aborda un problema que, obligado es reconocerlo, admite diversos enfoques. En efecto, la STS 132/2007, 16 de febrero, razonó en los siguientes términos: «la cuestión planteada radica en si el tipo penal de la estafa puede tutelar pérdidas patrimoniales que tienen lugar en el contexto de un negocio con causa ilícita, o más sencillamente en casos de disposición para conseguir un fin ilícito, que incluso llene el tipo subjetivo de un tipo penal. (...) Con carácter general no es irrelevante la conducta de la víctima en cuanto el fin de protección de la norma en la estafa permitiría dejar al margen del tipo determinados perjuicios causalmente producidos por comportamiento engañoso pero que pueden no hallarse comprendidos en dicho ámbito de protección según su sentido y las finalidades político criminales perseguidas por el legislador.

Por ello la situación víctima-delincuente es interesante desde la perspectiva criminológica y

de la misma pueden extraerse importantes consecuencias dogmáticas, apuntándose por un sector doctrinal que el fin de protección de la norma en el delito de estafa no puede consistir en dispensar tutela penal a quien sufre sin menoscabo patrimonial como consecuencia de un incumplimiento de una promesa ilícita, incluso constitutiva de delito, o cuando la disposición del patrimonio pretende conseguir determinados efectos contrarios a derecho, incluso que infringen la norma penal, al menos como tentativa de delito (así en los casos del tipo de la estampita, engaño de la máquina de fabricar dinero o «filo-misho», billete de lotería premiado o tocomochó», timo del pañuelo o «paquero», y la entrega de dinero para el tráfico con supuestas influencias ante funcionario Público, el caso de quien paga al supuesto asesino para dar muerte a otro; o a quien paga para que le saque ilegalmente del país, cuando en ningún momento el pretendía prestar el servicio convenido y otros análogos), en estos casos sería posible, por un lado, la exigencia de responsabilidad penal a la propia víctima en la medida que su comportamiento pueda ser calificado como tentativa punible, y además, que pueda perder la protección penal de aquel patrimonio, pues la norma penal no podría razonablemente extender la protección hasta alcanzar la tutela frente a pérdidas patrimoniales que han tenido lugar en el contexto de un negocio ilícito y la víctima infractora perdería su derecho al resarcimiento produciéndose el comiso de la cantidad defraudada.

Esta postura tiene su apoyo en la STS 655/97 de 13.5, que en un caso en que el recurrente afirmó como verdadero que «tenía influencias y contactos suficientes para solucionar los problemas» de la licencia del perjudicado, aunque esto no era cierto, tras declarar que el patrimonio protegido por el delito de estafa es de naturaleza económico-jurídica y personal, dispuso que «la protección solo se extiende a las disposiciones patrimoniales que tienen lugar en el marco de un negocio jurídico lícito, en el sentido del art. 1275 Cc. o de una situación que no contradiga los valores del orden jurídico. Por lo tanto, allí donde el ordenamiento jurídico no proporciona una acción para la protección de determinados valores y bienes económicos, el derecho penal no debe intervenir», concluyendo en este sentido que «el titular de un patrimonio que «compra influencias» de un funcionario no merece

protección del ordenamiento jurídico, pues el que corrompe no tiene por qué ser defendido frente al corrompido».

No obstante esta postura con independencia de que propiamente no cuestiona la responsabilidad penal del estafador sino que partiendo de la concepción personal del patrimonio excluye el daño patrimonial en los casos en que la finalidad perseguida por su titular sea ilícita, y de esa no producción del perjuicio patrimonial requerido por el tipo penal de la estafa, deriva dos consecuencias: en primer término, que el delito no se haya consumado y deba ser sancionado como una tentativa acabada, y en segundo lugar, que no quepa reconocer el supuesto perjudicado derecho alguno a indemnización, dado que la suma de dinero entregada son efectos provenientes del delito sobre los que el sujeto pasivo de la estafa carece de derecho jurídicamente protegible por tratarse de un negocio jurídico de causa ilícita y que, por lo tanto, debieron ser decomisados, es minoritaria y un sector amplio de la doctrina y la jurisprudencia considera que el daño patrimonial subsiste en tales casos y la estafa se consuma en relación al estafador, toda vez que con su actuación se produjo un quebranto de la norma y hubo como consecuencia de la acción del estafador una efectiva disposición patrimonial por parte del perjudicado, de modo que puede haber estafa cuando el objeto de la misma sea ilícito, pues lo determinante es que con el engaño se produce un perjuicio patrimonial y no la moralidad o inmoralidad del negocio jurídico o del ulterior destino de la cosa.

Por ello en la moderna dogmática, se sigue manteniendo la posición tradicional que entiende que «siempre que mediante engaño se produzca la disminución patrimonial con ánimo de enriquecimiento injusto habrá estafa, aunque el engañado se propusiera también obtener un beneficio ilícito o inmoral». [...] En efecto, la conducta disvaliosa de la víctima no impide que subsista la contradicción normativa en la conducta del autor, pues la norma penal de la estafa prohíbe que por medio de engaño se acceda al patrimonio de otra persona con fines de obtener un provecho injusto. La norma de prohibición de la estafa se dirige a proteger la potencialidad funcional del patrimonio frente a las injerencias ajenas que mediante engaño pretenden el enriquecimiento a costa del empobrecimiento de la víctima, la prohibición

de lesionar o colaborar en el peligro de lesionar otros bienes jurídicos se contiene en tipos distintos a la estafa, a los que habría de reconducir —si fuera posible— la conducta dirigida a esa finalidad delictiva.

Esta doctrina mayoritaria se recoge en la jurisprudencia en resoluciones ya clásicas como la STS 2.7.52 que condenó por estafa a quien obtuvo de la víctima dinero a cambio de obtener del estafador el contacto con otro para la compra ilícita de tabaco rubio y moneda extranjera, la STS 29.12.61 que calificó como estafa el caso de un médico que obtuvo dinero de una mujer que creyéndose embarazada dispuso de su patrimonio para que le practicara un aborto, resultando que, tras el oportuno examen tocológico, el médico comprobó que no existía tal embarazo, simulando, sin embargo, haberlo practicado, la STS 28.2.86, en un caso de timo del pañuelo, STS 16.7.92, caso de billete lotería premiado o «tocomocho», STS 7.6.94, abogado que promete libertad de un preso mediante la entrega de dinero. Sin olvidar que la modalidad de estafa que se recogía en el art. 529.4 CP/1973 solo podía realizarse sobre el presupuesto de ilicitud con matices criminales, dado que las supuestas remuneraciones a empleados públicos de ser verdaderas, dejarían de constituir la estafa para integrarse en el cohecho».

Esta Sala parte de la base de que todo ataque al patrimonio ajeno, obtenido mediante un engaño idóneo para producir error y generar un desplazamiento patrimonial, ha de ser castigado por el derecho penal. Una acción de esa naturaleza es perfectamente subsumible en el concepto de estafa proclamado por el art. 248 del CP, por más que el engaño esté íntimamente ligado a una acción ilícita prometida por el autor y aceptada por la víctima. No es obstáculo a esta afirmación el hecho de que el Código Civil considere que «... los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral». La falta de acción para reclamar el cumplimiento de una prestación en el orden civil no tiene por qué conllevar como efecto obligado la impunidad, en el ámbito penal, de un ataque al patrimonio que se ha valido de una estrategia basada en influencias con un funcionario público que quebrantaría su deber de probidad a favor del perjudicado. Cuestión distinta es que en supuestos de esa naturaleza, quien resulta perjudi-

cado por desprenderse de una cantidad de dinero para el logro de un beneficio ligado a una actividad ilícita, pueda obtener, por la vía de la acción civil generada por el hecho ilícito, la devolución de lo entregado. Y es que en el proceso penal, el ejercicio de la acción civil derivada del delito no puede permitir la devolución al perjudicado de lo que constituye un verdadero efecto o instrumento del delito (arts. 1089 y 1092 Código Civil). Quien engaña a otro obteniendo una importante cantidad de dinero para invertir en una partida de droga que nunca se pensaba comprar, comete un delito de estafa. Y esa acción engañosa, generadora de un resultado perjudicial para el patrimonio de la víctima, ha de ser sancionada en el proceso penal. Cuestión distinta es que quien ofrece esa cantidad de dinero sea también responsable de una proposición para la comisión de un delito contra la salud pública (arts. 17.2 CP y 373 CP), viéndose desprovisto de acción civil para recuperar aquello que, por su condición de efecto o instrumento del delito, ha de ser objeto de decomiso y, por tanto, no es susceptible de devolución.

El supuesto de hecho que es objeto de nuestra atención presenta una particularidad que condiciona y singulariza el análisis del juicio de tipicidad, a saber, la ausencia de toda acción corruptora de funcionarios públicos. El *factum* no refleja mención alguna referida a la existencia real de un secretario judicial que, mediante actos propios del ejercicio de su función, fuera a compensar, con la adjudicación de bienes inmuebles enajenados en subasta pública, las retribuciones en metálico que recibía. El juicio histórico da cuenta de la existencia de un ardid que consistía en «... captar a personas de su entorno, ofreciéndoles la posibilidad de adquirir bienes inmobiliarios supuestamente embargados y sometidos a un proceso de subasta judicial por un precio muy inferior al mercado, garantizando la adquisición final de esos inmuebles debido a las supuestas influencias que el acusado decía tener con un pariente en un juzgado de la capital, del que era Secretario Judicial, quien por un determinado precio llevaría a cabo una cesión de remate en las subastas celebradas en tal órgano judicial. Igualmente les decía que el indicado pariente también estaba por la labor de dar facilidades, en tanto que intervenía directamente en los procedimientos judiciales de subasta». Las influencias son «supuestas», sin que el *factum* des-

criba la identidad de ese funcionario público que, a cambio de dinero, estaría dispuesto a ceder el remate. La entrega del dinero ofrecido por cada una de las víctimas, más allá de una motivación ventajista, no podía siquiera poner en peligro el bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública, pues no existía un funcionario público susceptible de ser corrompido con las dádivas ofrecidas por el ahora recurrente. Estamos en presencia de una artimaña que incluía unas inexistentes influencias que, en la redacción pre-

vigente del art. 529.6 del CP de 1973, eran objeto de tratamiento agravado, incrementando la pena cuando la defraudación se hubiera producido «... traficando con supuestas influencias o con pretexto de remuneraciones a funcionarios públicos».

Por consiguiente, habiendo quedado acreditado el engaño y siendo éste determinante de la entrega de unas cantidades que el recurrente hizo suyas, se dan los elementos del delito previsto en el art. 248 del CP, obligando a la desestimación del motivo (arts. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim).

Sentencia 162/2013, Sala Segunda del TS, de 21 de febrero

Ponente: **Don Alberto Jorge Barreiro**

Resumen: **Administración desleal. Sociedad en liquidación**

Recurso de Casación: **n.º 327/2012**

Artículos: **253 y 295 Código Penal**

Administración desleal. Tras recordar los elementos constitutivos del delito de administración desleal societaria, se ocupa la sentencia con el problema de la sociedad disuelta, en fase de liquidación, concluyendo que sí constituye sociedad a los efectos de la previsión contenida en el artículo 295 CP.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Decimoctavo.—(...)

2. Los requisitos del tipo penal del art. 295, según se reseña en la sentencia 91/2010, de 15 de febrero, son los siguientes:

a) En cuanto al sujeto activo, que se trate de los administradores de hecho o de derecho o de los socios de cualquier sociedad constituida o en formación.

b) La acción nuclear es doble: o bien la disposición fraudulenta de los bienes, o, también, la contracción de obligaciones a cargo de la sociedad.

c) Un elemento normativo del tipo, constituido por obrar con abuso de funciones propias de su cargo, lo que da entrada a la legislación mercantil de sociedades para su interpretación.

d) El resultado es un perjuicio económicamente evaluable a los socios, depositarios, cuen-

tapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren. Ciertamente, el tipo penal no se refiere directamente a la sociedad, lo que constituye un defecto legal en la redacción de la norma, pero no cabe duda que el perjuicio societario comprende la proyección de tal perjuicio hacia los socios.

e) Se ha de originar un beneficio propio del sujeto activo del delito, o de un tercero, incluyéndose jurisprudencialmente la simple desaparición de bienes, sin que se acredite a dónde se han dirigido: basta la despatrimonialización de la sociedad, no siendo necesario que se pruebe que el beneficio ha quedado incorporado al patrimonio del acusado, sino únicamente acreditar el perjuicio patrimonial de lo administrado como consecuencia de la gestión desleal infractora de los deberes de fidelidad inherentes a su función.

f) El tipo no conlleva necesariamente el «animus rem sibi habendi», aunque tampoco lo

excluya, y ordinariamente concurrirá, por lo que sólo precisa el dolo genérico que equivale al conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona al principal.

g) Este precepto requiere que la puesta en escena del mismo lo sea en el ámbito de una sociedad mercantil, constituida o en formación.

h) Finalmente, no exige el precepto una cantidad mínima que lo separe de una falta de similar tipología (como ocurre con la apropiación indebida, en la suma de 400 euros), sino que cualquier cuantía defraudada o distraída permite la incardinación de los hechos en este delito, y consiguientemente, se producirá su comisión.

En la jurisprudencia de esta Sala se establece, a la hora de distinguir el tipo penal del art. 295 del delito de apropiación indebida en la modalidad de distracción, que cuando se trate de administradores de sociedades no puede confundirse la apropiación indebida con el delito de administración desleal previsto en el artículo 295 del Código Penal vigente dentro de los delitos societarios. Este delito se refiere a los administradores de hecho o de derecho o a los socios de cualquier sociedad constituida o en formación que realicen una serie de conductas causantes de perjuicios, con abuso de las funciones propias de su cargo. Esta última exigencia supone que el administrador desleal del artículo 295 actúa en todo momento como tal administrador, y que lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas. Por el contrario, la apropiación indebida, conducta posible también en los sujetos activos del delito de administración desleal del artículo 295, supone una disposición de los bienes cuya administración ha sido encomendada que supera las facultades del administrador, causando también un perjuicio a un tercero. Se trata, por lo tanto, de conductas diferentes, y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción

permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio de las facultades del administrador que, con las condiciones del artículo 295, resulta perjudicial para la sociedad, pero que no ha superado los límites propios del cargo de administrador (SSTS 841/2006, de 17-7; 279/2007, de 11-4; 565/2007, 4-6; 754/2007, de 2-10; 121/2008, de 26-2; 374/2008, de 24-6; 434/2010, de 4-5; y 707/2012, de 20-9). En la sentencia 47/2010, de 2 de febrero, se argumenta sobre esa misma cuestión que cuando se habla de gestión desleal se hace referencia al incumplimiento de los deberes de lealtad. Pero tal cosa puede ocurrir en dos casos diferentes. De un lado, el administrador puede realizar determinadas conductas, propias de su condición y en el marco de sus atribuciones, en las que abusando, sin embargo, de las funciones propias de su cargo, actúa fraudulentamente causando un perjuicio, entre otros, al titular de los bienes administrados. Cuando se trata de administradores de sociedades, tal conducta se encuentra prevista en el artículo 295 del Código Penal, siempre que se ejecuten los comportamientos típicos. De otro lado, el administrador puede aprovechar su cargo para realizar acciones en las que, disponiendo del patrimonio de su principal, que administra por encargo de éste, lo incorpora de modo definitivo, en todo o en parte, a su patrimonio particular, excediendo de las facultades que le han sido conferidas. También aquí actúa con deslealtad, pero alcanza un grado superior, pues no solo violenta los deberes de lealtad que le imponen una administración respetuosa con la *lex artis*, sino que, además, abusa de su posición para actuar fuera de las facultades conferidas e incorporar a su patrimonio lo que pertenece al de su principal. Cuando se trata de dinero o cosas fungibles, tal clase de conducta es identificada como «distracción» en la terminología empleada por el Código Penal en el artículo 252. Esta forma de entender ambas conductas —prosigue diciendo la sentencia 47/2010— encaja con lo que se decía en la STS 1114/2006, de 11 de abril, en la que se afirmaba que «la expresión «distracer dinero» debe ser entendida en el sentido tradicional de la noción de abuso de poderes otorgados por Ley o por un negocio jurídico para disponer sobre un patrimonio ajeno. La Ley requiere de esta manera que el administrador haya excedido los límites de su poder de disposición. En sentido similar se pronunció esta Sala en la STS 915/2005, de 11 de julio.

En consecuencia, acaba afirmando la sentencia 47/2010, el administrador que, infringiendo los deberes de lealtad impuestos por su cargo «administra» mal en perjuicio de su principal o de quienes se mencionan en el artículo 295, mediante las conductas descritas en ese tipo, cometerá un delito societario. Mientras que el administrador, sea de una sociedad o de un particular, que abusando de sus funciones va más allá de las facultades que le han sido conferidas y hace suyo el patrimonio de su principal, causándole así un perjuicio, cometerá un delito del artículo 252 en la modalidad de distracción de dinero.

3. En el supuesto enjuiciado los recurrentes han sido condenados por un delito societario del art. 295 del C. Penal y no por un delito de apropiación indebida en la modalidad de distracción (art. 252 del C. Penal), sin que ni la acusación particular ni la defensa de los acusados postulen la aplicación de este último.

Por lo tanto, aquí se trata de averiguar si se dan los elementos del tipo penal del art. 295, extremo que cuestiona la defensa de los acusados recurrentes, aduciendo varios argumentos en orden a la exclusión de la subsunción de la conducta de los acusados en la norma penal.

El principal de ellos, y en el que insiste, es que cuando los acusados dispusieron del local de la entidad FURNITURE DIRECT, S.L., resolviendo el contrato de arrendamiento a favor del arrendador, y también cuando la acusada le entregó la mercancía que había en la nave al coacusado, ya había sido declarada disuelta la sociedad, acto jurídico que se llevó a cabo, tal como se expuso en su momento, en la Junta General celebrada el 1 de marzo de 2004, en la que se decidió la disolución y abrir el periodo de liquidación. Por lo cual, alega la defensa, si la sociedad ya estaba disuelta ya no concurría el requisito del tipo penal de que se trate de administradores o socios de una sociedad constituida o en formación y ya no cabía tampoco, dice la parte recurrente, causar un perjuicio patrimonial a una sociedad que se hallaba disuelta.

El argumento no puede asumirse, ya que el hecho de que la sociedad se halle disuelta no quiere decir que se encuentre extinguida. En efecto, como señala la doctrina mercantil, la sociedad es más que un contrato, es una colectividad que actúa en el tráfico bajo la forma de una persona jurídica que se relaciona contractualmente

con quienes no son sus socios, esto es, los terceros, creando así una trama de vínculos jurídicos que no puede cortarse de golpe en el instante de la disolución del contrato social. De modo que la garantía de los que contrataron con ella exige que la liquidación de sus contratos preceda a la disolución efectiva de la sociedad y a su extinción. Lo que los socios obtienen con la disolución de los vínculos sociales depende por tanto de la previa liquidación de los vínculos con terceros. Ello significa que con el acuerdo social de disolución se inicia un fenómeno complejo que comienza con la liquidación de los negocios sociales pendientes y que termina con la división del remanente que quede del patrimonio social entre los socios.

Así las cosas, cabe distinguir tres fases en el proceso de disolución de una sociedad: el acuerdo social de disolución una vez que se da el supuesto que se requiere para ello; la liquidación del patrimonio social, que se extiende por supuesto a los contratos estipulados con los terceros que contrataron con la sociedad; y la división del patrimonio restante entre los socios. Y una vez realizadas estas operaciones quedará extinguida la sociedad y se inscribirá la extinción en el Registro mercantil para que conste públicamente.

Sin embargo, debe quedar claro que durante la fase de liquidación la sociedad debe conservar su personalidad jurídica, toda vez que tiene que realizar la labor de liquidar los contratos que como persona jurídica estipuló. Y es que resulta obvio y coherente con lo antedicho que el hecho de que las operaciones de liquidación se desarrollen normalmente con terceros exige la subsistencia de la personalidad jurídica de la sociedad mientras que esta se liquida. Lo único que ha cambiado es el fin de la sociedad, pues ya no lo es la explotación del negocio mercantil, sino la liquidación de las operaciones pendientes para poder llegar al momento de la división del remanente patrimonial entre los socios. Por todo lo cual, se opera un cambio en la finalidad del patrimonio social, ya que deja ser fuente de producción de beneficios y pasa a ser objeto de responsabilidad para los acreedores.

Las afirmaciones precedentes aparecen reflejadas en los textos legales que regulan el régimen de las diferentes sociedades. Y así, en el art. 109 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que es el texto que se hallaba en vigor cuando se ejecutaron los hechos

enjuiciados, se dispone lo siguiente: «1. La disolución de la sociedad abre el período de liquidación. 2. La sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza. Durante ese tiempo deberá añadir a su denominación la expresión en liquidación. 3. Durante el período de liquidación continuarán aplicándose a la sociedad las normas previstas en esta Ley que no sean incompatibles con las establecidas en esta Sección».

Los administradores pasarán a ser liquidadores de la sociedad y se les aplicará las normas correspondientes a los administradores (arts. 110 y 114 de la LSRL). Dice también la Ley que los liquidadores no podrán satisfacer la cuota de liquidación sin la previa satisfacción a los acreedores del importe de sus créditos (art. 120). Efectuada la liquidación los liquidadores extenderán escritura pública de extinción de la sociedad, que se inscribirá en el Registro Mercantil (arts. 121 y 122 de la LSRL).

Esta normativa estuvo vigente hasta el primero de septiembre de 2010, siendo sustituida por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. En el art. 371 se sigue estableciendo que la sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza, debiendo añadir a su denominación la expresión «en liquidación». Y los puntos sustanciales de la legislación precedente siguen en vigor (arts. 376, 385, 387, 391, 395 y 396). Por su

parte, la Jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo tiene establecido que la sociedad disuelta conserva su capacidad de obrar, aunque dirigida a la liquidación, sin que se extinga su personalidad civil, pues puede tener relaciones pendientes que deban solucionarse mediante un proceso de liquidación (STS 847/2003, de 22 de septiembre).

Así pues, una vez disuelta la sociedad, esta subsiste como tal en régimen de liquidación, debiendo sus administradores-liquidadores realizar todas las operaciones jurídicas necesarias con respecto a terceros y a los propios socios hasta liquidar el patrimonio social. Una vez efectuado esto y repartido el remanente entre los socios, es cuando quedará extinguida y ya carecerá de personalidad jurídica y no podrá por tanto operar en el tráfico mercantil.

Esto quiere decir que sí concurre en este caso el requisito del art. 295 de que exista una sociedad y también unos socios administradores-liquidadores, dándose pues esos elementos objetivos del tipo penal. Más aún, es en los periodos de liquidación cuando muchas veces se incrementan los actos delictivos, pues no resulta algo extraordinario que los socios administradores, una vez que ya saben que la sociedad está disuelta y que ha de hacerse frente a las deudas pendientes con los acreedores, oculten parte del patrimonio social o se lo queden en beneficio propio y en perjuicio de los acreedores preferentes o de los restantes consocios.

Sentencia 116/2013, Sala Segunda del TS, de 21 de febrero

Ponente: **Don Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**

Resumen: **Vulneración principio acusatorio**

Recurso de Casación: **n.º 10659/2012**

Artículos: **24 CE, 21 y 66 Código Penal; 788 y 789 LECrim**

Vulneración del principio acusatorio al no apreciar la sentencia la atenuante apreciada por la acusación y aceptada por la defensa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Decimoprimer.—El motivo segundo por infracción de Ley al amparo del art. 849.1

LECrím. por no haberse aplicado al recurrente la atenuante analógica del art. 21.7 CP, en relación con el art. 21.4 y consecuentemente aplicar la pena conforme a la regla del art. 66.1 CP.

Se sostiene que dicha atenuante fue reconocida y solicitada por el Ministerio Fiscal, siendo evidente que si la propia parte acusadora entendió que tal confesión fue esencial para probar su participación, debió ser admitida por la Sala (...)

El tribunal sentenciador (...) rechaza la concurrencia de la circunstancia atenuante interesada por el Ministerio Fiscal por entender que no concurrían los requisitos jurisprudencialmente exigidos para su apreciación —sin hacer uso de la facultad que le confería el art. 788.3 LECrim.—, lo que supone vulneración del principio acusatorio.

(...)

El Tribunal sentenciador tiene limitado su poder jurisdiccional a los términos de la acusación que no pueden ser superados en perjuicio del reo y se desbordaría ese límite infranqueable si se desatendiese la apreciación de una circunstancia atenuante o una eximente incompleta, como sucede en este caso, solicitada por la única parte acusadora. No es suficiente que la pena no supere la pedida por la acusación, resulta obligado, igualmente, la apreciación de la eximente incompleta, máxime cuando la sola sujeción a la pena lo sería a una indebidamente aplicada, ya que su determinación viene condicionada con la apreciación de una eximente incompleta que solicitó la acusación y que supuso una pena inferior en grado. Se ha vulnerado la necesaria correlación que debe existir entre acusación y fallo y el restablecimiento de la vigencia del principio acusatorio y la proscripción de toda indefensión exigen que se anule la sentencia de instancia, apreciándose la eximente incompleta toda vez que la determinación de la pena viene condicionada a la apreciación de dicha circunstancia que solicitó la acusación y que suponía una pena inferior en grado (véase STS de 4 de noviembre de 1.996 en supuesto idéntico al presente).

Este criterio jurisprudencial que declara la vulneración del Principio Acusatorio en supuestos como el presente y el correlativo derecho de defensa con proscripción de indefensión (...) subraya la íntima ligazón entre el Principio Acusatorio y el derecho de defensa en cuanto implica el derecho a ser informado de la acusación, de manera que «nadie puede defenderse, al menos con eficacia, de una acusación que desconoce o

desconoce mal». (...) Esta doctrina aparece recatemente aplicada en la jurisprudencia de esta Sala que proscribiera toda posibilidad de que el Tribunal introduzca elementos o valoraciones jurídicas extraños a los términos de la acusación y que conduzcan a la apreciación de una agravante, no recogida en la calificación definitiva de las acusaciones (...).

Análogamente la desestimación de una circunstancia atenuante apreciada por la acusación y aceptada por la defensa (y con mayor razón cuando tal circunstancia sea como calificada o eximente incompleta) da lugar a aquella violación del principio acusatorio y crea una semejante situación de indefensión, pues es evidente que el acusado, ante una valoración favorable de su estado mental al cometer el delito, que el Fiscal —único acusador— reconoce, puede pensar (como Juez de su propio interés) que es innecesario hacer alegaciones sobre lo que las partes aceptan como hecho válido, no necesitando defenderse de la imputación de un nivel de imputabilidad superior que la acusación no le imputa. Resulta así que el Tribunal, al alterar la calificación de tal imputabilidad, en términos que no pudieron ser conocidos, objetados o rebatidos por el acusado, se apartó de su condición de juzgador imparcial, asumiendo funciones de acusador, al imputar al acusado una conducta más grave que la que le atribuía quien tiene la verdadera función acusadora en el proceso penal, violando con ello aquél el principio acusatorio y el de defensa. Es evidente que desestimar la concurrencia de una eximente incompleta que la acusación reconoce como concurrente, produce los mismos efectos que se producirían al haberse apreciado de oficio una agravante no alegada por la acusación, alterando sorpresivamente y en contra del acusado los términos de la misma.

(...)

El escrito de calificación, de la acusación y de la defensa, integra el objeto del proceso en el momento del enjuiciamiento.

Concretamente, el escrito de acusación limita el objeto del proceso de manera que el acusado, que conoce el contenido de ese escrito, limita su defensa al contenido de la acusación, sin que pueda esperar del Tribunal una calificación distinta de la postulada por la acusación, que repre-

senta el interés social, en el caso del Ministerio Fiscal, o el particular del perjudicado.

Así si la acusación contra el objeto del proceso con la existencia de una eximente incompleta, la defensa ya da por hecho su concurrencia, sin que deba plantear una actuación de defensa, postulando su concurrencia, previendo una hipotética actuación del tribunal en sentido contrario al expuesto por la acusación, pues esa actuación del Tribunal lesiona el derecho de defensa del acusado, quien conocía que la atenuación de la pena ya aparecía en

el objeto del proceso planteada por la acusación y era un extremo no necesitado de prueba.

(...)

Decimosegundo.—Aplicando esta doctrina al caso objeto de enjuiciamiento, y sin entrar a sopesar si es acertado o no el razonamiento del Tribunal en relación a los requisitos de la confesión para que opere como circunstancia de atenuación, le asiste la razón al recurrente y debe imponérsele la pena que él mismo interesa

Sentencia 149/2013, Sala Segunda del TS, de 26 de febrero

Ponente: **Don Francisco Monterde Ferrer**

Resumen: **Acusación popular**

Recurso de Casación: **n.º 907/2012**

Artículos: **24 y 125 CE y 101 LECrim**

Con motivo del apartamiento en el comienzo de la vista, por falta de legitimación, del Ayuntamiento y de su Alcalde, se detiene la Sala sobre la figura de la acusación popular y las justificadas limitaciones para actuar en tal calidad de las personas jurídico públicas, so pena de desembocar en una «hipertorfa acusatoria».

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El tercer motivo se articula por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho al acceso a la jurisdicción de los arts 24 y 125 CE. Lo trataremos con preferencia en cuanto condiciona a los otros dos motivos formulados.

1. Los recurrentes ponen de manifiesto que, habiendo el Ayuntamiento y su Alcalde, comparecido en autos en defensa de los intereses de Dña. Teresa, y como tutor de la misma, el último, e intervenido a lo largo de la causa, llegando a efectuar escrito de acusación, es en el comienzo de la vista del juicio oral de 17-11-2010, cuando la sala de instancia no les reconoce su condición de acusación popular, ni de acusación particular, apartándoles del procedimiento, cuando los acusados habían consentido hasta tal momento todas las actuaciones, de modo que discuten su legiti-

mación, contradiciendo la doctrina sobre los actos propios y sus consecuencias.2. El examen de las actuaciones evidencia que, en el inicio de la vista del juicio oral, en su primera sesión de 17-11-2010, la Defensa de los acusados planteó, como cuestión previa, la falta de legitimación del Ayuntamiento de Bellprat y de su Alcalde, por fallecimiento de la interesada tutelada, y por no haberse prestado fianza en calidad de acusación popular.

Acto seguido el tribunal de instancia resolvió que no podía actuar el Ayuntamiento como acusación popular, por no ser persona directamente ofendida o perjudicada por el delito, ni representar interés público en el caso, y ello conforme a las SSTC 129/2001, de 4-6; 175/2001, de 26-7; 11/2006, de 23-10; 9/2008, de 21-1; y ATS 13-3-2007. Y que tampoco podía actuar el Sr. Jose Pablo en nombre propio, y no en representación de la fallecida, como acusador particular, no siendo momento procesal oportuno, por existir ya aper-

tura del juicio oral. Y que, en cuanto a la fallecida, conforme al art 276 de la LECr, se debía dar plazo de 30 días a los herederos (ab intestato, podría serlo la Generalidad de Cataluña), para lo que deberían ser citados, suspendiéndose la vista a tal efecto.

(...)

5. No obstante, a mayor abundamiento, no puede olvidarse que en los últimos tiempos se ha visto en la Doctrina, con preocupación, que las personas jurídico públicas parecen haber desarrollado una creciente vocación participativa en los procesos penales, o en puntuales procedimientos de la rama criminal en los que no tienen la condición de ofendidos ni perjudicados. Ello ha ocurrido especialmente con relación a la violencia contra la mujer y respecto a la corrupción urbanística. En el primer caso la personación para ejercitar la acción popular goza de un respaldo legal, a través de diversas leyes autonómicas, y después, por medio de la —doctrinalmente así calificada— «confusa «legitimación otorgada en la LO. 1/23004 al Delegado Especial del Gobierno para la Violencia de Género. En el segundo caso, aun no existiendo previsión normativa alguna, las administraciones territoriales y, en concreto, la comunidad autónoma correspondiente, se han ido personando, por ejemplo, en investigaciones muy conocidas por cohechos y prevaricaciones.

Sin embargo, esta hipertrofia acusatoria se considera que tiene su importancia. No sólo porque puede afectar al derecho de defensa, sino porque puede convertir el proceso en aún más lento y crear una pluralidad de acusaciones públicas que, en cuanto no son ofendidas por el delito, no pueden tener en el proceso penal un interés diferente al representado por el Ministerio Fiscal. Y es que, en estos casos, la acción «pública»-que pertenece a la sociedad en general, y no a ninguna administración territorial— se ve representada por el Ministerio Fiscal, constitucionalmente regido por los principios de legalidad e imparcialidad y llamado a ejercer la acción de la Justicia, conforme al art. 124 CE.

En efecto, como supuesto esencial de «interés público tutelado por la Ley», la acción pública penal pertenece en exclusiva al Ministerio Fiscal, conforme al artículo 124 CE. Esto arrastra una consecuencia: ninguna administración puede arro-

garse una acción pública penal con la excusa de su posible conexión con alguna de sus competencias. El Gobierno de una Comunidad Autónoma puede ser competente, por ejemplo, en materia de protección del medio ambiente, pero eso no le legitima para ejercer acciones públicas penales por delito ecológico. Cuando en el ejercicio de sus competencias, observa la posible comisión de un tipo penal, conforme a las normas reguladoras del procedimiento administrativo, debe ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, con suspensión del expediente sancionador. Una persona jurídica pública puede, en principio, ejercer la acusación particular en cuanto «ofendido», o «perjudicado» por el delito, en los mismos términos que un particular, pero no puede invocar sus atribuciones y competencias como elemento que le atribuya un interés suficiente para la personación como acusador «público». Ni puede enmascarar esa condición, bajo la fórmula de una acusación popular reservada a los ciudadanos, pero no a las Administraciones. La acción popular, es una concesión a la participación del pueblo en la Justicia; no a la participación de más poderes en la Justicia.

6. Este trascendente tema ha sido tratado por la jurisprudencia constitucional (Cfr SSTC 129/2001; 311/2006; 8/2008 y 38/2008), así como por el Tribunal Supremo (Cfr ATS de 13 de marzo de 2007) (...)En efecto, la STC 129/2001, de 4 de junio en su fundamento jurídico quinto excluye con carácter general la personación como acusación popular de personas jurídicas públicas, al señalar que: «es claro, en todo caso, que, dados los términos del art. 125 CE, no puede estimarse dicha pretensión.

En efecto, este precepto constitucional se refiere explícitamente a «los ciudadanos»; que es concepto atinente en exclusiva a personas «privadas», sean las físicas, sena también las jurídicas...tanto por sus propios términos como por el propio contenido de la norma, que no permite la asimilación de dicho concepto de ciudadano a la condición propia de la administración pública y, más concretamente, de los órganos de poder de la comunidad política».

La STC 311/2006 (...) realiza dos consideraciones. Por una parte, da por buena la doctrina de la STC 129/2001, pero, no tanto porque quepa interpretar restrictivamente el término «ciudadana-

nos» utilizado en el artículo 125 de la Constitución Española, sino, más bien, porque siendo la acción popular un derecho de configuración legal, su extensión subjetiva depende de la normativa de desarrollo, habiendo reservado legítimamente la Ley de Enjuiciamiento Criminal el acceso a este mecanismo participativo a las personas —físicas y jurídicas— privadas. No obstante, existiendo un precepto con rango de Ley que prevé la concreta legitimación de una persona jurídica pública en ciertos delitos de violencia contra la mujer, el juez no puede desconocerlo. Si estima que no es acorde a la Constitución, debe, en su caso, plantear la cuestión de inconstitucionalidad. No obrando así, el deber del juez es aplicar el precepto post-constitucional con rango de Ley. En definitiva, se sostiene sencillamente que no hay habilitación legislativa general para que las personas jurídicas públicas ejerzan la acción popular, por lo que ha de ser un concreto precepto de Ley el que recoja esa opción.

7. Esta nueva doctrina constitucional ha sido acogida por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo (auto de 13 de marzo de 2007), que, al contrastar el contenido de las sentencias 129/2001 y 311/2006, apartándose expresamente de la posición sostenida en el auto de 20 de junio de 2003, ha realizado interesantes apreciaciones. Según esta resolución: «...se constata que la doctrina del Tribunal Constitucional ha sufrido una evolución que, sin embargo, debemos entender como inacabada. Y decimos esto porque la sentencia no sostiene con claridad que las personas jurídicas públicas sean titulares de la acción popular. Esta afirmación no se contiene nítidamente en ella, sino que resuelve la cuestión acudiendo a una vía indirecta: se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de la entidad pública si el órgano jurisdiccional correspondiente desoye, sin plantear la previa cuestión de inconstitucionalidad, un precepto legal que reconoce a su favor el ejercicio de la acción popular. Por eso, decíamos antes que la evolución es inacabada, y buena prueba de ello es la afirmación que esta sentencia contiene, cuando manifiesta que «lo razonado no implica un juicio sobre la constitucionalidad abstracta de la ampliación de la acción popular a las personas públicas, juicio que sólo podríamos realizar en caso de la Ley que así lo establezca fuera recurrida ante este Tribunal». Es decir, la sentencia

núm. 311/2006, de 23 de octubre, no niega con la rotundidad que lo hace la sentencia núm. 129.2001, de 3 de julio, que las entidades jurídico públicas puedan ejercer la acción popular, pero tampoco afirma que puedan hacerlo. Lo único que afirma es que si una entidad jurídico pública ejerce una acción popular porque así lo reconoce, un precepto legal (sobre cuya constitucionalidad el Tribunal Constitucional no se pronuncia) y el órgano jurisdiccional no tiene en cuenta este precepto, pero tampoco plantea una cuestión de inconstitucionalidad, entonces se causa indefensión a la entidad».

En esta situación, el auto del Tribunal Supremo aludido llega a las siguientes conclusiones:

1) Ante todo, siendo lo relevante conforme a la nueva doctrina constitucional la concreta regulación del derecho de acción popular, considera que el sistema general de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no permite inferir que sea posible su ejercicio por entidades públicas. Y esto por dos motivos. Primero, «por razones de coherencia interna del sistema, ya que si las entidades jurídico-públicas defienden, por definición, cuando actúan como acusación popular, intereses públicos y generales, para esa defensa ya se cuenta, en el proceso penal, con la figura del Ministerio Fiscal». Segundo, «porque los derechos del acusado podrían verse seriamente afectados», pues «el acusado debería defenderse frente a dos entidades públicas, el Ministerio Fiscal y la persona jurídico pública, que no son ofendidas por el delito y defienden intereses similares. En definitiva, mediante el uso generalizado de la acción popular se llegaría a generar una «acción pública alternativa».

2) En segundo lugar, no puede argumentarse la posibilidad de ejercicio de la acción popular «por silencio de la Ley», al no resultar de aplicación directa el artículo 125 CE. Es preciso que la Ley «regule expresamente las condiciones de ejercicio de la acción» conforme a la dinámica de un derecho de configuración legal, máxime cuando éste incide negativamente en el derecho de defensa.

La interpretación efectuada por la STC 311/2006 se ha visto confirmada y ampliada en dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional del año 2008. En primer lugar, la STC 18/2008, de 31 de enero que reitera los argumentos referidos.

Un tribunal penal no puede rechazar la aplicación de la Ley Autonómica que contempla la legitimación del Gobierno de la Comunidad en un proceso de violencia de género —en este caso, el artículo 18 de la Ley madrileña 1/2004, de 1 de abril— ya que no le corresponde la fiscalización de las normas postconstitucionales con rango de Ley. En su escueto fundamento jurídico, el Tribunal se remite a la sentencia 8/2008, de 21 de enero. Esta supone un paso cualitativo, pues admite más claramente la constitucionalidad de las normas autonómicas atributivas de legitimación en concepto de acción popular, amparándose en que, conforme a la doctrina sentada en la STC 175/2001, de 26 de julio, la norma es expresa y ha de interpretarse conforme al principio «pro actione», sin referencia alguna al hecho de que la Ley autonómica no haya sido objeto de cuestión de inconstitucionalidad.

8. Resulta evidente que el supuesto de hecho de estas sentencias nada tiene que ver con el aquí examinado en que no existe tal norma expresa habilitante. Fuera de las concretas hipótesis legales de delitos de violencia contra la mujer, rige la normativa general de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Para la interpretación de las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal impera la doctrina de la

STC 129/2001, de 4 de julio, no porque el artículo 125 de la Constitución Española restrinja necesariamente la acción popular a personas privadas, sino porque siendo un derecho de configuración legal, el desarrollo general del precepto contenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así lo hace.

Puede pues concluirse —con un destacado sector de la Doctrina— que de la lectura conjunta de los arts 124 y 125 CE se desprende, sin mayor dificultad, que un ente público territorial no puede ejercer una acción popular y que la acción pública penal sólo corresponde al Ministerio Fiscal. Y, más aún, que la interpretación de la titularidad de un derecho constitucional tiene que depender de la propia naturaleza de ese derecho. De modo que, considerar que un ente público es titular de un derecho de participación ciudadana, es poco sostenible y puede llevar a conclusiones absurdas, tales como encontrarse participando, con la máscara de simple ciudadano, en el ejercicio de funciones que no le corresponden, como es —entre otras imaginables (como votar en unas elecciones o participar en un jurado popular)— la persecución penal de los delitos atribuida al Ministerio Fiscal, en representación de toda la sociedad.

Por ello, el motivo ha de ser desestimado.

Sentencia 299/2013, Sala Segunda del TS, de 27 de febrero

Ponente: **Don Antonio Del Moral García**

Resumen: **Casación de sentencia de apelación anulatoria del juicio con jurado**

Recurso de Casación: **n.º 735/2012**

Artículos: **24 CE, 240 LOPJ, 68 LOTJ y 846 LECrim**

Se enfrenta la Sala con la variada y compleja problemática derivada de un recurso de casación frente a una sentencia de apelación en causa con jurado que dejó abierta la cuestión de fondo penal, acordando una nulidad con repetición del juicio no reclamada por ninguno de los recurrentes.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

Aunque ya se deduce de los más extensos antecedentes de esta resolución, no sobra sinte-

tizar ordenadamente la secuencia procesal que ha desembocado en este recurso de casación:

a) El Jurado emitió veredicto de culpabilidad del acusado Andrés por intentar entrar en la vivienda de su vecina sin su consentimiento.

b) La sentencia, acogiendo esa decisión, le condenó como autor de un delito de allanamiento de morada en grado de tentativa (no consumado, como reclamaban las acusaciones) a la pena de cuatro meses y quince días de prisión con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo.

c) La defensa interpuso una apelación articulada en cuatro motivos: i) quebrantamiento del derecho a la presunción de inocencia; ii) vulneración del derecho de defensa; iii) infracción del art. 202 CP; y iv) inaplicación del art. 16.2 CP (desistimiento voluntario). Aunque las argumentaciones de los distintos motivos se solapaban en algunos puntos, en definitiva el apelante solicitaba: a) que se decretase la absolución con todos los pronunciamientos favorables; o b) subsidiariamente, reducir de la duración de la pena impuesta a un mes y quince días. El recurso fue impugnado por las acusaciones pública y particular que interpusieron su desestimación.

d) La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimando el segundo motivo de apelación, anuló veredicto y sentencia ordenando la repetición del juicio. La estimación de ese motivo tornaba superfluo el examen de los restantes. La nulidad se basaba en la valoración como prueba de cargo por parte del jurado de la declaración del acusado en sede policial sin asistencia letrada. Este relevante defecto borraba una prueba que sin embargo era explícitamente invocada por el jurado en su motivación. Un voto particular acompaña a la sentencia de apelación.

Segundo.—Esta es la sentencia contra la que se acude en casación y que ha de ser objeto de examen. La intercalación de una sentencia de apelación entre la de instancia y la de esta Sala Segunda altera en alguna medida el funcionamiento tradicional de la casación, particularmente cuando se somete a censura una sentencia que no zanja definitivamente la cuestión penal —mediante la absolución o condena— como es consustancial a todas las sentencias dictadas en primera y única instancia (arts. 141, 142 y 144 LECrim), sino que la deja abierta a resultados de la celebración de un nuevo juicio (STS 1066/2012, de 28 de noviembre). El clásico recurso de casación a que responde la regulación de los arts. 847 y siguientes de la

ley procesal penal está diseñado para sentencias y autos definitivos y no para resoluciones, como la que ahora se examina, que han anulado un pronunciamiento anterior. Eso determina la inaplicabilidad esencial de muchos de los motivos de casación contemplados en los arts. 849 a 852 LECrim. En efecto: a) En la medida en que se está revisando una sentencia dictada en apelación, todos los motivos basados en irregularidades con proyección en el mismo juicio oral (art. 850) carecerán de aplicación salvo en supuestos muy singulares: no podrá denunciarse ni denegación de pruebas (que no cabe proponer en apelación), ni denegación de preguntas (en apelación no existen interrogatorios). Solo refiriendo la situación ahí contemplada a la vista de apelación sería invocable el art. 850.2. Cuando alguno de esos defectos haya sido aducido en apelación sin éxito, solo será posible reproducir en casación el debate reconduciendo la cuestión, en la medida en que sea factible, a un motivo por infracción de precepto constitucional (habitualmente, art. 24 CE): lo que se revisa en casación no es, v. gr., la decisión de denegar una pregunta o una prueba (que es el objeto directo de los motivos del art. 850); sino la decisión del Tribunal Superior de Justicia de tener por mal o bien denegada esa pregunta o esa prueba. Es la sentencia de apelación la que ha de revisarse en casación y no la inicial del Tribunal del Jurado.

b) En otro orden de cosas si se trata de una sentencia que ordena la repetición del juicio todos los motivos pensados para resoluciones de fondo resultarán por definición inaplicables. Una sentencia anulatoria no contiene hechos probados: es imposible que incurra en «error en la valoración de la prueba» (art. 849.2.º LECrim). Tampoco realiza subsunción jurídico-penal, pues deja imprejujada la cuestión. Es imposible que haya procedido a una indebida aplicación o inaplicación de un precepto penal sustantivo (art. 849.1.º). Al no reflejar hechos acreditados (no es una sentencia de fondo) no puede incurrir en ninguno de los vicios definidos en el art. 851.1, 2 o 4 LECrim. Seguramente por eso el borrador de anteproyecto de Código Procesal Penal recientemente difundido excluye el recurso de casación para sentencias de apelación que se limiten a anular el pronunciamiento de instancia.

De aquí se deriva, sin necesidad de mayores razonamientos, la inviabilidad de la mayor parte

de los motivos del recurso. La sentencia de apelación no resuelve la cuestión penal de fondo: la deja imprejuzgada. No contiene hechos probados, porque no ha procedido a valorar prueba alguna; ni aplica ningún precepto penal. Es imposible apreciar a) ni error en la apreciación de la prueba (motivo primero); b) ni inaplicación indebida del art. 202 (motivo segundo apartado primero); c) ni defecto en unos inexistentes hechos probados (art. 850.1 y 2) que no pueden figurar por definición en una sentencia que se limita a retrotraer las actuaciones para repetición del juicio oral. Por otra parte, el art. 240.2 LOPJ no es precepto penal sustantivo como exige el art. 849.1.º LECrim lo que, al menos formalmente, hace decaer también el fundamento del apartado 2.º del motivo segundo. (...)

Tampoco puede achacarse a la sentencia de apelación el defecto de incongruencia omisiva: es verdad que deja cuestiones pendientes de resolver, pero sencillamente porque no puede anticipar el resultado de un debate que ha reabierto. Siempre que se anula una sentencia para reponer las actuaciones a un momento anterior se quedan sin solventar los temas principales, precisamente porque se deja sin decidir la pretensión.

El motivo por violación del derecho un proceso sin dilaciones indebidas (submotivo segundo del motivo tercero) carece de autonomía. De toda anulación se derivan dilaciones. También lógicamente de la efectuada por la Sala de apelación: hay que repetir las actuaciones anuladas con la consiguiente postergación de la solución definitiva (...)

Después de este expurgo subsiste, tan solo el motivo por violación del derecho a la tutela judicial efectiva (tercero) que está enunciado pero apenas desarrollado. Su contenido puede completarse trayendo a esta rúbrica una parte de los desarrollos argumentales de otros motivos, erróneamente etiquetados. Al socaire de la denuncia por incumplimiento de lo dispuesto en el art. 240.2 LOPJ se vierten consideraciones que conectan con el derecho a la tutela judicial efectiva: resolver yendo más allá de lo solicitado por las partes con olvido de un expreso mandato legal no es infracción de ley sustantiva (art. 849.1.º) pero sí puede erosionar el derecho a la tutela judicial efectiva. Asimismo ese viene a ser un argumento vertido en lo que la parte cataloga como quebrantamiento de forma

por «incongruencia omisiva» (art. 851.3). Si, en efecto, se ha resuelto en apelación con una decisión que nadie había solicitado, la sentencia será incongruente pero no por defecto. Sería una incongruencia ultra petita que, no estando contemplada en el art. 851.3.º, sí puede ser alegada como vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Queda así acotado el objeto del recurso y despojados los motivos que no tienen viabilidad pues no aciertan a dar correcto formato a la queja. No se trata de averiguar o discutir si los hechos eran constitutivos del delito de allanamiento de morada por el que se acusó, ni sobre si había prueba suficiente para estimarlos cometidos. Tenemos que resolver:

a) Si la Sala de apelación estaba legalmente autorizada a declarar una nulidad que el apelante no había reclamado.

b) Si proceder de esa forma, en contradicción con una prescripción legal, acarrea una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Es decir, concretar si se ha violado la letra y espíritu del art. 240.2 LOPJ y si in casu eso supone una afectación del derecho a la tutela judicial efectiva controlable en casación por la vía del art. 852 LECrim.

De ser afirmativa la respuesta habrá que enfrentarse a los motivos de apelación de la defensa que quedaron sin solventar y que han sido replanteados en casación, tal y como se justificará infra.

Tercero.—El tercero de los motivos de la acusación particular, como se ha dicho, alega indefensión a través del art. 852 LECrim en relación con el art. 24.1 inciso final CE: la retroacción contra legem «de las actuaciones... supone una gran indefensión a esta parte ya que la deja en una suerte de vaivén procesal sin cabida legal alguna». (...)

El Ministerio Fiscal ha apoyado el motivo tercero (con la integración de su argumentación a través de alegaciones efectuadas en otros motivos), destacando sobre todo los graves inconvenientes que podrían surgir de la repetición del juicio. Solicita que se devuelvan las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia para que dicte nueva sentencia «valorando las pruebas practicadas» y

resolviendo con el dictado bien de una sentencia absolutoria bien de otra confirmando la del Tribunal del Jurado. En este punto el recurso del Fiscal introduce una pretensión nueva no realizada por la recurrente. Ésta solicita que se reponga la eficacia de la sentencia del Tribunal del jurado. El Fiscal, que se case la sentencia de apelación para que el Tribunal Superior de Justicia dicte nueva sentencia resolviendo el recurso de apelación planteado por la defensa. Esa nuevo y distinto pedimento puede considerarse una correcta adhesión parcial al recurso no totalmente coincidente pero sí homogénea (se comparten razones de discrepancia con la sentencia pero no la solución final a dar al recurso).

La indefensión prohibida por el art. 24.1 CE dimanaría del desajuste entre el pronunciamiento de apelación y la pretensión del apelante. El Tribunal Superior de Justicia al estimar el segundo de los motivos de apelación de la defensa habría «reformateado» ilegítimamente su pretensión, mudándola en forma no consentida por la legislación. Se solicitaba un pronunciamiento de fondo, la absolución, entendiendo que del bagaje probatorio había que expulsar una prueba por haber sido obtenida con inobservancia de garantías esenciales, y que el material incriminatorio subsistente era inapto para desactivar la presunción constitucional de inocencia. La sentencia, habría incurrido en una suerte de *mutatio libelli* en segunda instancia, prohibida por afectar al derecho de defensa de las partes recurridas que habrían combatido algo diferente a lo que finalmente cristalizó en la sentencia.

Es más, afectaría posiblemente también a los intereses exteriorizados del propio apelante, como se verá al analizar su también recurso adhesivo. Es perfectamente imaginable y razonable que éste no desee someterse a un nuevo enjuiciamiento que podría desembocar en una condena más grave (allanamiento de morada consumado). La repetición del juicio supone, ciertamente, recobrar la posibilidad de una absolución; pero también la de una condena más desfavorable que la recaída. Es legítima su posición.

Su voluntad impugnativa debió respetarse sin desbordar o alterar los términos de sus pedimentos no articulados. Su opción impugnativa se construyó a solicitar la absolución o, subsidiariamente, una mitigación de la pena impuesta.

Desde el punto de vista de la acusación también la inesperada y sorpresiva resolución por la que se acuerda la nulidad pudo ocasionar indefensión. No pudo alegar nada para evitar ese efecto anulatorio que no podía imaginar. Y, en particular, no pudo aducir, como hace indirectamente ahora, que considerar nula una prueba no conduce inexorablemente a la anulación de todo el juicio y a la necesidad de repetirlo. El principio de conservación de los actos judiciales invita a buscar preferentemente soluciones menos drásticas como postula el art. 243 LOPJ.

En materia de nulidad de actos de prueba (lo que lleva aparejada su invalorable o inutilizabilidad), antes de llegar al remedio de la anulación bien de la sentencia, bien del acto del juicio, hay que explorar otras vías de solución que supondrán una respuesta judicial más pronta. Si éstas resultan razonablemente factibles, son preferentes: hay que eludir en la medida de lo posible la siempre dilatoria retroacción del procedimiento que solo cuando se presenta como la única medida idónea y satisfactoria debe abrirse paso. Para que no se convierta en una dilación indebida (y recuperamos así un argumento de la acusación), habrá previamente que explorar y descartar los otros caminos posibles para alcanzar una solución:

a) Si la prueba indebidamente valorada por ser nula o ilícita era prescindible y puede asegurarse sin temor a equivocaciones que, suprimida, el pronunciamiento de condena no pierde sustento y hubiese sido el mismo se impondrá mantener la condena. Eso es lo que reclama la acusación particular recurrente.

b) Si la prueba anulada se revelaba como esencial, de forma que el fallo condenatorio al borrar esa prueba pierde todo o, al menos, su principal apoyo, habrá que proceder directamente a la absolución por aplicación de la presunción de inocencia. Es esto lo que viene a impetrar en casación el acusado, recurrente adhesivo, como se verá.

c) Solo cuando el marco probatorio sea lo suficientemente complejo como para no poder deducirse de forma indubitada qué influjo pudo tener esa prueba anulada, si era o no decisiva para fundamentar la convicción o se limitaba a corroborar lo que ya se consideraba acreditado por otros elementos, habrá que reenviar la causa al Tribunal a quo, para que dicte una nueva sentencia sin con-

tar con esa prueba que se considera vulneradora de derechos fundamentales o para celebrar un nuevo juicio (si se atisba pérdida de la imparcialidad en el Tribunal o el modelo de proceso —jurado— no consiente otra alternativa).

Acudir directamente como ha hecho la sentencia aquí atacada a la última de las respuestas sin que nadie la haya reclamado menoscaba el derecho a la tutela judicial efectiva. Supone, además, desconocer un mandato legal, recogido en el art. 240.2 LOPJ, e introducido por el legislador precisamente para minimizar respuestas dilatorias que no han sido solicitadas expresamente por una parte: «En ningún caso podrá el juzgado o tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal».

La previsión contiene un claro mandato. De su examen arranca el voto particular emitido por un componente de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia. Se suscribe la argumentación del Magistrado discrepante que coincide en su mayor parte con la que trata de reflejarse en esta sentencia.

La anulación de unas actuaciones procesales en fase de recurso solo puede decretarse a instancia petición del recurrente (principal o, en su caso, adhesivo), salvo que se aprecie falta de jurisdicción o competencia objetiva o funcional o vicio grave de la voluntad de los integrantes del órgano judicial causado por violencia o intimidación. Fuera de esos supuestos las partes mantienen en su poder las llaves de esa puerta. Si no las facilita, la puerta permanecerá cerrada y no podrá accederse a la anulación, el Tribunal no puede acudir al expediente de la nulidad; en el bien entendido de que la disposición ha de entenderse no en un sentido estrictamente formal: será factible la declaración de nulidad cuando esa sea la consecuencia inevitablemente anudada a la pretensión impugnativa elevada, por más que el recurrente no acierte a expresar con claridad los términos de la nulidad que sustancialmente sí solicita, aunque sea de manera implícita.

No sucede eso aquí como se destaca en el voto particular, que, por otra parte, agudamente distin-

gue entre la nulidad de actuaciones y la nulidad (mejor, inutilizabilidad) de un medio de prueba. En ese segundo nivel se movía la argumentación del apelante para reivindicar no la anulación para un nuevo enjuiciamiento, sino una decisión de fondo absolutoria por quedarse sin sustento suficiente la condena al prescindirse de la prueba tachada de irregular (confesión en sede policial sin asistencia letrada). La Sala de apelación no podía reconstruir el recurso confiriéndole un alcance que nunca quiso darle el apelante y menoscabando el derecho a la tutela judicial efectiva de los apelados al sorprenderles con una decisión cuyas premisas no pudieron neutralizar antes. Pudieron defender, como así hicieron, la legalidad de la prueba; la corrección de la subsunción jurídica o la justicia de la pena impuesta; así como la suficiencia de la prueba practicada para desembocar en una condena. Pero no tuvieron ocasión de replicar nada frente a una eventual anulación de la sentencia y consiguiente repetición del juicio que nadie había reclamado.

Es exigible una correlación entre lo solicitado por la parte y la decisión jurisdiccional también en fase de recurso. Una discordancia esencial no es consentida por el derecho a la tutela judicial efectiva (...)

Ha de ser estimado por tanto parcialmente el tercero de los motivos del recurso principal lo que comporta la casación de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

Cuarto.—Esa casación y consiguiente anulación suscita interrogantes: a) La nulidad ¿hacer revivir sin más la sentencia del Tribunal del Jurado?; b) ¿Qué destino ha de darse a los motivos de apelación que el Tribunal Superior de Justicia no resolvió pues la anulación de la sentencia le eximía de abordar el resto de cuestiones (presunción de inocencia, subsunción jurídica, penalidad)?

Se abre una encrucijada con dos caminos alternativos:

a) El primero, es apuntado por el Ministerio Público al secundar solo parcialmente el recurso: introduce una pretensión nueva impregnada de lógica. No pueden quedar arrumbados a un limbo procesal los motivos de apelación que el recurrente entabló y que han quedado sin resolver. El

aparente éxito de su apelación se convertiría en una especie de boomerang que se vuelve contra él al ver finalmente confirmada la sentencia y el fondo de su recurso tácitamente desestimado; es decir, rechazado sin previo estudio y examen. Por eso se inclina el Fiscal por reenviar el asunto al Tribunal Superior de Justicia para que resuelva la apelación sin provocar nulidades no invocadas, de forma que contra la sentencia que recaiga pueda interponerse nuevamente casación.

b) El otro sendero es el sugerido por la recurrente principal: restablecer el veredicto del Tribunal del Jurado y la consiguiente sentencia del Magistrado Presidente.

Estamos ante uno de los puntos problemáticos derivados de la incrustación de un recurso intermedio, mal llamado de apelación, entre la instancia y la casación. La ley no ofrece una solución diáfana.

No es la primera vez que aparece en la agenda de este Tribunal esta cuestión. La STS 1618/2000 de 19 de octubre se enfrentó ya a un supuesto en que la «anulación» en casación de la «anulación» decretada en apelación, dejaba sin respuesta algunos motivos de apelación.

(...)

Han de asumirse las pautas marcadas en ese precedente, precisando algo más esa doctrina, opinable como todas cuando se trata de solventar de manera razonable una imprevisión del legislador.

Nuestro sistema impugnativo se caracteriza por una «recuperación de la instancia» cuando se procede a la casación de una sentencia. Este Tribunal asume el dictado de una segunda sentencia (art. 902 LECrim). Al recobrar la instancia ha de resolver todos los temas «imprejuzgados». Cuando estimándose un recurso de la acusación particular se priva de eficacia a la absolución decretada, (v. gr., por prescripción), salvo casos de imposibilidad manifiesta (ausencia de hechos probados por ejemplo), la segunda sentencia ha de resolver sobre la tipicidad, posibles atenuantes, individualización penológica... En esas tareas esta Sala no está ejerciendo una función revisora sino situándose en el papel de Tribunal de instancia y resolviendo sobre la pretensión articulada a través de las conclusiones definitivas, sin más limitaciones que las que tenía la Audiencia Provincial

que conoció del juicio oral y en su caso, las derivadas de la prohibición de la *reformatio in peius* (art. 902 LECrim) o las que impone el principio de inmediación (jurisprudencia constitucional y europea). Ese diseño de la casación puede dejar malparado el derecho a la doble instancia, pero es el elegido por el legislador al dar en este punto prioridad al objetivo de celeridad en la resolución de los asuntos.

Cuando nos trasladamos a la casación contra sentencias de apelación un paralelismo pleno habría de conducir también a recobrar la instancia anterior, esto es «la segunda instancia» (utilizando ese término como comprensivo de la apelación especial del Tribunal del Jurado). Anulada la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, si ésta dejó motivos de apelación sin resolver, habrán de ser dilucidados en una segunda sentencia dictada por el Tribunal de Casación, que actuaría en ella como Tribunal de apelación, al igual que asume el papel del Tribunal de instancia en la casación ordinaria cuando estima un motivo por infracción de ley y ha de dictar segunda sentencia.

La otra vía de solución es la sugerida por el precedente que se ha evocado: exigir a las partes un replanteamiento en casación, aún a través de la institución de la adhesión al recurso, reinterpretada en los últimos años por la jurisprudencia constitucional y de esta Sala en clave expansiva, so pena de reputar definitivamente decaídas las pretensiones que blandían en apelación y que no llegaron a resolverse.

No necesariamente ha de ser idéntico el tratamiento de partes activas y pasivas. La segunda fórmula puede resultar demasiado restrictiva si pensamos en la defensa. Para el acusado, incluso cuando no haya tenido la precaución de reiterar sus pedimentos en casación, sus motivos de apelación no resueltos han de recuperarse y resolverse expresamente. No puede dejarse sin contestar un motivo por presunción de inocencia, v.gr., porque el Tribunal de apelación anuló el veredicto por falta de motivación y posteriormente el Tribunal Supremo a instancia de la acusación casa la sentencia de apelación.

Sin descartar que en algún supuesto la propuesta sugerida aquí por el Ministerio Público (reenvío al Tribunal Superior de Justicia) pudiera revelarse como la única solución factible, es pre-

ferible por razones de agilidad, tender a resolver ya en este Tribunal esos motivos de apelación pendientes en armonía con el modelo ordinario de casación.

En este supuesto, además, esa solución viene propiciada por la actitud procesal de la defensa. En su escrito de contestación al recurso el acusado no se limita a impugnar las tesis de la recurrente. Aún sin utilizar esa denominación, materialmente se ha formulado un recurso supeditado de casación (por utilizar la terminología que viene desplazando en la ley al tradicional recurso adhesivo). El recurso adhesivo por motivos no exactamente coincidentes con los del recurrente principal se ha abierto paso en la doctrina jurisprudencial más reciente a impulsos de la jurisprudencia constitucional y las últimas reformas legales (modificación de la apelación en el procedimiento abreviado y recurso supeditado en el proceso del Tribunal del Jurado). Si hay algún caso en que no debe dudarse de su admisibilidad es éste. Para mantener abierto el debate sobre los motivos de apelación no resueltos había que traerlos a casación. Lo ha hecho el apelante de manera formalmente mejorable (era deseable que formulase de manera expresa esa adhesión), pero materialmente correcta. De hecho, comparte expresamente algunos intereses con la recurrente: protesta por la nulidad decretada por el Tribunal Superior de Justicia que él no solicitó, en sintonía con la recurrente principal. Difiere en las consecuencias de la cancelación de la eficacia de la sentencia de apelación. No debiera conducir en su opinión a resucitar el veredicto del Tribunal del Jurado, sino a la absolución por las razones que adujo en su recurso de apelación y que ahora reproduce en casación. Solo subsidiariamente postula una reducción de la pena en aplicación del art. 62 CP (rebaja en dos grados y no solo en uno como hizo la sentencia del Magistrado Presidente). Si la recurrente habla de «vaivenes» derivados de la nulidad, el recurrido se refiere a una «noria» procesal «de la que no puede salir». Ambos disienten de la solución consistente en la celebración de un nuevo juicio oral con las consiguientes dilaciones y perjuicios, también económicos, para ellos.

Estamos pues realmente ante un recurso adhesivo que plantea en casación los motivos no resueltos de apelación. Queda así expedito el camino para resolver definitivamente la causa, aún sin

necesidad de acudir a esa fórmula de la «segunda sentencia», evitando el efecto «ascensor» según la plástica expresión que se acuñó para rechazar la tesis favorable al reenvío. La solución apuntada por el Fiscal cuando no conocía el escrito de impugnación del apelante ahora recurrido, pierde todo fundamento a la vista de la misma.

En rigor y en abstracto habría que dar traslado de ese «recurso adhesivo» al resto de las partes para salvaguardar el principio de contradicción. Pero en concreto no es indispensable, no tanto porque se van a rechazar por las razones que se dirán todos los alegatos del apelante, y ahora recurrente adhesivo, sino particularmente porque no hace sino reproducir los argumentos enarbolados en apelación y que por tanto ya fueron objeto de impugnación por las acusaciones en escritos que ha consultado y examinado esta Sala.

Quinto.—Se coincide con la sentencia de instancia en rechazar la validez probatoria de la declaración prestada en policía sin asistencia letrada. Nada hay que objetar a la fundada argumentación que aboca a esa inutilizabilidad.

(...)

Sexto.—(...) la expulsión de esa diligencia (declaración en sede policial) que no debió unirse al acta del juicio ni debió valorarse, ¿ha de conducir a la absolución por imperativo de la presunción de inocencia como reclama el recurrente?

Se conecta aquí con un argumento ya esbozado. Ante la declaración de ilegitimidad de un medio de prueba en sede de recurso por afectar a un derecho fundamental, hay que atenerse a la secuencia antes apuntada: 1.º) Comprobar si es factible un pronunciamiento definitivo bien por resultar intrascendente esa prueba para la convicción a que llegó el Tribunal; bien por quedar la condena huérfana de todo soporte probatorio si desaparece la prueba; 2.º) Sólo cuando no resulte razonablemente posible la decisión de fondo, habrá que proceder a la nulidad si ha sido solicitada por el recurrente, con reenvío al Tribunal de instancia para una nueva valoración de la prueba excluyendo la irregular.

Esa es la fórmula más armonizable con el derecho a ser enjuiciado en un plazo razonable y es la forma habitual de operar no solo de esta Sala Segunda, sino también (con los matices que se

derivan de su peculiar posición fuera de la jurisdicción ordinaria) del Tribunal Constitucional.

Cuando a través de un recurso de amparo se alga la violación del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) su apreciación determina también la del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) si la eliminación de las pruebas no valorables deja sin sustento el relato de hechos probados sobre el que se edifica la declaración de culpabilidad del acusado (SSTC 135/2011, de 12 de septiembre, y 144/2012, de 2 de julio).

Sin embargo cuando se descarta la relevancia de la prueba irregular en el conjunto de la actividad probatoria de cargo desarrollada para alcanzar la convicción judicial sobre la culpabilidad del recurrente, la eventual vulneración de otros derechos y consiguiente inutilizabilidad de esa prueba no comportará la anulación de la sentencia (SSTC 144/2012, de 2 de julio o 173/2011, de 7 de noviembre).

Por fin, en los casos en los que faltan elementos para llegar a una conclusión clara en uno u otro sentido, solo en esos, se deja sin cerrar la cuestión para que de nuevo el órgano de la jurisdicción ordinaria adopte una nueva decisión sin contar con ese medio probatorio.

Aquí es indudable que en la motivación del jurado, al menos formalmente, se confería un destacado papel a esa declaración policial. No hay que reprochárselo. Sobre su contenido se preguntó al acusado en el juicio oral. El jurado fue equivocadamente inducido a valorar ese acta. Ese es el dato relevante manejado por la sentencia mayoritaria para anular el veredicto.

(...)

La motivación parece gravitar exclusivamente en esa declaración no valorable. Eso conduciría a otorgar la razón al recurrente adhesivo: se habría violado la presunción de inocencia.

Pero esa conclusión es precipitada. La motivación es contextual. Precisarás de unos fundamentos y contenidos u otros según lo que se haya debatido. Los hechos aceptados por todos, no discutidos, no precisan de motivación, ni en un jurado ni en un tribunal profesional. En el marco del juicio oral que se desarrolló el jurado lógica y correctamente tenderá a justificar los hechos controvertidos. Los no discutidos por nadie no necesitan un

razonamiento para explicar por qué se han considerado acreditados: es obvio. Lo obvio se muestra; no se demuestra. No es exacto pensar que la única prueba que fundaba la apreciación de que el recurrente había tratado de introducirse en la vivienda de su vecina, desistiendo de su propósito al ser descubierto por ella, era su declaración en policía. Los hechos así descritos estaban aceptados por acusaciones y defensa.

(...)

Ante ese cuadro probatorio la mención de la declaración policial es irrelevante.

(...)

La petición del recurrente adhesivo reclamando un pronunciamiento absolutorio que sustituya al del Tribunal del jurado no puede acogerse.

(...)

Octavo.—La estimación del recurso de casación y el rechazo de las razones aducidas en apelación comporta como lógica secuela a el restablecimiento de la eficacia de la inicial sentencia condenatoria. Ese efecto exige una reflexión complementaria. La rehabilitación en casación en contra del reo de una previa condena luego anulada en apelación no tropieza con obstáculo alguno derivado de la jurisprudencia constitucional y del TEDH a tenor de la cual la revocación de una sentencia absolutoria por razones probatorias exigiría la audiencia del acusado en la fase de recurso, y en su caso, la reproducción de prueba. En este supuesto no nos enfrentamos a una decisión de condena que adoptaría ex novo esta Sala Segunda por vía de recurso. El enjuiciamiento inicial lo llevó a cabo el Tribunal del Jurado que encontró al acusado culpable de intentar entrar en la vivienda de la recurrente. Esa inicial apreciación jurisdiccional ha emanado de un Tribunal que ha oído personalmente al acusado, escuchando su versión de los hechos, atendiendo a sus explicaciones, Ahora en casación no se trata ya de verificar un nuevo juicio sobre la prueba, sino de valorar las razones dadas por el Tribunal de apelación para anular la sentencia. El Jurado oyó al acusado. Ahora la acusación pide que en casación se reponga la valoración probatoria efectuada por el jurado. En ese marco procesal no es aplicable esa doctrina jurisprudencial que invitaría a cuestionarnos si es posible el pronunciamiento reclamado

por la acusación particular que conlleva resucitar una condena anulada, en un recurso extraordinario

como la casación no compatible con la audiencia personal del acusado.

Sentencia 230/2013, Sala Segunda del TS, de 27 de febrero

Ponente: **Don Alberto Jorge Barreiro**

Resumen: **Silencio del acusado. Valoración**

Recurso de Casación: n.º 494/2012

Artículos: 24 CE y 741 LECrim

Con cita de la jurisprudencia del TEDH (caso Millán) y del TC se analizan las circunstancias en que pueden extraerse consecuencias probatorias del silencio del acusado, en todo caso como dato que corrobora la culpabilidad, pero nunca para suplir la insuficiencia de prueba de cargo contra él.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—1. Los motivos segundo y tercero del recurso, con apoyo procesal en los arts. 852 de la LECr. y 5.4 de la LOPJ, tienen como objeto denunciar la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).(...)

4. Hechas las consideraciones y advertencias precedentes, procede examinar ahora el material probatorio de cargo contra el recurrente para ponderar si concurre prueba de cargo en el caso concreto (...)

Por último, se refiere la Sala a que «el silencio del procesado puede y debe valorarse como indicio incriminatorio», y cita al respecto dos sentencias del Tribunal Constitucional, las números 137/1998 y 202/2000, que tratan la doctrina establecida en la sentencia del «caso Millán» del TEDH.

5. Este argumento sobre la validez del silencio de un imputado como indicio incriminatorio lo reitera la Sala de instancia cuando motiva la valoración de la prueba de cargo con respecto a todos los acusados que han sido condenados. Por ello, conviene efectuar algunas consideraciones al respecto que sirva como aclaración de las afirmaciones que recoge la sentencia recurrida sobre el silencio de los recurrentes, dados los equívocos que pudiera generar para las garantías de los impu-

tados una afirmación tan rotunda como la que hace la Audiencia sobre el valor probatorio del silencio en el proceso penal.

Pues bien, en la STEDH de 8 de febrero de 1996 (conocida como el caso Millán), se enjuició el supuesto de un ciudadano que fue detenido, junto a otras siete personas, por los delitos de pertenencia a la organización armada de la República de Irlanda (IRA), de conspiración para el asesinato y de la detención ilícita de una persona. Millán permaneció en silencio durante su interrogatorio, en el que careció de asistencia legal hasta transcurridas 48 horas. En el juicio posterior tampoco alegó nada en su defensa para explicar su presencia en el lugar de los hechos. Finalmente, el juez, valorando las pruebas presentadas por el fiscal y ante la ausencia de declaración alguna por parte del acusado, le condenó por instigar y ayudar a la detención ilícita.

El señor Millán acudió ante la Comisión y denunció la violación de los arts. 6.1 y 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, alegando que fue privado de su derecho a guardar silencio en el procedimiento penal contra él. Adujo que el Tribunal británico extrajo importantes consecuencias derivadas de su permanencia en silencio, tanto en el interrogatorio policial como durante el proceso, en aplicación de la Ordenanza de 1988 sobre la prueba criminal en Irlanda

del Norte. Esas deducciones —señaló— fueron decisivas para determinar su culpabilidad, enervando así el principio de presunción de inocencia e invirtiéndose la carga de la prueba.

El TEDH precisó que, aunque no esté específicamente mencionado en el Convenio, es inherente a la noción de proceso justo del art. 6 el derecho a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo. Del mismo modo, recordó que no son derechos absolutos ya que, en determinadas ocasiones, el silencio del acusado puede tener consecuencias a la hora de evaluar las pruebas en su contra durante el juicio.

El Tribunal estableció que la cuestión a dirimir en cada caso particular es la de si la prueba aportada por el acusador es lo suficientemente sólida para exigir una respuesta. El Tribunal nacional no puede concluir que el acusado sea culpable simplemente porque ha escogido guardar silencio. Solo en los casos en que la prueba existente en contra del acusado —dice el TEDH— le coloque en una situación en la que le sea exigible una explicación, su omisión puede, como razonamiento de sentido común, permitir sacar en conclusión la inferencia de que no ha habido explicación y de que el acusado es culpable. Contrariamente, si la acusación no ha aportado pruebas lo suficientemente consistentes como para exigir una respuesta, la ausencia de explicación no debe ser suficiente para concluir en una declaración de culpabilidad.

El Tribunal Constitucional ha examinado la doctrina del «Caso Millán» en diferentes ocasiones en que le fue alegada en amparo por sujetos condenados en la vía penal.

(...)

De la aplicación que hace el Tribunal Constitucional de la doctrina procesal del Caso Millán se desprende que la jurisprudencia que sienta el TEDH no permite solventar la insuficiencia de la prueba de cargo operando con el silencio del acusado. La suficiencia probatoria ajena al silencio resulta imprescindible. Esto es: una vez que concurre prueba de cargo «suficiente» para enervar la presunción de inocencia es cuando puede utilizarse como un argumento a mayores la falta de explicaciones por parte del imputado. De lo contrario, advierte reiteradamente el Tribunal Constitucional, se correría el riesgo de invertir los principios de la carga de la prueba en el proceso

penal. De modo que, tal como señala el supremo intérprete de la norma constitucional, el silencio del acusado puede servir como dato corroborador de su culpabilidad, pero no para suplir la insuficiencia de prueba de cargo contra él.

En el mismo sentido puede citarse la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la valoración probatoria de los contraindicios. El Tribunal Constitucional afirma en sentencia 24/1997, de 11 de diciembre, que «la versión que de los hechos ofrece el acusado constituye un dato que el Juzgador ha de tener en cuenta, pero ni aquél tiene que demostrar su inocencia, ni el hecho de que su versión de lo ocurrido no resulte convincente o resulte contradicha por la prueba, debe servir para considerarlo culpable; pero su versión constituye un dato que el Juzgador deberá aceptar o rechazar razonadamente» (SSTC 229/1988 y 174/1985).

Y en la STC 136/1999, de 20 de julio, se argumenta que «en lo concerniente a las alegaciones, excusas o coartadas afirmadas por los acusados, importa recordar los denominados contraindicios —como, v.gr., las coartadas poco convincentes—, no deben servir para considerar al acusado culpable (SSTC 229/1988 y 24/1997), aunque sí pueden ser idóneos para corroborar la convicción de culpabilidad alcanzada con apoyo en prueba directa o indiciaria, que se sumen a la falsedad o falta de credibilidad de las explicaciones dadas por el acusado (v.gr., SSTC 76/1990 y 220/1998).

Y esta Sala de casación tiene establecido que «las declaraciones del acusado tenidas por el Tribunal como carentes de crédito, y como excusas de escasa consistencia, es verdad que no tienen ciertamente valor como prueba de cargo, porque no es al acusado a quien compete probar su inocencia sino a la acusación desvirtuar la presunción de ella. Por lo tanto el escaso crédito de las explicaciones del acusado no incrementa el valor de la prueba de cargo, cuya capacidad como tal depende exclusivamente de su propio valor y eficacia. No hay más prueba de cargo porque sea menor el crédito de la de descargo. Pero esta última cuando no es creíble mantiene íntegra la eficacia demostrativa de aquella en cuanto que su valor probatorio como prueba de cargo no se ve contradicha eficazmente, en tal caso, por otra prueba de signo y resultado opuesto» (SSTS 97/2009, de 9-2; 309/2009, de 17-3; 1140/2009, de 23-10; y 586/2010, de 10-6).

Pues bien, si la inveracidad o la falsedad de los contraindicios no constituye prueba de cargo contra un imputado, mucho menos puede considerarse como tal el mero silencio de un acusado en la vista del juicio oral.

A tenor de todo lo que antecede, el argumento reiterado y concluyente del Tribunal de instancia con respecto a todos los acusados de que su silencio debe ponderarse como un indicio inculpativo no puede asumirse, ya que no puede operar como un elemento probatorio dentro del

baremo exigible para alcanzar la suficiencia de la prueba de cargo enervadora de la presunción de inocencia. Pues una cosa es que se compute el silencio como un indicio inculpativo idóneo para probar la autoría de los hechos por parte de un acusado, que es lo que se viene a decir en la sentencia recurrida, y otra cosa muy distinta que opere únicamente como un mero indicio confirmatorio de la autoría ya suficientemente probada sin su ponderación, que es la tesis que se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Sentencia 167/2013, Sala Segunda del TS, de 28 de febrero

Ponente: **Don Carlos Granados Pérez**

Resumen: **Casación para la unificación de doctrina en materia penitenciaria**

Recurso de Casación: **n.º 20495/2012**

Artículos: **D.A. 5.ª LOPJ y art. 51 RP**

Recurso de casación para unificación de doctrina en materia penitenciaria. Después de recordar la doctrina jurisprudencial en torno al alcance de este recurso, concluye que, de conformidad con el artículo 51 del Reglamento Penitenciario, debe prohibirse la introducción de videoconsolas en el Establecimiento Penitenciario.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El recurso de casación para unificación de doctrina en materia penitenciaria fue introducido en la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la reforma operada por Ley Orgánica 5/2003, de 27 de mayo, y en el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, celebrado el día 22 de julio de 2004, se examina el alcance y contenido de este Recurso de Casación para Unificación de Doctrina tomándose los siguientes Acuerdos:

Puede interponerse este recurso contra los autos de las Audiencias Provinciales o de la Audiencia Nacional en materia penitenciaria, en los que se resuelvan recursos de apelación que no sean susceptibles de recurso de casación ordinario. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo al resolver estos recursos en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por resolucio-

nes precedentes a la impugnada. Son requisitos de este recurso: a) La identidad del supuesto legal de hecho. b) La identidad de la norma jurídica aplicada. c) La contradicción entre las diversas interpretaciones de dicha norma. Y, d) La relevancia de la contradicción para la decisión de la resolución recurrida.

El recurso de casación para la unificación de la doctrina en el ámbito penitenciario: a. No es una tercera instancia. b. Han de respetarse siempre los presupuestos fácticos fijados por el Tribunal a quo. Y, c. No cabe apreciar contradicción en la aplicación de la norma: a) cuando ello dependa de comportamientos individualizados, informes o diagnósticos personales y b) cuando las decisiones judiciales respeten el margen de discrecionalidad que la propia norma establezca o permita.

Preparación del recurso: El Tribunal a quo debe comprobar: a) Que la resolución impugnada

puede ser recurrida en casación para unificación de doctrina; b) Que en el escrito de preparación se hace constar la igualdad del supuesto legal de hecho y la desigualdad (contradicción) en la interpretación y aplicación de la correspondiente norma jurídica; y, c) Que el recurrente aporta las resoluciones de contraste o las precisa y solicita la aportación del correspondiente testimonio de las mismas, que en todo caso, el Tribunal a quo deberá examinar antes de pronunciarse al respecto.

El Tribunal a quo —previa audiencia del Ministerio Fiscal— deberá pronunciarse, motivadamente, sobre si procede, o no, tener por preparado el recurso (art. 858 LECrim.)

Formalización del recurso: Ante la Sala Segunda del TS: Este recurso únicamente puede fundamentarse en la existencia de contradicción entre la doctrina asumida por el auto recurrido y la mantenida en la resolución o resoluciones de contraste.

Decisión del recurso: Por una Sala compuesta por cinco Magistrados. Sin celebración de vista. Y, mediante sentencia, que decidirá cuál es la interpretación correcta del precepto legal al que se refiere el recurso. El Tribunal que conozca de este recurso no estará obligado a decidir sobre el mismo de acuerdo con alguna de las resoluciones contradictorias citadas pro la parte recurrente, ya que podrá hacerlo conforme la doctrina que estime aplicable.

(...)

Segundo.—Es cierto, como se alega en defensa del recurso, que la doctrina asumida en el Auto dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo, de fecha 11 de abril de 2012, es contradictoria con la mantenida en los dos Autos dictados por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid, de fechas 13 de enero de 2010 y 30 de marzo de 2011, que son los Autos que se señalan como de contraste, pudiéndose afirmar que el derecho penitenciario se aplicó de forma diferente ante otro supuesto sustancialmente idéntico, al coincidir la resolución impugnada con las de contraste en que en todas ellas venía a decidir si procedía o no autorizar a un interno para que pudiera utilizar una videoconsola marca «PlayStation 2».

Así, se dice en apoyo del recurso, que el Auto dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo, de fecha 11 de abril de 2012, que confirmaba un Auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, al no autorizar el uso de una videoconsola por parte del interno Jose Daniel, había vulnerado el derecho a la igualdad al ser discrepante con los Autos señalados como de contraste que ante un supuesto semejante habían autorizado su uso.

Procede por consiguiente dar respuesta a la discrepancia de criterios que se aprecien en las resoluciones contrastadas y fijar la doctrina que se considera más acorde con la normativa aplicable.

Como se señala por el Ministerio Fiscal al impugnar el recurso, el artículo 51 del Reglamento Penitenciario señala los artículos y objetos no autorizados e incluye, entre otros, a todos aquellos que puedan suponer un peligro para la seguridad así como los expresamente prohibidos por las normas de régimen interior del Establecimiento. Y el Protocolo de Actuación en Materia de Seguridad, aplicable en los Centros Penitenciarios, aprobado mediante la Instrucción 3/2010, por la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias, establece en su Introducción que nuevos elementos electrónicos de alta precisión y tecnología contribuyen a crear espacios de inseguridad y en el apartado 2.2 de su articulado, referido al control de objetos prohibidos, se dice que se considerarán prohibidos los relacionados en el ANEXO II, y examinado tal ANEXO puede comprobarse que dentro del apartado C) que lleva como epígrafe «Aparatos Electrónicos» se incluye como prohibidos, en su número 8.º, las videoconsolas y los videojuegos, y en su número 5.º los reproductores y/o grabadores de imagen.

Fue precisamente la posible quiebra de la seguridad del Centro Penitenciario lo que determinó que el Auto recurrido, de fecha 11 de abril de 2012, y los que vino a confirmar, no autorizaran la introducción de una videoconsola modelo «PlayStation II», decisión que se presenta acorde con lo que se dispone en el artículo 51 del Reglamento Penitenciario y con la relación de objetos prohibidos a los que se refiere la Instrucción de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias antes mencionada.

Sentencia 295/2013, Sala Segunda del TS, de 1 de marzo

Ponente: **Don Antonio Del Moral García**

Resumen: **Apropiación indebida. Abuso de relaciones personales**

Recurso de Casación: **n.º 892/2012**

Artículos: **250 y 253 Código Penal**

Apropiación indebida. Abuso de relaciones personales. Se ofrece completa información sobre la doctrina jurisprudencial relativa a la (excepcional) apreciación en el delito de apropiación indebida de la mencionada causa de agravación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—Mejor suerte ha de correr el segundo de los motivos cobijado en el art. 849.1.º mediante el que se denuncia la aplicación del subtipo agravado del art. 250.1.6.º (7.º antes de la reforma de 2010), que se basa en el abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador. Ideada y diseñada para los delitos de estafa, la eficacia de esa agravación se proyecta también en los de apropiación indebida a través de la expresa remisión penológica que efectúa el art. 252. No obstante no puede perderse de vista esa inicial apreciación: el contexto y marco en el que el legislador pensó las agravaciones del art. 250 es el delito de estafa. Por eso algunas o no son en absoluto aplicables a la apropiación indebida (el fraude procesal; «estafa procesal» propiamente a raíz de la reforma de 2010); o, siéndolo, han de ser analizadas con mucho rigor pues su compatibilidad con el delito de apropiación indebida es menos «natural», por decirlo así (abuso de firma v.gr.) (STS 819/2006, de 14 de julio).

Esto último sucede con el subtipo ahora examinado. Su apreciación en opinión del recurrente representaría un atentado al non bis in idem pues es inherente a toda apropiación indebida ese abuso de confianza o de relaciones personales.

No se construye el motivo (lo que podría haberse hecho) fijándose en la condición de Sociedad mercantil de la perjudicada (a favor de la esa entidad se acuerda la indemnización). Y es que a estos efectos una sociedad de responsabilidad limitada, (o una anónima integrada por un número

muy reducido de socios), permite «levantar el velo» para proyectar esas «relaciones personales» a que alude el precepto, al ente mercantil, sino a sus socios individuales.

Eso es lo que ha hecho la sentencia de instancia que apoya la agravación en la relación de amistad del recurrente con los otros dos socios, vínculos que determinaron su designación como administrador. Esa confianza y amistad habrían sido defraudadas y eso justificaría la subsunción de los hechos en el subtipo agravado.

El Fiscal, impugna el motivo pero antes, centra bien la cuestión: es de esencia de todo delito de apropiación indebida el quebrantamiento de unos deberes de lealtad y de la confianza previamente depositada en el autor. Convertirlo en administrador, arrendatario, mandatario... o en definitiva en poseedor de bienes cuya titularidad corresponde al futuro perjudicado supone por definición depositar en él, además de los bienes, una confianza. Es consustancial al delito del art. 252 quebrar la lealtad que se debe por esa previa confianza. Para encajar los hechos en el art. 250.1.7.ª será necesario un plus, una confianza anterior y distinta a la que se crea con la relación que sirve de presupuesto a la apropiación indebida.

Un primer acercamiento a la temática suscitada puede hacerse de la mano de la STS 785/2006, citada por el Fiscal en su dictamen (junto a las SSTS 2232/2001, de 22 de noviembre, 890/2003, de 19 de junio, 626/2002, de 11 de abril, 368/2007, de 9 de mayo, ó 371/2008, de 19 de junio): «Hemos dicho (STS 383/2004, de 24 de

marzo), que en cuanto a la apreciación del subtipo agravado previsto en el artículo 250.7.ª CP, abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, ha señalado la Jurisprudencia de esta Sala (ver STS núm. 890/03) que tal como señalan las Sentencias de 28 abril de 2000 y la 626/2002, de 11 de abril, la aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales del núm. 7 del artículo 250 del Código Penal queda reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente, en definitiva un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario, tal quebrantamiento se encuentra ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa (Sentencias 2549/2001, de 4 de enero de 2002, y 1753/2000, de 8 de noviembre).

Hay que ser cuidadosos y restrictivos en la aplicación del art. 250.1.6.º en los delitos de estafa para exigir «algo más» y soslayar el grave riesgo de incurrir en un bis in idem. No faltan posiciones en la dogmática que consideran un equilibrio imposible intentar descubrir como «dos» confianzas defraudadas: la genérica de toda apropiación indebida o estafa y otra superpuesta, determinante de la agravación. El principio de vigencia obliga a buscar un ámbito para ese subtipo querido por el legislador al menos con toda seguridad para el delito de estafa. Se encuentra ese espacio tal y como revela la jurisprudencia, exigiendo unas relaciones personales concretas entre víctima y defraudador, de las que se abuse específicamente en la dinámica comitiva y que representen un mayor desvalor. Razona así la STS 371/2008, de 19 de junio, aunque refiriéndose a la agravante genérica: «Hemos mencionado la posibilidad de apreciar la agravante del art. 22.6 C.P. cuando el autor del delito de estafa se aprovecha de la especial relación de confianza que le vincula a la víctima y perjudicada por la acción delictiva. Y lo hacemos a sabiendas de que un sector de la doctrina sostiene que dicha agravante no cabe en el delito de estafa porque se encuentra ínsita en el mismo. Sin embargo, a nuestro entender, ello no es así, al menos siempre.

No puede hablarse de relación de confianza entre autor y víctima (y mucho menos de «especial relación de confianza») cuando entre ambos no existe, o es muy limitado ese vínculo anímico. Tal sucede en numerosas modalidades de la estafa: tocomoho, «la estampita», hurto de cheque a persona a quien no se conoce y se utiliza como instrumento de la defraudación patrimonial, etc. Es obvio que en estos casos no existe una relación de confianza inherente al delito de estafa. Pero cuando efectivamente concurra y el sujeto activo se aproveche de esa situación, violando los deberes de lealtad y fidelidad hacia quien, por ese vínculo de especial confianza y fiabilidad recíproca, no activa las medidas de protección y permite al autor una mayor facilidad para ejecutar el delito; en estos casos, repítese, no encontramos óbice alguno para apreciar una mayor reprochabilidad en quien así actúa, que debe tener su traducción en el nivel de antijuridicidad y, consecuentemente, en la respuesta penológica por vía del art. 22.6 C.P. Dicho en pocas palabras: no es lo mismo estafar a un amigo que a un desconocido, y esa diferencia debe ser considerada por el derecho punitivo, como así lo hace el legislador al agravar estas conductas en el art. 250.7.ª C.P., bajo el concepto de «abuso de relaciones personales».

Si del campo de la estafa, nos trasladamos al de la apropiación indebida las cautelas con las que ha de manejarse ese subtipo han de acentuarse más. El quebrantamiento de vínculos de confianza o relaciones personales es elemento ínsito en toda apropiación indebida y la graduación entre una mayor o menor confianza defraudada es escala poco nítida para sentar fronteras claras entre el tipo básico y el agravado con el nada desdeñable incremento de pena que comporta la diferenciación. Será necesario señalar dos focos de confianza defraudados (en este caso el propio de la relación profesional de administrador y el de amistad), y un superior deber de lealtad violado al habitual; y que una de esas fuentes generadoras de confianza tenga su base en relaciones de tipo personal (las profesionales dan lugar a otro subtipo incluido en el mismo número) que además sean previas a la relación jurídica presupuesta de la apropiación indebida (depósito, comisión, administración...).

La reciente STS 37/2013, de 30 de enero recalca en la excepcionalidad de la aplicación del art. 250.1.7.ª a los delitos de apropiación indebida,

haciendo un recorrido muy completo sobre los pronunciamientos jurisprudenciales más relevantes: «La agravación prevista en el art. 250.1.7, en cuanto se refiere a que el autor del delito cometa abuso de las relaciones personales que existan entre él y la víctima o se aproveche de su credibilidad empresarial o profesional, puede apreciarse —se dice en STS. 368/2007 de 9.5— con más claridad en los supuestos de estafa, en los que existe una maquinación engañosa previa al desplazamiento patrimonial en la que puede ser utilizada la facilidad que supone el abuso o aprovechamiento de aquellas circunstancias, que en los de apropiación indebida, en los que la recepción de la cosa o dinero se produce siempre en atención a una relación de confianza previa que el autor del delito quebranta posteriormente con su acción de apoderamiento (STS núm. 2232/2001, de 22 de noviembre).

El artículo 250.7.º recoge dos especificaciones de un genérico abuso de confianza, caracterizadas por la naturaleza de la fuente que provoca la confianza quebrantada: de una parte la «credibilidad empresarial o profesional», del sujeto activo, que de este modo se aprovecha precisamente de la confianza que a la víctima produce su aparente capacidad y buen hacer como profesional o como empresario; y de otra parte el abuso de las «relaciones personales existentes» entre ambos. Agravación específica del delito de estafa una figura que no participa plenamente de la anterior agravante de abuso de confianza, consistente en el «abuso de relaciones personales existentes entre la víctima y el defraudador o el aprovechamiento por éste de su credibilidad empresarial o profesional», caracterizadas ambas por la especial naturaleza de la fuente que provoca la confianza que se quebranta en la estafa.

La STS. 1218/2001 de 20.6, precisa que la agravación específica aparece caracterizados «por la especial naturaleza de la fuente que provoca la confianza», lo que supone que la aplicación de la agravación debe derivarse de una relación distinta de la que por sí misma representa la relación jurídica que integra la conducta engañosa. Es decir, el presupuesto de la agravación responde a una confianza anterior y distinta de la que se crea con la conducta típica del delito de apropiación o estafa.

En igual sentido las SSTS. 785/2005 de 14.6 y 383/2004 de 24.3, 626/2002 de 11.4, recuerdan, que la aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales del núm. 7 del artículo 250 del Código Penal, quedaba reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente, en definitiva un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario, tal quebrantamiento se encuentra ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa (SSTS. 2549/2001 de 4.1.2002, 1753/2000 de 8.11).

En STS. 1090/2010 de 27.11, se recuerda que esta Sala tiene establecido sobre el subtipo agravado de estafa del art. 250.1.7.º del C. Penal que se estructura sobre dos ideas claves. La primera de ellas —abuso de relaciones personales—, que miraría a un grado especial de vinculación entre autor y víctima; la segunda —abuso de la credibilidad empresarial o profesional—, que pondría el acento no tanto en la previa relación entre autor y víctima, sino en las propias cualidades del sujeto activo, cuya consideración en el mundo de las relaciones profesionales o empresariales harían explicable la rebaja en las prevenciones normales de cualquier víctima potencial frente a una estrategia engañosa (STS 422/2009, de 21-4 y 813/2009 de 7-7).

Por ello la STS. 979/2011 incide que en cuanto a la agravación específica prevista en el artículo 250.7.º del Código Penal, es cierto que el delito de estafa requiere, como vía natural del engaño, el aprovechamiento de una cierta relación de confianza, bien previamente existente o, como ocurre de ordinario, creada por la maniobra engañosa desplegada por el autor. Esta Sala ha señalado que la agravación que se examina requiere de una confianza previa, añadida a la genérica afectada ya por el engaño, de manera que el autor aproveche sus relaciones personales para su propósito defraudatorio, en ocasiones en las que esas relaciones son determinantes para debilitar la reacción que naturalmente cabría esperar de la víctima, que, precisamente por tales relaciones, no llega a producirse.

Así, se ha insistido en «... la necesidad de ponderar cuidadosamente la aplicación de esta agravación, en la medida en que en la mayor parte de los casos, tanto el engaño que define el delito de estafa como el quebrantamiento de confianza que es propio de la apropiación indebida, presentan significativos puntos de coincidencia con la descripción del tipo agravado (STS 634/2007, de 2-7). De modo que la aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales del núm. 7 del artículo 250 del Código Penal queda reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente; en definitiva, un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario tal quebrantamiento se encontraría ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa (STSS 1753/2000, de 8-11; 2549/2001, de 4-1; 626/2002, de 11-4; 890/2003, de; 383/2004, de 24-III; 813/2009, de 13-7; y 1084/2009, de 29-10).

Igualmente tiene establecido esta Sala que la confianza de la que se abusa y la lealtad que se quebranta deben estar meridianamente acreditadas, pudiendo corresponder a especiales relaciones profesionales, familiares, de amistad, compañerismo y equivalentes, pero han de ser objeto de interpretación restrictiva, reservándose su apreciación para casos en los que, verificada esa especial relación entre agente y víctima, se aprecie

manifiestamente un atropello a la fidelidad con la que se contaba (STS 371/2008, de 19-6). Junto al engaño característico del delito de estafa ha de existir alguna situación, anterior y ajena a los actos defraudatorios en sí mismos considerados, de la que abuse o se aproveche el sujeto activo para la comisión de tal delito (SSTS 1169/2006, de 30-11; 785/2005, de 14-6; y 9/2008, de 18-1)».

Partiendo de esa postura restrictiva a la admisibilidad (la apreciación es posible pero la presunción es la de incompatibilidad) en este caso se entiende que no se da ese plus por cuanto las dos características que quieren diferenciarse (era administrador de la Sociedad y por otra parte era amigo de las víctimas) vienen a superponerse y a confundirse: en una sociedad limitada con tan reducido número de socios algún tipo de cercanía es justamente la que mueve ordinariamente a designar al administrador. No se detecta un «aliud» suficiente para dotar de contenido singular al subtipo agravado; máxime a la vista de la pobreza descriptiva de la sentencia sobre ese elemento. No se detalla qué nivel de amistad existía. Dentro del genérico concepto de amistad caben muchos grados. Sociológicamente la palabra «amigo» se usa para designar muy distintos niveles de relación. Es casi redundante, «predeterminante» e insuficiente referirse de manera genérica a la «confianza» que existía entre ellos. Hablar genéricamente de «relaciones personales de amistad y confianza» es descripción muy parca y ambigua para rellenar ese plus que exige el subtipo, lo que no obsta para retomar esas relaciones como elemento individualizador de la pena que además es expresamente mencionado por el art. 249 CP (relaciones entre autor y víctima).

Sentencia 307/2013, Sala Segunda del TS, de 4 de marzo

Ponente: **Don Julián Sánchez Melgar**

Resumen: **Deslealtad profesional de abogado**

Recurso de Casación: **n.º 901/2012**

Artículo: **467 Código Penal**

Deslealtad profesional de abogado. Se analizan en la sentencia los elementos configuradores de este delito, además de recordar la doctrina constitucional relativa al alcance del principio «non bis in idem», en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Séptimo.—En el motivo quinto, y al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la vulneración del principio «non bis in idem», queja que reproduce por vía de quebrantamiento de forma, al amparo de lo autorizado en el art. 851-3.º de la propia ley adjetiva, «por cuanto en la sentencia no se resuelven todos los puntos que fueron objeto de defensa, entre ellos la existencia de una previa sanción administrativa de suspensión por parte del ICAM que no ha sido considerada».

Desde el punto de vista del quebrantamiento de forma, el motivo no puede prosperar, debiendo aplicarse aquí la propia doctrina legal que ya hemos dejado expuesta al dar respuesta casacional al primer motivo del recurso del Ministerio Fiscal.

Ahora bien, desde la perspectiva del principio «non bis in idem», en caso de concurrencia de condena penal y sanción administrativa por los mismos hechos, la solución no es la anulación de la primera, sino la aminoración de las consecuencias de la condena penal con los efectos ya cumplidos por la sanción administrativa. Esta es la solución uniforme de esta Sala Casacional, y también la del Tribunal Constitucional, como inmediatamente comprobaremos.

Así, con respecto a la infracción del principio non bis in idem el Tribunal Constitucional en reciente sentencia 48/2007, de 12 de marzo, ha recordado que, desde la STC 2/1981, de 30 de enero, el Tribunal Constitucional viene afirmando que el principio non bis in idem integra el derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora (art. 25.1 CE) a pesar de su falta de mención expresa en dicho precepto constitucional, dada su conexión con las garantías de tipicidad y de legalidad de las infracciones. La garantía de no ser sometido a bis in idem se configura, por tanto, como un derecho fundamental que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento, de modo que la reiteración sancionadora constitucionalmente proscrita puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa, o en el seno de un único pro-

cedimiento (por todas, 154/1990, de 15 de octubre, F. 3; 204/1996, de 16 de diciembre, F. 2; 2/2003, de 16 de enero, F. 3). Esta garantía material, vinculada a los principios de tipicidad y legalidad, tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada, en cuanto que un exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, creando una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializando la imposición de una sanción no prevista legalmente (por todas, SSTC 2/2003, de 16 de enero, F. 3; 180/2004, de 2 de noviembre, F. 4; 188/2005, de 4 de julio, F. 1; 334/2005, de 20 de diciembre, F. 2).

La sentencia de esta Sala Segunda 487/2007 de 29 de mayo, recuerda como la STC 334/2005, 20 de diciembre, ha vuelto a insistir en que el núcleo esencial de la garantía material del non bis in idem reside en impedir el exceso punitivo en cuanto sanción no prevista legalmente. De tal modo que no cabe apreciar una reiteración punitiva constitucionalmente proscrita cuando, aun partiéndose de la existencia de la imposición de una doble sanción en supuestos de identidad de sujeto, hecho y fundamento, en la ulterior resolución sancionadora se procede a descontar y evitar todos los efectos negativos anudados a la previa resolución sancionadora, ya que, desde la estricta dimensión material, el descontar dichos efectos provoca que en el caso concreto no concurra una sanción desproporcionada.

En similar sentido las SSTS 1207/2004 de 11.10, 225/2005 de 24.2, conforme al Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 19.5.2003, tiene declarado que el principio «non bis in idem» se configura como un derecho fundamental, integrado en el derecho al principio de legalidad en materia penal y sancionadora del art. 25.1 CE, que en su vertiente material impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento (STC 2/2003, de 16 de enero) y que, en una de sus más conocidas manifestaciones, supone que no recaiga duplicidad de sanciones —administrativa y penal— en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento, según se declaró ya en la STC 2/1981, de 30 de enero. La garantía material de no ser sometido a bis in idem sancionador tiene como finalidad evitar una reac-

ción punitiva desproporcionada, en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente.

Pero la misma jurisprudencia constitucional, admite la posibilidad de la doble sanción —penal y administrativa— en los supuestos en que, en el seno de una relación de supremacía especial de la Administración con el sancionado, esté justificado el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez la potestad sancionadora por la Administración (SSTC 2/1981, de 30 de enero, F. 4; 94/1986, de 8 de junio, F. 4; y 112/1990, de 18 de junio), siempre que en la pena resultante se compute la sanción administrativa sufrida (STS 13/2006 de 20.1).

En este mismo sentido, la STS 141/2008, de 8 de abril.

En el caso, consta que la acusada Macarena fue ya sancionada con tres meses de suspensión en el ejercicio de la abogacía por la comisión de una falta grave tipificada en el art. 85 a) del Estatuto General de la Abogacía Española (Real Decreto 658/2001, de 22 de junio), lapso temporal que ha de ser descontado de lo sancionado en la sentencia recurrida, por lo que, en este sentido, se estimará este recurso, dictándose, a continuación de ésta, segunda sentencia.

Octavo.—En el motivo tercero, formalizado por estricta infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el autor del recurso denuncia indebida aplicación del art. 467.2 del Código Penal.

En el desarrollo del motivo, únicamente se transcriben una serie de sentencias de las Audiencias Provinciales, y la única de esta Sala Casacional, que es la número 964/2008, de 23 de diciembre, en realidad no trata del problema que parece suscitar el recurrente, pues puede leerse en ella la problemática derivada de la calificación jurídica de la conducta de un letrado en ejercicio que hace suyas cantidades de dinero que tenía que entregar a su cliente, lo que no es, ciertamente, el objeto de esta censura casacional.

Solamente al final del motivo se atisba la razón de su planteamiento, al reprochar el autor del recurso que en el caso enjuiciado no ha existido «ningún perjuicio a las denunciadas», que es la cuestión nuclear de este recurso de casación.

Que en el caso se ha producido un perjuicio, resulta evidente. La acusada recibió el encargo de iniciar un procedimiento judicial mediante el cual cada una de las integrantes del matrimonio formado por las denunciadas pretendían adoptar al hijo biológico de la otra, es decir, una acción de estado civil, y tal demanda no se presentó por la abogada, a pesar del tiempo transcurrido y las excusas expuestas por la misma.

El tipo penal no puede integrarse por el modo cómo el letrado ejerce su encargo, salvo en casos límite, porque no es función del derecho penal controlar la disciplina de trabajo de tal profesional, sino la causación de un perjuicio a su cliente, desde la vertiente de colaborador con la Administración de Justicia, a tenor del bien jurídico protegido que ampara la sanción penal y la ubicación del precepto en la sistemática del Código Penal.

Así, con la STS 1326/2000, de 14 de julio, hemos de señalar que el art. 360 del CP/1973, castigaba al Abogado o Procurador que, con abuso malicioso de su oficio, o negligencia o ignorancia inexcusable, perjudicase a su cliente o descubriese sus secretos, habiendo tenido conocimiento de ellos en el ejercicio de su profesión. El art. 467.2 del CP/1995, más favorable por restrictivo, y de obligada observancia por consiguiente, sanciona penalmente al Abogado o Procurador que, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados, añadiendo también el tipo culposo por imprudencia grave. A su vez, este delito ha sido dividido en un tipo doloso y otro culposo, antes unificados por la misma pena y ahora diferenciados en los párrafos primero y segundo del art. 467.2 que establecen penas distintas para la modalidad dolosa y la culposa. Cabe añadir que, siendo la definición del delito en cuestión que ofrece el art. 467.2 más precisa y respetuosa con el principio de legalidad que la del art. 360, aquélla deberá ser utilizada hoy para la interpretación del precepto derogado cuando el mismo deba ser aplicado, sin perjuicio naturalmente de que la norma vigente sea aplicada cuando resulte más favorable al reo. Será necesario, en consecuencia, para que la conducta de un abogado o procurador sea hoy subsumible en el tipo de causación de perjuicio al cliente, que el agente, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados. Este es, pues, el elemento objetivo del delito: causación, por acción u

omisión, de un perjuicio manifiesto a los intereses que han sido encomendados al profesional.

El tipo penal, pues, requiere como elementos integradores: a) que el sujeto activo sea un abogado o un procurador, esto es, se trata de un delito especial; b) desde el punto de vista de la dinámica comisiva, que se despliegue una acción u omisión, que en ambos casos derivará en un resultado; c) como elemento objetivo, que se perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados; y d) desde el plano de culpabilidad, un comportamiento doloso, en el que debe incluirse el dolo eventual, según se expone en la Sentencia citada anteriormente, o bien un comportamiento culposo, en el que concurra «imprudencia grave».

Es evidente que la razón de la incorporación del precepto en la ley penal es la incriminación de aquellas conductas más intolerables, desde el plano del ejercicio de las profesiones jurídicas indicadas, ya que, si así no fuera, por el carácter subsidiario y de intervención mínima del Derecho penal, los comportamientos ilícitos en el desempeño de tales profesiones integrarían bien una conculcación de las normas colegiales de actuación profesional, bien la exigencia de responsabilidad civil por su desempeño con culpa, apreciada por la jurisdicción de dicho orden, en donde se repararán los perjuicios ocasionados, en su caso. De manera que no de otra forma puede explicarse que el legislador de 1995 haya adjetivado al «perjuicio» del art. 360 del CP/1973 la mención «perjuicio de forma manifiesta» los intereses que le fueren encomendados. Solamente ese plus en la antijuridicidad puede integrar el tipo penal que interpretamos.

En orden al perjuicio, será ordinariamente patrimonial o que pueda tener una traducción en este orden, y así se recoge en la jurisprudencia de esta Sala, pero puede ser también ser moral (Sentencia de 17 de diciembre de 1997, con cita de las de 4 de julio de 1968, 3 de abril de 1974 y 11 de abril de 1977).

En este caso, esto es lo que sucede, pues la falta de iniciación del proceso, dada la materia sobre la que versaba el mismo, supone un plus de antijuridicidad, que colma las exigencias de un perjuicio manifiesto.

Desde el plano de los precedentes, la STS 833/2006, de 24 de julio, trata de un supuesto en el que se encubre la falta de quehacer profesional, es decir, la inactividad del recurrente, el cual «llegó a intentar encubrir su incuria entregando las fotocopias de una Sentencia y una Providencia judicial falsas».

O la STS 819/2006, de 14 de julio, en donde se sostiene la compatibilidad de este delito con el de falsedad, como ocurre en el caso enjuiciado. Y es que, como se mantiene en la misma, «en el caso de deslealtad profesional se incluye cualquier conducta que le sea exigible sin necesidad de que esta acción u omisión se realice coadyuvada por otros hechos delictivos que en todo caso estarían en concurso y no superpuestos. El acusado omitió sus deberes profesionales de Abogado y para hacer frente a sus reclamaciones, cuando ya se había consumado el delito de deslealtad en el marco del proceso. Esta omisión perjudicial se añade, como elemento a sumar, un delito de falsedad».

En consecuencia, el motivo no puede ser estimado.

Sentencia 215/2013, Sala Segunda del TS, de 5 de marzo

Ponente: **Don Luciano Varela Castro**

Resumen: **Citación del tercero civilmente responsable**

Recurso de Casación: **n.º 887/2012**

Artículos: **24 CE, 615, 784 y 786 LECrim**

Responsable civil: falta de emplazamiento en forma, sin que pueda considerarse tal el mero requerimiento para afianzar, y privación al tercero civilmente responsable de su oportunidad para emitir escrito de contestación que determina la nulidad del juicio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—1. En el primero de los motivos denuncia el recurrente, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que la entidad «Centro de Mayores La Estrella de Cáceres SL» no compareció en el procedimiento, pese a que contra ella se abrió el juicio oral, ni fue citada a juicio en legal forma, ni la sentencia recurrida decide nada sobre la pretensión de que se declarase su responsabilidad civil subsidiaria.

(...).

4. Ninguna parte discute, se efectuara o no emplazamiento, que la persona jurídica respecto de la cual se abrió el juicio oral en calidad de responsable civil subsidiaria no llegó a personarse en el procedimiento, con representación de Procurador ni defensa de Letrado. Ni tales profesionales le fueron asignados de oficio. Respecto a la necesidad de tal presencia en el procedimiento es de subrayar que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no la equipara a la de la parte penal. No solamente porque en el artículo 784.1 de la misma no se prevé la designación de oficio de representación y defensa para el caso de no ser designado por la persona responsable civil. Más determinadamente porque el artículo 786.1 párrafo último ordena seguir el juicio, si fue debidamente citada la responsable civil, aunque ésta no comparezca.

Ahora bien, ese régimen procesal no releva de la oportunidad de la que ha de disponer para llevar a cabo la personación efectiva en el proceso. Y ello no solamente para conjurar toda indefensión de esa parte. También porque, precisamente la proscripción de esa indefensión, supondría la imposibilidad de su condena, lo que acarrearía un déficit en la tutela judicial de quien formula pretensiones civiles contra ella.

Lo que hace necesario comprobar que el emplazamiento ha tenido lugar en términos que alejen toda duda sobre su corrección procesal y adecuada inteligencia por la destinataria de los actos de comunicación con los que se lleva a cabo el emplazamiento.

Los antecedentes expuestos ponen de manifiesto que a la entidad «Centro de Mayores La Estrella SL» se le requirió para que afianzara

una responsabilidad civil, pero no consta que se le diera traslado de los escritos de acusación y, menos aún, que se le emplazara a los efectos de que llevara a cabo el oportuno personamiento representada por Procurador y asistida de Letrado.

Y el defecto se mantuvo contumazmente pese a la denuncia de parte interesada. Lo que haría inviable cualquier eventual condena, como así se evitó en la sentencia ahora recurrida, dando lugar a una flagrante infracción del derecho de la acusación a la tutela judicial, correlativa de la defensa que había de garantizarse a la persona contra la que se formulaba la demanda de responsabilidad civil.

(...)

Y lo que procede, como única respuesta a la naturaleza de la infracción constatada, —vulneración de la garantía de tutela judicial sin indefensión del artículo 24 de la Constitución— es la reposición del procedimiento, a fin de que la llamada como responsable civil pueda defenderse y la acusación obtener el procedimiento que haga posible la tutela de su pretensión a que se decida sobre la responsabilidad civil de la entidad tercera. Lo que ha de hacerse por Tribunal integrado por personas diversas de las que decidieron la sentencia aquí recurrida.

5. Ciertamente también concurre la segunda infracción denunciada: falta de citación de la responsable civil.

De los antecedentes que expusimos, a la vista de lo actuado, la citación se hace de una persona física y en calidad de imputada. En la diligencia en ningún caso se expresa que se cita a Doña Eufrasia como representante de la persona jurídica. Muy al contrario se le califica de imputada.

No obstante en nada resulta ello relevante porque, siendo el defecto esencial el de haber privado a la responsable civil del trámite de contestación por su defensa a los términos de la acusación, esa deficiencia anterior exige ya la enmienda reponiendo a tal trámite el procedimiento.

Y lo mismo cabe decir de la tercera deficiencia denunciada: la omisión de pronunciamiento sobre esa responsabilidad civil solicitada por la acusa-

ción. Esta deriva del silencio que guarda la sentencia de instancia sobre la existencia de una parte a

la que contumazmente se le ocultó la pretensión y el procedimiento seguido sobre la misma.

Sentencia 279/2013, Sala Segunda del TS, de 6 de marzo

Ponente: **Don Alberto Jorge Barreiro**

Resumen: **Tráfico de drogas y blanqueo**

Recurso de Casación: **n.º 643/2012**

Artículos: **8, 73, 301 y 368 Código Penal**

Tráfico de drogas y blanqueo. Se resume la jurisprudencia en materia de la punibilidad o no del «autoblanqueo», con los criterios cambiantes, el Acuerdo de Sala del año 2006 y la reforma penal de 2010.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Noveno.—En el motivo decimosegundo, y por el cauce procesal del art. 849.1.º de la LECr., alega la parte recurrente la infracción del art. 301.1 y 2 del C. Penal, al no darse el supuesto del delito de blanqueo de capitales.

La tesis exculpatoria de la parte recurrente se fundamenta en que, habida cuenta de que el acusado es autor del tráfico de sustancias estupefacientes mediante el que obtuvo el dinero blanqueado, es claro, dice la defensa, que su conducta vendría a constituir un autoencubrimiento impune o un agotamiento del delito de tráfico de drogas, por el que ya fue condenado en Italia. Y cita varias sentencias de esta Sala que siguen un argumento similar.

La defensa centra así su impugnación jurídica en sostener que estamos ante un supuesto de lo que se conoce como «autoblanqueo», de forma que es el mismo autor del delito previo de tráfico de drogas el que aflora personalmente y también a través de terceras personas el dinero que obtuvo con el tráfico de sustancias estupefacientes, y como ya fue condenado por este en Italia, la conducta correspondiente al delito de blanqueo de capitales debería quedar impune.

Sobre los supuestos de «autoblanqueo» es claro que la doctrina de esta Sala se ha mostrado poco uniforme en el criterio aplicado en el curso de los años. De todas formas, se pueden distinguir desde una perspectiva global dos etapas diferentes.

Una primera, que comprendería hasta el año 2006, en la que predominó el criterio de la absolución en los supuestos de autoblanqueo; y una segunda desde el año 2006 en adelante, en que la regla se invirtió y ya resultó claramente mayoritaria la opción incriminatoria.

En la primera etapa (hasta el año 2006) se acogió más bien la tesis de que el «autoblanqueo» no debía ser castigado, fundamentándolo en que se trataba de actos copenados que tenían que quedar absorbidos (principio de consunción) en el delito previo de tráfico de drogas. En otras ocasiones se alegaba directamente la vulneración del principio *ne bis in ídem*, y en algún caso se atendió también al criterio de interpretación gramatical restrictiva del art. 301 en favor del reo. Dentro de esta primera etapa pueden citarse las siguientes sentencias: 1584/2001, de 18 de septiembre; 575/2003, de 14 de abril; 1071/2005, de 30 de septiembre; 1597/2005, de 21 de diciembre; 550/2006, de 24 de mayo; 986/2006, de 19 de junio; 115/2007, de 22 de enero. Y también siguiendo esta línea absolutoria está la sentencia 637/2010, de 28 de junio.

La segunda etapa, favorable al criterio de tipicidad y punición del «autoblanqueo», puede considerarse que se inicia, dejando al margen algún precedente anterior, en el año 2005 y se acentúa a partir del año 2006 con motivo del Pleno no jurisdiccional celebrado el 18 de Julio de 2006, en el que se acordó lo siguiente: «El Art. 301 Código

Penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente».

Aunque el acuerdo adoptado en ese Pleno no jurisdiccional mostraba un grado importante de ambigüedad, lo que propició que se prosiguiera dictando alguna resolución en la línea de no castigar los supuestos de autoblanqueo, lo cierto es que ya a partir del año 2005 comenzó a predominar de forma clara el criterio de la punición. Los argumentos no siempre fueron claros ni explícitos. Se habla de la tutela de un bien jurídico autónomo al tratarse de un delito contra el orden socioeconómico, aunque sin mucha concreción, y también se acude a la normativa comunitaria para estrechar la punición de cualquier aprovechamiento del hecho delictivo por parte de los traficantes de drogas. Asimismo se hace referencia en otras ocasiones a la pretensión del legislador de reforzar la punición de todo el ciclo económico de los delitos graves, especialmente de aquellos que se cometen por organizaciones.

En esa nueva etapa de punición clara del «autoblanqueo» pueden citarse, remontándonos ya a las primeras sobre la materia, las siguientes sentencias: 1293/2001, de 28 de julio; 1070/2003, de 22 de julio; 1359/2004, de 15 de noviembre; 1597/2005, de 21 de diciembre; 449/2006, de 17 de abril; 1260/2006, de 1 de diciembre; 483/2007, de 4 de junio; 57/2008, de 25 de enero; 145/2008, de 8 de abril; 960/2008, de 26 de diciembre; 737/2009, de 6 de julio; 313/2010, de 8 de abril; 796/2010, de 17 de septiembre; 811/2012, de 30 de octubre; 884/2012, de 8 de noviembre; 997/2012, de 5 de diciembre; y 974/2012, de 5 de diciembre.

La reforma del C. Penal por LO 5/2010, de 20 de junio, ha venido a confirmar la línea jurisprudencial que aplicaba el concurso real de delitos de tráfico de drogas y de blanqueo de capitales, toda vez que ha establecido en el art. 301.1 del C. Penal que la actividad ilícita de donde proceden los bienes aflorados puede haber sido cometida por el propio autor del blanqueo o por un tercero.

Así las cosas, y al seguir ubicado el precepto dentro de los delitos contra el orden socioeconómico, ha de entenderse que el bien jurídico se halla comprendido en ese ámbito. Se ha dicho por la doctrina que el orden socioeconómico más que un bien jurídico sería un objetivo político criminal, lo que unido a su naturaleza supraindividual dificultaría con su abstracción la concreción del bien tutelado por la norma. Sin embargo, ha de entenderse que dentro del orden socioeconómico existen intereses concretos susceptibles de ser tutelados materialmente por el sistema punitivo, tales como el interés del Estado en controlar el flujo de capitales procedentes de actividades delictivas ejecutadas a gran escala y que pueden menoscabar el sistema económico, y que afectan también al buen funcionamiento del mercado y de los mecanismos financieros y bursátiles.

Mayores dificultades se hallarían para penar el «autoblanqueo» en el caso de que entendiéramos que el bien jurídico tutelado por el tipo penal es la Administración de Justicia, al sopesar que el autor oculta o encubre bienes obtenidos mediante actos punibles cuya investigación quedaría frustrada. Pues entonces sí que habría de aplicarse para el autor del delito previo al de blanqueo la doctrina del autoencubrimiento impune, que dejaría en cambio de operar en cuanto se estimara que el art. 301 del C. Penal protege otros bienes jurídicos a mayores diferentes de la Administración de Justicia.

Mayores dificultades se hallarían para penar el «autoblanqueo» en el caso de que entendiéramos que el bien jurídico tutelado por el tipo penal es la Administración de Justicia, al sopesar que el autor oculta o encubre bienes obtenidos mediante actos punibles cuya investigación quedaría frustrada. Pues entonces sí que habría de aplicarse para el autor del delito previo al de blanqueo la doctrina del autoencubrimiento impune, que dejaría en cambio de operar en cuanto se estimara que el art. 301 del C. Penal protege otros bienes jurídicos a mayores diferentes de la Administración de Justicia.

Sentencia 204/2013, Sala Segunda del TS, de 14 de marzo

Ponente: **Don Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

Resumen: **Delito provocado**

Procedimiento abreviado: **n.º 1228/2012**

Artículos: **24 CE, 368 y 369 Código Penal**

Delito provocado. Partiendo de la STEDH de 1 de marzo de 2011, se resume la doctrina jurisprudencial en torno a la categoría conocida como «delito provocado», cuya admisión en el caso da lugar a la absolución de los condenados en la instancia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—En el primer motivo alega que los hechos deben considerarse dentro de lo que se conoce como delito provocado.

1. El TEDH, en su STEDH de 1 marzo 2011, Caso Lalas contra Lituania, en la que recogía doctrina establecida en anteriores resoluciones, recordaba en el fundamento jurídico n.º 42, que, tal como se había establecido en la STEDH en el caso Ramanauskas contra Lituania, de 5 de febrero de 2008,: «Se considera que ha tenido lugar una incitación por parte de la policía cuando los agentes implicados —ya sean miembros de las fuerzas de seguridad o personas que actúen según sus instrucciones— no se limitan a investigar actividades delictivas de una manera pasiva, sino que ejercen una influencia tal sobre el sujeto que le incitan a cometer un delito que, sin esa influencia, no hubiera cometido, con el objeto de averiguar el delito, esto es, aportar pruebas y poder iniciar un proceso».

En la citada STEDH Ramanauskas contra Lituania, afirmaba que (54) «... el interés público no podría justificar la utilización de datos obtenidos tras una provocación policial», pues tal forma de operar es susceptible de privar definitivamente al acusado de su derecho a un proceso equitativo.

2. Advertía esta Sala en la STS de 20 febrero 1991, que «El problema del tratamiento jurídico penal que corresponda al delito provocado en general y, en particular, a la provocación policial para la comisión de un delito, que tan poca atención ha merecido al derecho positivo comparado y que tan sólo se la dispensaron la Doctrina Científica y la Jurisprudencia, es, sin duda, un problema de política criminal, que como tal, se halla íntimamente enlazado o enraizado con el sistema político general imperante en cada país, por ello, no puede recibir el mismo tratamiento en aquellos países en los que impera un régimen autoritario en los que en el campo del Derecho Penal, prima el aspecto o la actividad represiva so pretexto de la seguridad que en aquellos países, como el nuestro, en los que se halla implantado un régimen o un Estado Social y Democrático de Derecho, del que son ingredientes esenciales

del sistema el principio de legalidad y la interdicción de la posible arbitrariedad de los poderes públicos, como expresamente se proclama en el n.º 3.º del art. 9 de la Constitución y en los que, como consecuencia, se elevan a principios constitucionales los de respeto a la dignidad de la persona y a su absolutamente libre y espontánea determinación, proscribiendo toda acción coactiva sobre la voluntad ajena así como la utilización de procedimientos ilícitos o éticamente reprobables aunque su finalidad fuere la de llegar a lograr la mayor efectividad en el cumplimiento de las leyes atinente a la prevención y represión de la delincuencia, o sea, que la absoluta legalidad o licitud es exigible tanto para los fines como para los medios utilizados para lograrlos».

Esta doctrina ha sido mantenida con posterioridad en sus líneas básicas. En la STS n.º 863/2011 se decía que el delito provocado «... según una consolidada doctrina de esta Sala de Casación, aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un colaborador de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad, que, guiado por la intención de detener a los sospechosos o de facilitar su detención, provoca a través de su propia y personal actuación engañosa la ejecución de una conducta delictiva que no había sido planeada ni decidida por aquél, y que de otra forma no hubiera realizado, adoptando al propio tiempo las medidas de precaución necesarias para evitar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido (por todas, SSTS n.º 24/2007, de 25 de Enero, y n.º 467/2007, de 1 de Junio)».

Al tiempo, se niega la existencia del delito provocado cuando la actuación policial haya tenido lugar incidiendo sobre una conducta ya existente que permaneciera oculta. Esta posibilidad es frecuente cuando se trata de delitos como el de tráfico de drogas, que se desarrollan sobre la base de conductas muy variadas entre las cuales está la mera tenencia con destino al tráfico, que ya supone la consumación. En consecuencia, cuando la actuación policial pone de relieve la existencia de una tenencia o de un poder de disposición sobre la droga con destino al tráfico, no puede apreciarse la

existencia de delito provocado, pues simplemente se ha hecho aflorar algo previamente existente e independiente de la referida actuación policial.

Doctrina mantenida sustancialmente, entre otras, en las SSTs 1233/2000; 313/2010; 690/2010; 1155/2010, y 104/2011.

En distintos precedentes se ha estimado la existencia de tal clase de actuaciones incitadoras de una conducta delictiva que no se ha podido demostrar que hubiera tenido lugar de no haber mediado la incitación realizada por el agente provocador o por alguien que actuara en connivencia con el mismo, lo que ha conducido en esos casos a la absolución de los recurrentes, extendiendo los efectos de la estimación a los no recurrentes.

En la STS n.º 1552/2002, se aprecia delito provocado en tanto que se considera que no está probado que el acusado tuviera en su poder o bajo su disposición la droga antes del acuerdo con quien opera como agente provocador en connivencia con la policía.

En la STS n.º 1366/1994, al igual que en el caso anterior, se entiende que no hay prueba de que los acusados tuvieran en su poder la droga antes de la intervención del agente provocador.

Por el contrario, parece que se hicieron con ella «... tras los contactos mantenidos con el agente, que se presentaba como dispuesto a la adquisición de una importante cantidad de hachís», por lo que se aprecia delito provocado y se acuerda la absolución de los recurrentes y de los no recurrentes.

Se dice textualmente en esta sentencia que «No hay constancia de que los inculpados poseyeran ya la dicha droga con anterioridad y de que, mediante la intervención del agente encubierto, aflorara y se descubriera esa previa posesión, antes bien lo que se desprende de los hechos es que los acusados, tras los contactos mantenidos con el agente, que se presentaba como dispuesto a la adquisición de una importante cantidad de hachís, se procuraron esa droga en la cantidad expresada y con el propósito de obtener ganancias económicas como retribución de su intermediación por la adquisición por el que se presentaba como interesado en su compra...».

Y en la STS n.º 1672/1992, se considera delito provocado cuando la acción de los intermediarios entre el agente provocador y los propietarios de la droga tiene lugar solo tras la intervención del primero.

Sentencia 291/2013, Sala Segunda del TS, de 14 de marzo

Ponente: **Don Joaquín Giménez García**

Resumen: **Intervenciones telefónicas. Hallazgo casual**

Recurso de Casación: **n.º 1103/2012**

Artículo: **579 LECrim**

Se analiza la problemática que plantean los supuestos en que con motivo de una intervención telefónica se revelen datos que indiquen la comisión de un delito diverso y el modo corrector de proceder en tales casos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El recurso formalizado por el Ministerio Fiscal está desarrollado a través de un único motivo que por la vía de la vulneración de derechos constitucionales denuncia quiebra del derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva.

En la argumentación del motivo se nos dice que en el marco de las D.P. 124/2010 del Juzgado de Cangas de Onís por presunto delito de homicidio se acordó la intervención del teléfono de Apolonio, y en el curso de tal intervención aparecieron datos que pudieran referirse a que el insinuado, pudiera estar dedicándose a la venta de

drogas por lo que se comunicó tal circunstancia al Juzgado quien amplió la intervención a tal delito aperturando nuevas Diligencias Previas, las n.º 594/2010. Siendo correcta la decisión, el Tribunal sentenciador estima que el Juzgado instructor omitió toda referencia a la extensión de la intervención de forma motivada, lo que motivó la nulidad de tal intervención y consiguiente absolución, de la que discrepa el Ministerio Fiscal.

Frente a la decisión del Tribunal sentenciador, estima el Ministerio Fiscal que la ampliación de la intervención telefónica al nuevo delito, acordada en nuevas diligencias previas independientes de las iniciales, fue válida, y por tanto no procedía la nulidad acordada, solicitando la estimación del recurso, y con el la nulidad de la sentencia recurrida, con devolución de la causa al Tribunal de procedencia para valoración del contenido de las intervenciones telefónicas y resto del material probatorio dictándose nueva sentencia.

(...)

Cuarto.—(...) Son dos los argumentos alegados en la sentencia para estimar nulas las intervenciones telefónicas, ambos argumentos van unidos con el nexo común de falta de control judicial.

El primero es que, sic «...solo podría continuar con la intervención existente en una investigación bajo el amparo de un nuevo auto judicial motivado que específicamente la ordenase...».

El Ministerio Fiscal cuestiona tal exigencia estimando que la doctrina de la Sala no exige tal requisito de dictar un nuevo auto específico que supondría la existencia de dos autos distintos de intervención para el mismo teléfono intervenido.

Se comparte totalmente la argumentación del Ministerio Fiscal que coincide con la doctrina de la Sala que solo exige que cuando en el marco de una investigación con intervención telefónica en averiguación de un delito, aparece otro diferente, de acuerdo con el principio de especialidad delictiva en la investigación debe comunicarse el hallazgo al Juez instructor y éste ampliar la investigación al nuevo delito sin que se exija la formalidad de dictar nuevo auto, de intervenciones telefónicas, máxime cuando ocurre en el presente caso, el Juzgado que investiga es el mismo, tramitándose ambas Diligencias Previas —las iniciales 124/2010 y las posterior-

res 524/2010— en el mismo Juzgado de Instrucción de Cangas de Onís, el único existente en dicho partido judicial.

De la doctrina de la Sala retenemos las siguientes referencias jurisprudenciales:

STS 60/2012 de 8 de Febrero:

«...El principio de especialidad, en principio, justifica la intervención solo al delito investigado, pero especial mención —decíamos en la STS 497/2010, de 22-5— merecen ya en la fase de ejecución de la medida interventora de las comunicaciones telefónicas, los llamados en la doctrina «descubrimientos ocasionales», o «casuales», relativos a hechos nuevos (no buscados, por ser desconocidos en la investigación instructora en la que irrumpen) bien conexos, bien inconexos con los que son objeto de la causa y que pueden afectar al imputado y/o terceras personas no imputadas en el procedimiento, titulares o no del teléfono intervenido.

La solución jurídica relativa a estos descubrimientos ocasionales no es uniforme en la doctrina y así en la STS 25/2008, distinguíamos:

1.º) Si los hechos descubiertos tienen conexión —artículo 17 LECriminal—, con los que son objeto de procedimiento instructorio, los hallazgos surtirán efectos tanto de investigación cuanto, posteriormente, de prueba.

2.º) Si los hechos ocasionalmente conocidos no guardasen esa conexión con los causantes del acuerdo de la medida y aparentan una gravedad penal suficiente como para tolerar proporcionalmente su adopción, se estimarán como mera «notitia criminis» y se deducirá testimonio para que se inicie el proceso correspondiente.

Por tanto, rige el principio de especialidad que justifica la intervención sólo al delito investigado, pero los hallazgos delictivos ocasionales son «notitia criminis», sin perjuicio de que en el mismo o en otro procedimiento se amplíe o no la medida de seguir investigando el nuevo delito...».

(...)

En el presente caso, vista la naturaleza del nuevo delito —tráfico de drogas— se aperturó unas nuevas Diligencias Previas al no existir conexidad delictiva con el delito inicial —homicidio—, y se iniciaron tales diligencias nuevas con

testimonio del inicial auto de intervención telefónica que lo era por tal delito de homicidio, pero a las nuevas diligencias se llevó testimonio junto al auto de intervención inicial, de las conversaciones intervenidas en las que aparecía el nuevo delito de tráfico de drogas, con ello se cumplió con el deber de especialidad y se amplió la investigación al nuevo delito sin que se exija el dictado de un nuevo auto. Solo cuando con posterioridad, y a la vista de las nuevas conversaciones intervenidas en relación al tráfico de drogas se solicitó la prórroga de la intervención telefónica, el Juez instructor en el auto de prórroga ya citó expresamente el delito de tráfico de drogas al acceder a la prórroga, y con base en el contenido de tales conversaciones intervenidas, lo que patentiza que sí hubo control

judicial, tanto desde el principio en que se procedió a la apertura de las nuevas Diligencias Previas, como cuando se procedió a la prórroga.

(...)

En definitiva, lo esencial es que exista conocimiento temporáneo por parte del Juez del nuevo delito, y ya en las mismas diligencias o en otras, autorice la investigación con base en lo hallado en la investigación inicial, como aquí se hizo, y luego caso de prórroga, ya cite expresamente el nuevo delito.

En conclusión, la denuncia de falta de control judicial alegada por el Tribunal de instancia no se acredita. Más bien lo justificado es lo contrario, que sí existió tal control efectivo.

Sentencia 213/2013, Sala Segunda del TS, de 14 de marzo

Ponente: **Don Francisco Monterde Ferrer**

Resumen: **Responsabilidad civil subsidiaria**

Recurso de Casación: **n.º 688/2012**

Artículos: **120, 121, 248, 390 y 392 Código Penal**

Responsabilidad civil subsidiaria. En un delito continuado de estafa en concurso con otro de falsedad documental, cometido por empleado de entidad bancaria, se analiza el alcance de la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad bancaria.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El primer motivo, se formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1.º de la LECr, por inaplicación indebida del art 120.3 CP.1.

Entienden los recurrentes que debe declararse la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad Banco Popular Español, al concurrir todos los requisitos o elementos exigidos para ello por el precepto sustantivo, dado el vínculo entre el acusado (contrato mercantil de Agente Financiero) y la entidad Banco de Andalucía, absorbida por el Banco Popular, habiéndose prevalido de tal condición el acusado para captar los ahorros de los afectados. La actividad del acusado contaba con la anuencia y conformidad del banco que le nombró Agente, y la actividad fraudulenta llevada a cabo,

se encontraba dentro del ejercicio normal o anormal de sus funciones, en este caso de captación de clientes y suscripción de contratos de depósito a corto plazo.

En primer lugar, se ha producido una infracción de carácter penal por un Agente Financiero y se ha dictado en el procedimiento un pronunciamiento penal condenatorio.

En segundo lugar, el delito se ha cometido por un Agente Financiero cuya figura se incardina entre las previstas en el tipo penal: «empleados o dependientes, representantes o gestores».

2. Con objeto de clarificar la cuestión debatida, debemos recordar que la responsabilidad civil por el hecho ajeno responde en nuestro derecho a tres criterios de imputación:

A) La culpa. Así, el art 118 CP obliga a responder a los que tengan a un inimputable bajo su potestad o guarda «siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte».

B) La culpa presunta. La responsabilidad subsistirá, mientras el presunto responsable no pruebe que actuó con toda diligencia en la prevención y evitación del daño. Así el art. 1903 del CC cuando indica que «la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para evitar el daño».

C) Responsabilidad vicaria. La expresión de origen anglosajón alude a que se responde de los hechos ajenos como si fueran propios, como si hubieran sido ejecutados en nuestro nombre. Es una responsabilidad que no admite excusa, y, por tanto, objetiva.

Junto a ello, también puede ser clarificador que examinemos el fundamento de cada responsabilidad:

— En la responsabilidad por culpa, en primer lugar, hay una función indicativa, de tal modo que se denota que las facultades que tiene atribuida el responsable en su relación con el causante del daño no se agotan en su relación particular sino que también deben ejercitarse erga omnes y no sólo inter partes. En segundo lugar, de modo específico para la responsabilidad civil ventilada en el proceso penal, se pretende expresar, que, de entre todos los posibles culpables, en sentido civil, de un daño, ese y sólo ese puede ser traído al proceso penal.

— En la responsabilidad por culpa presunta, la justificación se puede encontrar en el principio de «normalidad», y también puede fundarse en la «facilidad probatoria», pero dado que la contraprueba que puede ofrecer el presunto responsable no coincide exactamente con la mera prueba de su diligencia, parece que nos adentramos en la responsabilidad objetiva. De ahí que suela decirse que la jurisprudencia civil ha dotado de tintes objetivos a la responsabilidad del empresario (art. 1903.4 CC) cuando, acreditadas por éste considerables medidas preventivas, le dice que la mera producción del siniestro demuestra que no se agotó la diligencia y que las medidas adoptadas no fueron suficientes para precaver el daño.

— En la responsabilidad objetiva, hay un fundamento multiforme, una distinta perspectiva del hecho dañoso. El análisis propio de la responsabilidad subjetiva es microscópico y consiste en aislar el hecho dañoso para examinar si, en ese caso y concretas circunstancias, el responsable pudo prevenir los daños y hacer algo para evitarlos. Si en relación al delito o falta cometidos ciertos sujetos han incurrido en algún error en la dirección, preparación o control del responsable penal.

La perspectiva de la responsabilidad objetiva, en cambio, se dice que es panorámica, en cuanto que no mira al suceso concreto y lo que pudo hacerse para evitarlo, y extiende temporal, objetiva y subjetivamente el foco, viniendo a examinar si el responsable no era quien estaba en mejores condiciones para, modificando alguna decisión organizativa, disminuir o aumentar de forma relevante la probabilidad de daño.

Es el caso de la responsabilidad de la empresa por el hecho de los empleados del art 120.4 CP, siendo vicaria y de carácter objetivo, pues no admite, como hace el CC, ninguna prueba liberatoria del empresario fundada en su comportamiento diligente. La empresa atrae formas de responsabilidad objetiva, en cuanto que es capaz de influir sobre las grandes cifras del riesgo a través de múltiples decisiones de gestión de sus elementos personales y materiales, que, además, adoptará bajo los principios de optimización o máximo beneficio propios de la empresa. Además, esos mismos principios le servirán para internalizar los costes de la responsabilidad o asegurarlos sin excesiva dificultad.

Concretamente, el art. 120.4 CP considera que «son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente:

4.º) Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios».

3. La interpretación de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la existencia de la responsabilidad se efectuaba, en la Jurisprudencia basada en el CP anterior (SSTS 1 de abril de 1979,

29 de noviembre de 1982, 19 de junio de 1991, 28 de septiembre de 1994, 17 de julio de 1995 y 23 de abril, entre otras), con un criterio amplio, apoyándose la fundamentación de la responsabilidad civil subsidiaria no sólo en los pilares y tradicionales de la «culpa in eligendo e in vigilando» (sino también y sobre todo en la teoría del riesgo, conforme al principio «qui sentire commodum, debet sentire incommodum»).

Así por ejemplo, la STS de 30-3-1989 señala que esta responsabilidad se fundamenta «en la idea de riesgo para imputar a quien lo crea, mediante un servicio que le reporta utilidad beneficio o simple comodidad, los eventos perjudiciales derivados, y en esta línea interpretativa se ha entendido que la relación de dependencia o servicio que vertebró la aplicación de la norma legal puede ser laboral o no, y es indiferente que sea gratuita o remunerada, permanente o transitoria; exige empero un acuerdo de voluntades mínimo, en virtud del cual la actividad o actuación del responsable penal queda sometida a la posible intervención del principal mediante órdenes e instrucciones, lo que mediatamente conecta con la existencia de culpa in eligendo o in vigilando, debiendo subrayarse este punto para matizar ciertas afirmaciones de responsabilidad objetiva o in re ipsa frecuentes en las resoluciones judiciales».

Más modernamente, la jurisprudencia de esta Sala a propósito de esta responsabilidad, (Cfr. STS. 1096/2003, SSTS 239/2010 de 24.3, y 1036/2007 de 12-12; STS 27-6-2012, n.º 569/2012) precisa que su razón de ser se encuentra en el principio de derecho según el cual, quien obtiene beneficios de un servicio que se le presta por otro, debe soportar también los daños ocasionados por el mismo (principio «cuius commoda, eius est incommoda»), subrayando la evolución de dicho fundamento desde la culpa «in vigilando» o «in eligendo» hasta una suerte de responsabilidad objetiva, siempre que concurren los siguientes elementos:

a) existencia de una relación de dependencia entre el autor del ilícito penal y el principal, ya sea persona jurídica o física, bajo cuya dependencia se encuentre, sin que sea preciso que la misma tenga carácter jurídico, sea retribuida o permanente, bastando que la actividad así desarrollada cuente con la anuencia o conformidad del principal, sin

que por tanto la dependencia se identifique con la jerárquica u orgánica siendo suficiente la meramente funcional; y,

b) que el delito que genera la responsabilidad se haya inscrito dentro del ejercicio, normal o anormal, de las funciones así desarrolladas por el infractor, perteneciendo a su ámbito de actuación (SSTS, entre muchas, 2422/01 o 1033 y 1185/02)».

A primera vista, podría pensarse que la relevancia criminal de la conducta del empleado la aleja, normalmente, de las funciones que le son propias, pero ello no siempre es así, debe descartarse una interpretación estricta del precepto, de tal manera que cualquier extralimitación o desobediencia del empleado pueda considerarse que rompe la conexión con el empresario. Pero también debe descartarse que el empresario deba responder de todos los actos del empleado, sin atender a que los mismos tengan alguna relación con su trabajo. Relación que según los casos, habrá de atender al dato espacial (el hecho delictivo tiene lugar en las instalaciones de la empresa), temporal (en el horario o tiempo de trabajo); instrumental (con medios de la empresa); formal (con uniforme de la empresa) o final (la actividad delictiva se orienta al beneficio de la empresa).

Por ello, tratándose de una responsabilidad objetiva, en clara línea aperturista, habrá que analizar especialmente si la organización de los medios personales y materiales de la empresa tiene o no alguna influencia sobre el hecho delictivo, si lo favorece. (Cfr. STS. 23-6-2005, en un caso de camarero de hotel que asistía a una fiesta organizada por la empresa para sus empleados, ausentándose de ella para cometer un delito de robo, violación y homicidio, argumentando que, si bien es cierto que no se encontraba en el ejercicio de sus funciones en sentido estricto, su presencia en el lugar de los hechos y las facilidades para acceder a ese lugar, se derivan de la relación con la empresa).

En definitiva, para que proceda declarar la responsabilidad civil subsidiaria en el caso del art. 120.4 CP, es preciso, de un lado, que entre el infractor y el presunto responsable civil subsidiario se hallan ligados por una relación jurídica o de hecho o por cualquier otro vínculo, en virtud del cual el primero se halle bajo la dependen-

cia onerosa o gratuita, duradera y permanente, o puramente circunstancial y esporádica, de su principal, o, al menos, que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realice, cuenten con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario; y de otro lado que el delito que genera la responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones desarrolladas en el seno de la actividad, cometido a tener, confiados al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de aplicación una interpretación extensiva, que no aparece limitada por los principios «in dubio pro reo» ni por la presunción de inocencia, propios de las normas sancionadoras, admitiéndose que en la configuración del primer requisito, la dependencia, se integran situaciones de amistad, liberalidad, aquiescencia o beneplácito, y en el de la funcionalidad, la potencial utilización del acto para la empresa, organismo a cuyo servicio se encontrara el dependiente. Se incluyen las extralimitaciones en el servicio, pues difícilmente se generaría la responsabilidad civil cuando el dependiente cumple escrupulosamente todas sus tareas, siempre que éste no extraviase el ámbito o esfera de actuación que constituye entre el responsable penal y el civil subsidiario.

Como señalaba esta Sala en sentencia 1557/2002 «extralimitaciones siempre hay cuando se cometen infracciones penales», idea que viene pretendiéndose en las SS. 1491/2000, 1561/2002 y 1372/2003 entre otras muchas. En efecto, son muy frecuentes las resoluciones de esta Sala que contemplan casos en los que la actuación del condenado penal se ha producido excediéndose de los mandatos expresos o tácitos

del titular de la empresa acusada como responsable civil subsidiaria, o vulnerando normas legales o reglamentarias.

Pero es más, el requisito exigido para la aplicación de este art. 120.4 CP. nada tiene que ver con el apartamiento o no del obrar del acusado respecto de lo ordenado por su principal. La condición exigida se contrae a que el responsable penal ha de haber actuado con cierta dependencia en relación a la empresa, dependencia que no se rompe con tales extralimitaciones.

Por ello la interpretación de aquellos dos requisitos debe efectuarse con amplitud (Cfr STS 27-6-2012, n.º 569/2012), apoyándose la fundamentación de tal responsabilidad civil subsidiaria no solo «en los pilares tradicionales de la culpa «in eligendo y la culpa iu vigilando», sino también sobre todo en la teoría del riesgo, conforme al principio «qui sentire commodum, debet sentire incommodum» (SSTS. 525/2005 de 27.4, 948/2005 de 19.7), de manera que quien se beneficia de actividades que de alguna forma puedan generar un riesgo para terceros debe soportar las eventuales consecuencias negativas de orden civil respecto de esos terceros cuando resulten perjudicados. (ATS 1987/2000 de 14.7), admite incluso la aplicación de esta clase de responsabilidad civil en los casos en que la actividad desarrollada por el delincuente no produce ningún beneficio en su principal «bastando para ello una cierta dependencia, de forma que se encuentre sujeta tal actividad, de algún modo, a la voluntad del principal, por tener esta la posibilidad de incidir sobre la misma», lo que constituye una versión inequívoca de la teoría de creación del riesgo mencionada más arriba.

Sentencia 226/2013, Sala Segunda del TS, de 15 de marzo

Ponente: **Don José Manuel Maza Martín**

Resumen: **Imparcialidad del juzgador**

Recurso de Casación: **n.º 1062/2012**

Artículos: **24 CE y 5 LOPJ**

Vulneración del derecho al juez imparcial al haber dictado sentencia magistrados que previamente habían estimado recursos de apelación contra autos de sobreseimiento.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) Se refiere por tanto el Recurso al hecho de que haya sido el mismo Tribunal que en su día juzgó, quien resolviera anteriormente, con idéntica composición, Recursos de Apelación contra Autos de sobreseimiento de las actuaciones revocando éstos. Lo que, a juicio de quien recurre y con cita de diversa Jurisprudencia al respecto, habría supuesto una contaminación de ese Juzgador que le inhabilitaría para posteriormente enjuiciar, con la necesaria imparcialidad objetiva, la presente Causa. En tal sentido, la Jurisprudencia de esta misma Sala, del Tribunal Constitucional y del Europeo de Derechos Humanos, consagran un cuerpo doctrinal, en censura de aquellos supuestos en los que respecto del Tribunal encargado del enjuiciamiento se llegue a considerar con pérdida de su imparcialidad objetiva, es decir, de aquella ausencia de razones de carácter externo que puedan quebrar la necesaria confianza que debe generar, entre los justiciables y la sociedad en su conjunto, la tarea de juzgar.

(...)

Esa imparcialidad esencial del Juez, en referencia al caso concreto a él sometido, puede apreciarse desde el punto de vista subjetivo, personal, o desde el objetivo, funcional. El primero atiende a la inexistencia de vinculación extraprocesal con el supuesto a resolver, que impida al Juzgador actuar sin el compromiso de su imparcialidad, que le pudiera venir dado por concurrencia de intereses o preferencias personales de su parte hacia alguno de los términos en los que el enjuiciamiento se sustancia. Y, el segundo, a la exclusión de cualquier duda razonable acerca de esa imparcialidad, de la que pudieran surgir sospechas intolerables para el prestigio y la credibilidad de los Tribunales de Justicia.

Por otra parte, la imparcialidad ha de ser presumida, debiendo, quien denuncie su pérdida, acreditar suficientemente o poner de relieve las razones poderosas que la cuestionen. Y para prevenir y remediar la actuación de un Juez con pérdida de esa imparcialidad, en cualquiera de las dos facetas en que se manifiesta, el sistema instrumental los mecanismos correspondientes, bajo la

forma de los institutos procesales de la abstención y la recusación, para el apartamiento de aquel en quien concurra con fundamento esa tacha esencial. Con ello se salvaguarda la imparcialidad de la Resolución tanto como el prestigio de la función.

La doctrina de los Tribunales anteriormente referidos se centra, en cuanto a la que hemos denominado «imparcialidad objetiva», en comprobar la inexistencia de «contaminación» del Tribunal con relación a la materia objeto de su decisión. En tanto que esa «contaminación» se produce precisamente cuando, por el previo contacto del Juez con el asunto, éste haya podido anticipar criterios o incluso decisiones que se revelen con posibilidad de condicionar su posterior decisión.

Por ello, no puede extraerse de cualquier intervención en la tramitación de las actuaciones, una automática «contaminación» del Tribunal que le inhabilite, con pérdida de su imparcialidad, para el ulterior enjuiciamiento. Tal situación sólo se produce si, en efecto, por los términos concretos en los que se presenta aquella intervención, se aprecia una previa formación de criterio que pudiera condicionar, por su sentido y trascendencia, el juicio posterior. Como acontece, con carácter general, cuando al Juicio asiste, como miembro del Tribunal, quien previamente actuó en ese mismo procedimiento como Instructor o en aquellos casos en las que Sala haya ordenado en su momento al Juzgado el procesamiento que éste no acordó entrando verdaderas en valoraciones de fondo acerca de lo actuado, pues en esos casos sí que la intervención, por su propia naturaleza y contenido, es obligadamente condicionante de la apariencia objetiva de imparcialidad.

Así lo entendió también el TEDH que, en la Sentencia del «caso Castillo-Algar» de 28 de Octubre de 1998, tan conocido entre nosotros por su relación con nuestro país, si considera infringido el derecho a un Juez imparcial (art. 6.1 del CEPD-HLF) respecto del Tribunal que previamente resolvió Recurso contra Auto de Procesamiento dictado contra quien luego enjuicia, fue tras analizar detenidamente el contenido de aquella Resolución, para concluir en que, efectivamente, en la misma se introdujeron, en su argumentación, afirmaciones y razonamientos que suponían la elaboración

de un prejuicio contaminante para la imparcialidad ulterior del mismo Juzgador.

Por lo que, acudiendo ahora nosotros, con similar criterio, al examen en detalle, y lejos de todo tipo de las generalizaciones y automatismos, de las intervenciones del Tribunal «a quo» en la tramitación de esta Causa, previa a la fase de enjuiciamiento, que se concretan en el presente caso en la estimación, por dos veces consecutivas, del Recurso de Apelación interpuesto exclusivamente por la Acusación Particular, toda vez que en aquel momento el Fiscal apoyaba la decisión del Instructor, contra los Sobreseimientos acordados por el Instructor, advertimos que la referida «contaminación» en efecto se ha producido, toda vez que la primera de esas Resoluciones (...) debe calificarse como condicionante del enjuiciamiento posterior cuando en ella no sólo se limita la decisión a la estimación del Recurso contra el Sobreseimiento, sino que se indica y ordena la práctica de una serie de pruebas encaminadas a la averiguación de los hechos, de claro significado inquisitivo y finalidad incriminatoria, como la declaración de la menor supuesta víctima, informe pericial médico acerca de los posibles trastornos psicológicos e infecciones padecidos por ésta como consecuencia de unas eventuales relaciones sexuales precedentes y otras interesadas por la Acusación particular en sentido semejante, con lo que el Tribunal de Apelación no sólo resolvía con este carácter sobre la prueba ya existente sino que pasaba u ocupaba, claramente, la posición investigadora propia de la Instrucción.

Y otro tanto sucede con el segundo de los Autos resolutorios de Apelación a los que alude el Recurso (...) en el que de nuevo el Tribunal, integrado por los mismos miembros del que anteriormente dictó la Sentencia que ahora se recurre ante nosotros, enumera hasta once diferentes «indicios» que avalarían la tesis acusadora. «Indicios» que, en definitiva, se corresponden de forma prácticamente idéntica con los que luego, ahora ya utilizados como verdaderas «pruebas» de cargo, se utilizarían para fundamentar la conclusión con-

denatoria contenida en la Sentencia de instancia, produciéndose, con ello, un evidente y extemporáneo «adelantamiento» de la valoración probatoria, generador de un claro prejuicio excluyente de la imparcialidad necesaria de quien estaba anteriormente llamado a enjuiciar.

Segundo.—No obsta, por otra parte, a lo que acaba de afirmarse el hecho de que el recurrente no solicitase en tiempo, formal y explícitamente, la recusación de los miembros del Tribunal enjuiciador ya que, al margen de que nos hallamos ante la vulneración de un derecho esencial en nuestro sistema de enjuiciamiento, cual es el relativo a un Juez imparcial, apreciable, incluso de oficio, en cualquier momento de la tramitación del procedimiento (vid. SsTS de 23 de Noviembre de 2005, 9 de Mayo de 2008 y 24 de Octubre de 2012), en el caso que nos ocupa consta que la Defensa planteó con insistencia la referida infracción, de modo expreso, manifestándolo antes y durante el Juicio oral, interesando la abstención de los Ilmos. Sres. Magistrados, con lo que tampoco puede argumentarse, para la desestimación del motivo, una censurable actitud contraria al principio de buena fe procesal, como acontecería en el supuesto de que, una vez conocido el sentido condenatorio del pronunciamiento, se suscitase «a posteriori» y «ex novo» la cuestión relativa a la referida pérdida de imparcialidad previa.

Tercero.—En consecuencia y a pesar de los indudables y lamentables inconvenientes que ello pueda suponer (...) procede, para la preservación del derecho fundamental a un juicio justo e imparcial que al recurrente asiste, la estimación del Recurso en lo que a la vulneración del referido derecho se refiere, sin posibilidad de entrar ya en el otro motivo planteado, la declaración de nulidad del acto del Juicio oral, ordenando la celebración de un nuevo enjuiciamiento, que se llevará a cabo por Tribunal con distinta composición del que participó en ese Juicio que se anula, a fin de garantizar debidamente el mencionado derecho al Juez objetivamente imparcial del acusado.

Sentencia 224/2013, Sala Segunda del TS, de 19 de marzo

Ponente: **Don Francisco Monterde Ferrer**

Resumen: **Responsabilidad civil derivada del delito**

Recurso de Casación: **n.º 11129/2012**

Artículos: **16, 117 y 138 Código Penal**

Responsabilidad civil de la aseguradora. Se analiza el alcance de la responsabilidad civil de la aseguradora cuando el vehículo de motor se utiliza como instrumento doloso, distinguiendo según se trate de seguro obligatorio o voluntario.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El primer motivo se formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECr, por indebida aplicación del art 3 del Reglamento sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado en virtud de Real Decreto 7/2001, de 12 de enero, en relación con el art 16 CP.

1. Señala la recurrente que, con arreglo a la doctrina resultante de la legislación en vigor y del Acuerdo tomado por el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 24-4-07, resulta evidente que en el atropello de D. Gervasio, el vehículo automóvil fue utilizado como arma del delito, tratándose de un supuesto excluido de la cobertura del Seguro Obligatorio de Automóviles, conforme a la normativa actualmente vigente.

2. Ciertamente, sobre la cuestión de la responsabilidad de la entidad aseguradora cuando se trata de indemnizar los perjuicios derivados de los actos ilícitos que se perpetran dolosamente mediante un vehículo de motor, el Pleno no jurisdiccional de esta Sala, celebrado el día 24 de abril de 2007, adoptó el siguiente acuerdo: «No responderá la aseguradora con quien tenga concertado el seguro obligatorio de responsabilidad civil cuando el vehículo de motor sea instrumento directamente buscado para causar el daño personal o material derivado del delito. Responderá la aseguradora por los daños diferentes de los propuestos directamente por el autor».

Este acuerdo —como recuerda la STS n.º 338/2001, de 16 de abril, fue después aplicado por

diferentes resoluciones de esta Sala, en las que se ajustó el criterio general adoptado a diferentes casos concretos.

Y así, en la STS 427/2007, de 8 de mayo, se subraya como normativa aplicable a estos supuestos, en virtud de los compromisos internacionales adquiridos por España, el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor 2004/152063, que dispone en el art. 1: «1. El conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de éstos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación. (...) 4. Reglamentariamente, se definirán los conceptos de vehículos a motor y hecho de la circulación, a los efectos de esta ley. En todo caso, no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes». Y el art. 3 del Reglamento del Seguro Obligatorio (R.D. 7/2001, de 12 de enero) establece:

«1. A los efectos de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor y del seguro de suscripción obligatoria regulado en este Reglamento, se entienden por hechos de la circulación los derivados del riesgo creado por la conducción de los vehículos a motor a que se refiere el artículo anterior, tanto por garajes y aparcamientos, como por vías o terrenos públicos o privados aptos para la circulación, tanto urbanos

como interurbanos, así como por vías o terrenos que sin tener tal aptitud sean de uso común»; en el mismo art. 3, su apartado 4 dispone: «Tampoco tendrá la consideración de hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes. En todo caso, será hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor en cualquiera de las formas descritas en el Código Penal como conducta constitutiva de delito contra la seguridad del tráfico, incluido el supuesto previsto en el artículo 383 de dicho Código Penal»; y el art. 9 del mismo Reglamento dice así:

«1. El seguro de suscripción obligatoria comprende la cobertura de los daños a las personas y en los bienes causados a los perjudicados por hechos de la circulación, sin perjuicio de las exclusiones recogidas en el artículo siguiente «(que se refiere a los siguientes supuestos):

a) Muerte o lesiones del conductor del vehículo;

b) Daños sufridos por el vehículo, por las cosas trasportadas y aquellas que sean propiedad de las personas que se citan; y,

c) Los daños a las personas y en los bienes causados por un vehículo robado)».

La misma sentencia 427/2007, de 8 de mayo, recuerda que «en la deliberación llevada a cabo sobre esta materia, en el pleno no jurisdiccional del día 24 de abril de 2007, se puso de manifiesto que la repetida reforma legal afectaba directamente a la línea jurisprudencial adoptada por esta Sala, y que, en consecuencia, era preciso determinar claramente «qué debe entenderse por hecho de la circulación «y valorar correctamente —desde la perspectiva del dolo de la acción— la circunstancia de que el vehículo de motor haya sido utilizado por el sujeto como instrumento para la comisión del delito contra las personas o los bienes, en cuanto el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor se refiere a daños causados «con motivo de la circulación» (art. 1.1), y determina claramente que «en todo caso, no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes (art. 1.4). Principios recogidos igualmente en el

Reglamento sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, en el que se precisa algo más sobre el particular, al decirse que «en todo caso, será hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor en cualquiera de las formas descritas en el Código Penal como conducta constitutiva de delito contra la seguridad del tráfico, incluido el supuesto previsto en el artículo 383 de dicho Código Penal «(art. 3.3), con lo que parece evidente que únicamente deben quedar fuera de la cobertura del Seguro Obligatorio los daños causados por «dolo directo».

En virtud de esa doctrina, consideró este Tribunal, en la referida resolución, que no debía responder la entidad aseguradora de los perjuicios derivados de una tentativa de homicidio por haber alcanzado el acusado con el vehículo que conducía a un taxista, cuando este se encontraba en una gasolinera, tras haber mantenido ambos, momentos antes, una discusión con motivo de un incidente de la circulación, utilizando el acusado su vehículo marcha atrás, ya en el interior de una gasolinera, para atropellar a su oponente en el momento en que se hallaba llenando el depósito de gasolina de su automóvil, ocasionándole gravísimas lesiones. La Sala absolvió a la entidad aseguradora al estimar que el autor de las lesiones actuó con dolo directo, haciéndose especial hincapié en que el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 24 de abril de 2007 eliminó la exigencia de que el hecho enjuiciado constituyera «una acción totalmente extraña a la circulación», como se había mantenido hasta el momento por la jurisprudencia de esta Sala.

Aplicando la misma doctrina e iguales preceptos, la Sentencia de este Tribunal 1077/2009, de 3 de noviembre, recoge otros precedentes de esta Sala y los acuerdos que han venido dictando los plenos no jurisdiccionales de este Tribunal. Y argumenta al respecto, a la hora de aplicar el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 24 de abril de 2007, que lo decisivo es la determinación del concepto de «hecho de la circulación», que a estos efectos «no es identificable con todo suceso relacionado con la circulación de un vehículo, o con una acción realizada aprovechando que el vehículo es un objeto que circula». Y apostilla que «quedarán incluidos los casos en los que, circulando un vehículo se cree un peligro no autorizado que después llega a concretarse en un daño o lesión, pero no será considerado hecho de la circulación el

empleo del vehículo como instrumento, con dolo directo, encaminado a la causación del daño». Y también incide en que ese nuevo acuerdo eliminó la exigencia de que el hecho enjuiciado constituyera «una acción totalmente extraña a la circulación» como se había mantenido hasta el momento por la jurisprudencia de esta Sala.

En el caso que recoge esa sentencia, la acción ejecutada por los autores consistió en poner en marcha el vehículo hacia el lugar donde estaba la víctima, detenerlo en dicho lugar y agarrar a aquella por el cuello; y a continuación circular unos cuatrocientos metros arrastrando al sujeto al lado del vehículo, hasta que consiguió soltarse. Tal acción fue ejecutada con motivo de un incidente de la circulación —saltarse un semáforo en rojo— que determinó que se bajaran los ocupantes de ambos vehículos y se entablara una discusión, después de la cual se produjo la conducta ilícita dolosa consistente en arrastrar por parte de los acusados al conductor del otro vehículo.

La Audiencia había condenado por un delito de homicidio intentado con dolo eventual y excluyó la responsabilidad civil de la entidad aseguradora, criterio que no compartió esta sentencia 1077/2009 de esta Sala, argumentando que «en el caso la acción delictiva se encamina directamente a causar una lesión en la integridad física de la víctima, empleando como instrumento un vehículo y aprovechando las características de éste que le permiten circular. La naturaleza de la acción, además, permite apreciar que un probable resultado de muerte, aunque no sea querido directamente, es aceptado por los autores, por lo que resulta imputable a título de dolo eventual».

«El acto lesivo, pues, se ejecuta con dolo directo de causar lesión, y es ese resultado lesivo, en tanto causado con dolo directo, lo que hace que la acción no pueda ser considerada hecho de la circulación. Es claro —sigue diciendo la sentencia 1077/2009 de este Tribunal— que la acción que causa el resultado dañoso que debe ser indemnizado se ejecuta con dolo directo, aunque al autor se le impute por dolo eventual un probable resultado de muerte no efectivamente causado. Por lo tanto, el empleo del vehículo como instrumento lesivo se realiza con dolo directo, sin perjuicio de que al autor le sea igualmente imputable el resultado homicida, aquí intentado, a título de dolo

eventual. El seguro obligatorio tiende a proteger a las víctimas de los daños causados por una conducta de riesgo como es la circulación de vehículos de motor; pero es el legislador, que lo establece como elemento de protección, quien ha decidido excluir de su ámbito indemnizatorio a las víctimas de acciones dolosas en las que el vehículo haya sido utilizado como instrumento directo».

En virtud de lo expuesto, la Sala estimó el motivo de la entidad aseguradora y dictó una segunda sentencia en la que dejó sin efecto la declaración de responsabilidad civil de la entidad recurrente.

La doctrina resultante de las resoluciones precedentes se consideró por la STS 338/2011, de 16 de abril, también aplicable al supuesto en que el acusado, cuando circulaba con su vehículo por la vía pública, decidió introducirse por una calle peatonal, a cuya entrada había dos maceteros, y dirigir a continuación el automóvil contra los peatones que transitaban por la vía pública, a los que fue embistiendo con dolo directo de lesionarlos y dolo cuando menos eventual de causarles la muerte.

Y se consideró que se estaba ante un supuesto en que el vehículo fue utilizado como instrumento para causar con dolo directo las lesiones que sufrieron los peatones atropellados; dolo directo que excluye en el caso la responsabilidad civil de la entidad aseguradora recurrente con arreglo al acuerdo de esta Sala de 24 de abril de 2007 relativo a la cobertura del seguro obligatorio de responsabilidad civil.

3. No obstante, en esta sentencia 338/2011, de 16 de abril la Sala tomó en consideración, algo nuevo y distinto: «que los riesgos generados por el vehículo se hallaban también cubiertos con una póliza de seguro voluntario, tal como admitía la propia entidad aseguradora frente a las alegaciones del Ministerio Fiscal. Con lo cual, los problemas hasta ahora examinados se desplazaban del ámbito del seguro obligatorio al voluntario. Y ubicados ya en este marco asegurador, mientras que el Ministerio Público insistía en la responsabilidad de la entidad aseguradora, ésta replicaba alegando que las cláusulas generales de la póliza de seguro voluntario excluían de la cobertura aquellos supuestos en que se utilizaba un vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes (art. 25 del clausulado general de la póliza)».

Y se argumentaba que: «siendo cierta la cláusula general, a tenor de la documentación que figura unida a la causa, sin embargo, a ello debía replicarse que la jurisprudencia de esta Sala viene estableciendo un distinto régimen de responsabilidad con motivo de la circulación de vehículos de motor, cuando se opera con el seguro obligatorio y el voluntario. Con respecto a éste se considera que no puede oponerse frente a las víctimas la «excepcio doli», a tenor de lo que se dispone en el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro:

“El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado está obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido”».

Y se añadía que «tratándose de riesgos cubiertos por seguro voluntario frente a terceros perjudicados, esta Sala tiene establecido que ni se excluye la responsabilidad por actos dolosos del asegurado, dentro de los límites de cobertura pactados, ni el asegurador puede hacer uso de las excepciones que le corresponderían frente a este último (STS 707/2005, de 2-6; y 2009, de 27-2). Y en la sentencia 232/2008, de 24 de abril, se dice, a la hora de compatibilizar lo dispuesto en los arts. 1, 19, 73 y 76 de la Ley de Contrato de Seguro, con lo que se preceptúa en el art. 117 del CP, que aquellos preceptos han de referirse a las relaciones de las partes contratantes, pero no en lo que respecta, tratándose de seguros voluntarios, a la protección de las víctimas, frente a las que deberán responder directamente los aseguradores».

Y, por ello, se concluía que: «la referida cláusula que cita la entidad aseguradora no puede oponerse frente a la víctima o el tercero perjudicado. Su ámbito de eficacia ha de circunscribirse a las relaciones internas entre el asegurador y el asegurado, pero no con respecto a las terceras personas

que resultaron perjudicadas por el siniestro, las cuales tienen derecho a reclamar directamente a la compañía aseguradora, sin perjuicio de que esta después repercuta el pago contra el asegurado o contra la persona causante del siniestro con su conducta dolosa. Así las cosas, se desestima el recurso de la entidad Reale Seguros Generales, S.A».

4. En nuestro caso, aunque el Ministerio Fiscal apunta que cabe mantener la responsabilidad directa de la Mutua Madrileña del Taxi, con base en la póliza de seguro voluntario contratada con dicha compañía, donde aparece (f.º 313) un seguro individualizado a favor del acusado D. Diego, la vigencia del principio de rogación en una materia como la examinada impide acoger tal propuesta.

En efecto, la responsabilidad civil ex delicto puede exigirse con arreglo a lo establecido con arreglo a los arts. 109 y ss del CP, pues a tenor del art. 1092 CC las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal. Ahora bien, a diferencia de la acción penal que tiene carácter indisponible al estar regido el proceso penal por el principio de legalidad, la acción civil es renunciable por el perjudicado (art. 106 y 107 LECr), quien también puede reservarse su ejercicio ante los tribunales del orden jurisdiccional civil (art. 112 LECr y 109.2 CP), o bien transigir sobre su contenido (art. 1813 CC).

La declaración de responsabilidad civil no es accesoria de la pena impuesta, sino que responde al interés privado y ha de ser objeto de rogación expresa para que pueda ser atendida (STS 21-6-1957).

En STS 1036/2007, de 12-12, se dice que si la acción penal es pública, indisponible en cuanto regida por el principio de legalidad, la acción civil ejercitada conjuntamente con la penal, mantiene sus principios rectores de disposición y rogación y los que son consecuencia de éstos, como el de renunciabilidad que establecen los arts. 106 y ss LECr. El derecho de resarcimiento se constituye como un derecho subjetivo privado del ofendido, cuya renuncia sólo puede perjudicar a éste.

La STS 10-2-2010, n.º 57/2010 proclama que, según el art. 110 LECr el perjudicado es el único legitimado para ejercitar su derecho resarcitorio, conforme al principio dispositivo o de rogación, aunque también puede hacerlo el M.º Fiscal.

La STS 15-5-2012, n.º 365/2012, nos recuerda que es doctrina consolidada de esta Sala, de la que

son exponentes las sentencias 3-5 y 11-12-2001 y 26-10-2002, que «el tratamiento de la cuestión suscitada debe hacerse desde la perspectiva de los principios que informan la responsabilidad civil como acción que se ejercita en cada caso conjuntamente con la penal por las acusaciones, pero que en modo alguno pierda su autonomía, como se desprende de la regulación de los arts. 107 y ss LECr. Los principios dispositivo y de rogación exigen la expresa declaración de voluntad de la parte dirigida al tribunal sobre lo que se pide en relación con la responsabilidad civil, de forma que tiene una doble vinculación en relación con la petición en sí misma y con un contenido».

5. Y es que en el supuesto que nos ocupa, aunque tanto el acusado, conductor, como el dueño del taxi, utilizado como instrumento, reconocieron en la Vista del Juicio Oral, que el vehículo estaba asegurado» a todo riesgo», ni el

Acusador particular, ni el Ministerio Fiscal, ni en sus conclusiones provisionales, ni definitivas, hicieron referencia al «seguro voluntario», no llegando siquiera a citar, entre la prueba documental propuesta, los folios (312-313) donde se contiene la póliza de «cobertura a todo riesgo con franquicia» de referencia. La cuestión no fue planteada en la instancia, no se debatió; el tribunal no conoció, ni resolvió sobre ella; y su consideración en el trámite casacional resulta imposible so pena de atentar contra el principio de proscripción de la reformatio in peius, y de eliminación de todo género de indefensión.

Por todo ello, el motivo ha de ser estimado, sin que consecuentemente haya lugar a entrar en el estudio de los otros dos motivos subsidiariamente formulados, sin perjuicio de las acciones civiles que, en tal ámbito jurisdiccional, corresponda ejercitar a las partes.

Sentencia 240/2013, Sala Segunda del TS, de 19 de marzo

Ponente: **Don Andrés Martínez Arrieta**

Resumen: **Tentativa desistida de asesinato**

Recurso de Casación: **n.º 1363/2012**

Artículos: **16 y 139 Código Penal**

Tentativa desistida de asesinato. La sentencia y un voto particular discrepante, analizan el problema de la tentativa desistida (en este caso, en un delito de asesinato) y si cabe apreciarla cuando es la acción de un tercero la que impide la consumación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—La sentencia cuya impugnación casacional conocemos es absolutoria de la acción penal que el Ministerio público formuló en la instancia por dos delitos de asesinato en tentativa. En la misma sentencia se condenó al acusado como autor de un delito de amenazas que no es objeto de esta casación.

La absolución de los delitos intentados de asesinato son objeto de la queja casacional que formaliza el Ministerio fiscal que opone un único motivo en el que interesa la revocación de la sentencia

para dictar otra que confirmando la condena por el delito de amenazas sea condenado, además, por otros dos delitos intentados de asesinato. La queja casacional lo plantea al amparo del art. 849.1 de la Ley procesal, esto es, por error de derecho.

El Ministerio público parte en la impugnación del hecho probado y no interesa su modificación. Discute la errónea aplicación de la norma penal que designa: los arts. 139.1, 16 y 62 del Código penal que han sido aplicados indebidamente.

El hecho probado, respetado en la impugnación, refiere en lo que atañe a la subsunción en el delito

de asesinato, que el acusado colocó una bombona de gas butano en el pasillo que comunica las habitaciones de su mujer y del padrastro de ésta y abrió el regulador de la presión permitiendo la salida del gas. «A continuación, el acusado llamó por teléfono a su hija Tomasa y la comunicó su intención de quitarse la vida y que cuando acudiera a la casa se iba a encontrar a su madre y a su abuelo muertos, ante lo cual Tomasa, acudió al domicilio...» abre las ventanas y cierra la bombona «impidiendo de este modo que pudieran asfixiarse sus moradores».

Previamente se narra que el acusado había expuesto a su mujer, en una disputa, que «esta noche vas a morir».

El tribunal de instancia califica los hechos en la tipicidad sustentada por la acusación, dos delitos intentado de asesinato, pero la absolución la acuerda al estimar concurrente un desistimiento voluntario. En términos contenidos en la fundamentación «al haber provocado, mediante la llamada a su hija la acción impeditiva de dichos delitos inicialmente intentados».

El tribunal de instancia en una función que sólo a él le corresponde, la fijación de los hechos desde la valoración de la prueba, ha declarado probados unos hechos y también ha declarado que el acusado «provocó» con su actuación el desistimiento del curso causal de su acción dirigido al fallecimiento por asfixia de las dos personas, su mujer y el padrastro de ella.

(...)

3. El Ministerio público, conocedor de la técnica de la casación, respeta el hecho probado, aunque sostiene una interpretación del mismo, que supone una adicción necesaria para su pretensión de condena. Sabedor de que la queja en casación no se refiere al tipo del asesinato centra su argumentación en lo que considera error del tribunal por la aplicación de la excusa absolutoria por desistimiento en la acción que recoge el art. 16.2 del Código penal.

Para defender su postura en la interposición del recurso señala que la expresión «A continuación» que emplea el tribunal debe ser objeto de una interpretación para darle un contenido más concreto. Así, afirma que si el tribunal de instancia ha considerado que el acusado con esa conducta provoca un actuar dirigido a desistir de la acción comenzada en los términos que efectiva-

mente tuvieron lugar, esto es, la venida de la hija que apagó y abrió las ventanas, el Fiscal, por el contrario, argumenta el error sobre la siguiente consideración: a) la casa estaba a las afueras de la localidad donde se encontraba la hija, a dos o tres kilómetros, y que éste tardó un tiempo, hechos que no figuran en el hecho probado; b) que en la llamada no muestra arrepentimiento; y c) que no adopta ninguna medida tendente a interrumpir la acción iniciada. Para estos argumentos, el Fiscal pretende una mayor concreción del hecho probado y se apoya en las declaraciones de la hija en el juzgado de instrucción, folio 23, obviando las del juicio oral en las que la hija afirmó que cuando llegó la bombona estaba apagada, y las del acusado que en el juicio oral declaró que apagó la bombona.

El Ministerio fiscal pretende que la revisión del error que postula se realiza desde una reelaboración del hecho probado, incluyendo la lejanía de la destinataria del aviso de los hechos y la dificultad de que llegara a tiempo de impedir la producción del resultado, y desde esa revaloración de la prueba postula el error de derecho. Para esta conformación del hecho se remite a las declaraciones de la testigo en el juzgado, y no las del juicio oral con menor contenido asertivo de los hechos de la acusación.

4. En definitiva, el argumento del Ministerio fiscal, aunque lleno de lógica en su contenido jurídico, es un argumento que exige una ampliación del hecho, algo vedado en casación en los términos que anteriormente hemos expuesto al analizar las posibilidades y límites de la revisión de sentencias absolutorias por un tribunal, como el de casación, que no ha presenciado la prueba y no han oído al acusado de la imputación.

En consecuencia, el motivo se desestima.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
EL EXCMO. SR. DON JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR,
AL QUE SE ADHIERE EL EXCMO. SR. DON
MANUEL MARCHENA GÓMEZ, RESPECTO
A LA SENTENCIA NÚMERO 240/2013, DE 19
DE MARZO DE 2013, QUE RESUELVE EL RECURSO
DE CASACIÓN NÚMERO 1363/2012

Con el respeto que nos merece la mayoría del Tribunal, no estamos de acuerdo con la desestimación

del recurso del Ministerio Fiscal, y entendemos, en cambio, que debería haber sido estimado.

En efecto, en su único motivo de casación, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Fiscal se mostraba disconforme con la interpretación concedida por la Audiencia al desistimiento activo que se regula en el art. 16.2 del Código Penal.

En efecto, se dispone en tal precepto que «quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta».

La resultancia fáctica de la sentencia recurrida nos lleva al siguiente escenario: el acusado, que convivía con su esposa y con el padrastro de ésta, sobre las 23 horas del día de autos, cogió una espada tipo «samurai» y poniéndosela en el pecho a su esposa, le dijo: «esta noche vas a morir». Y, en efecto, sobre las 2:45 horas de la madrugada siguiente, sigue exponiendo el factum, sacó la bombona de butano que se encontraba en la cocina y la colocó en medio del pasillo que comunicaba con el dormitorio de su cónyuge y el de su padrastro, sabiendo que ambos ya se encontraban durmiendo en ellos, abriendo la espita del gas, «permitiendo así la salida libre del gas que se contenía en el interior de la botella». A continuación, el acusado llamó por teléfono a su hija «y le comunicó su intención de quitarse la vida y que cuando acudiera a la casa se iba a encontrar a su madre y a su abuelo muertos», ante lo cual, la citada hija acudió al domicilio del acusado, y «notando el escape de gas», cerró la bombona y abrió las ventanas, impidiendo de este modo que pudieran asfixiarse sus moradores.

El art. 16.2 CP prevé dos formas de exención de responsabilidad: a) el desistimiento pasivo con respecto a la tentativa inacabada y b) el arrepentimiento activo, en casos de tentativa acabada.

El desistimiento podrá ser meramente pasivo, dejando de realizar actos de ejecución, en la tentativa inacabada y tendrá que ser activo, llevando a cabo actos impositivos que eviten la consumación, en la tentativa acabada (vid. SSTS 1-3-2002

y 5-12-2003), esto es, que el sujeto realice algo que impida el desenlace de la ejecución, haciendo desaparecer por medio de su actuación el dolo inicial que le movía al comenzar la ejecución, confiando la ley penal su exención de responsabilidad por razones de política criminal.

Ciertamente, esta Sala Casacional ha venido aplicando el desistimiento activo en la tentativa acabada con rigurosidad en cuanto a la exigencia del actus contrarius eficaz del agente, pero al mismo tiempo, con flexibilidad, en la medida que ha admitido tal excusa no solo cuando tal actus contrarius provenga del agente, sino también, cuando provenga de tercera persona que actúa a instancias de aquél.

En este sentido, se pronunció el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala, de 15 de febrero de 2002. El contenido de dicho Acuerdo se plasmó en la STS 446/2002, de 1 de marzo, primera que aplicó la excusa absolutoria respecto de la actuación de un tercero.

En nuestro caso, los aquí firmantes consideramos que no se ha producido desistimiento alguno en la acción desplegada por el acusado, por lo que huelga entonces cualquier comentario acerca de la clase de desistimiento, activo o pasivo.

En efecto, el acusado realiza todos los actos que han de producir como resultado la muerte de las personas que, ajenas a tal acción, duermen en sus respectivos dormitorios: coloca la bombona de butano en el pasillo junto a sus habitaciones, abre la espita de gas y permite en consecuencia la salida del mismo, que se expande por toda la vivienda (que esto es así, no hace falta que lo describa el factum: el gas butano al salir de una bombona situada en el medio de un pasillo con la espita abierta, se expande por la vivienda, lo digan o no los jueces «a quibus»). Pues, bien, consciente el acusado de que su acción será letal, llama a su hija y le comunica que cuando acuda a su casa, va a encontrar a todos muertos. Ello revela el grado de conocimiento que tenía el agente y el resultado que esperaba producir.

Mantenemos que no hay desistimiento porque tal comunicación no es una petición de ayuda para neutralizar su acción, y no lo es, porque en el caso enjuiciado bastaba simplemente con cerrar el gas y abrir las ventanas para evitar el fatal desenlace. No es un supuesto en donde se requiera llamar a los

servicios de emergencia, o bien activar complejas maniobras para evitar la consumación del delito. Aquí no era necesario más que desactivar los propios y elementales medios que puso en marcha el agente. Es por ello que no consideramos en este caso, como clase alguna de desistimiento activo, llamar a su hija para anunciarle lo que se iba a producir inevitablemente, porque con tal anuncio no se ponía en marcha un mecanismo de desactivación de su acción, sino exclusivamente la comunicación de un propósito cumplido. Para que la llamada de terceros produzca el efecto de eximir de responsabilidad criminal, será necesario que por tal conducto se produzca necesariamente el inicio de la desactivación de su acción, y no como en este caso, en donde ni siquiera se expresa que sea esa tal voluntad o finalidad. La norma requiere para eximir de responsabilidad penal por el delito intentado que se evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, o bien impidiendo la producción del resultado, y aquí el agente no hace ni una cosa ni la otra. En otras palabras: tal desistimiento requiere activar los servicios de emergencia de los que, en condiciones normales, se espera de ellos la prestación de sus recursos, o bien el aviso a terceros

con finalidad de requerir tal ayuda, naturalmente cuando ésta se demande para así neutralizar la acción desplegada. Nada de ello ocurre en nuestro caso, sino que el acusado simplemente se realiza un anuncio, que pudo haberse traducido, o no, en la llegada de su hija a la vivienda de autos, pero sobre todo, porque la actuación que impedía el resultado estaba simplemente a su alcance, y ello con la mayor de las facilidades para su ejecución, y nada hizo.

En consecuencia, el motivo debió ser estimado, sin perjuicio de valorarse después el grado de desarrollo alcanzado, incluso la idoneidad de su tentativa, en trance de aplicar la correspondiente penalidad derivada de la estimación del recurso.

Y desde el plano de la culpabilidad, la Audiencia, en tanto que aplica la doctrina del desistimiento, es que entiende que su intención era la de ejecutar su acción (con animus necandi) porque, en caso contrario, resulta superfluo tal resorte extintivo de la responsabilidad del agente. No se puede desistir en un momento posterior sino de lo anteriormente querido.

En consecuencia, el motivo debió ser, a nuestro juicio, estimado.

Sentencia 264/2013, Sala Segunda, de 20 de marzo

Ponente: **Don Manuel Marchena Gómez**

Resumen: **Entrada y registro. Medidas de vigilancia**

Recurso de Casación: **n.º 681/2012**

Artículos: **18 CE y 567 LECrim**

Las medidas de vigilancia orientadas a garantizar la eficacia de la diligencia de entrada y registro, si conllevan un acto de intromisión o injerencia domiciliario sólo pueden ser adoptadas una vez acordado el auto judicial habilitante de la diligencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

4. El primero de los motivos, con la cobertura de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, denuncia vulneración del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 de la CE).

(...)

La necesidad de practicar diligencias de aseguramiento con el fin de evitar la frustración de los fines del registro forma parte de la realidad de las cosas. De hecho, el art. 567 de la LECrim

establece que «desde el momento en que el Juez acuerde la entrada y registro en cualquier edificio o lugar cerrado, adoptará las medidas de vigilancia convenientes para evitar la fuga del procesado o la sustracción de los instrumentos efectos del delito, libros, papeles o cualquiera otras cosas que hayan de ser objeto del registro». Sin embargo, la lectura de ese precepto deja bien a las claras que las medidas orientadas a garantizar la eficacia de la diligencia, sólo pueden ser adoptadas «... desde el momento en que el Juez acuerde la entrada y registro». Es decir, esa actuación preventiva, si conlleva un acto de intromisión o injerencia domiciliaria, por superficial que quiera luego calificarse, ya ha de contar con la cobertura de la autorización judicial que actúa como presupuesto habilitante. En el presente caso, cuando los agentes se personan en el domicilio de Cesar —basta para ello un contraste de las horas que se hacen constar en la diligencia de custodia de la vivienda y en el acta de entrada y registro—, todavía no cuentan con la autorización judicial. De hecho, el operativo de custodia se describe a las 9,00 horas (folio 19) y la petición de entrada y registro se encabeza a las 9,30 horas del mismo día (folio 20). Quiere ello decir que la obligación impuesta a Esther de que abandone su domicilio y, sobre todo, la presencia de la agente femenina que la acompañó por las dependencias de la vivienda mientras aquélla se cambiaba de ropa y se hacía con algunos enseres personales, implicó una actuación ajena a la cobertura constitucional requerida.

Sostener que agentes de policía pueden desalojar al morador de una vivienda e introducirse en la misma para asegurar que no se destruyen pruebas, haciéndolo antes de que la autorización judicial esté formalmente concedida, supone erosionar de modo irreparable el contenido material del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 de la CE). Es más, degrada el significado funcional del mandamiento de entrada y registro. Basta preguntarnos qué sucedería si el Juez de instrucción no hubiera considerado debidamente justificada la concesión de la autorización de entrada y registro. No puede convertirse el auto habilitante en una mera formalidad, en un trámite cuya existencia misma pueden anticipar los agentes de policía sin temor a equivocarse.

No faltan precedentes de esta Sala en la misma dirección. Es el caso de la STS 227/2000, 22 de

febrero, en la cual se razona que no se puede legitimar una entrada previa en el domicilio por los funcionarios policiales o los agentes de la autoridad, aunque tenga carácter preventivo, sin exhibir mandamiento ni por tanto mostrárselo al interesado o a la persona que le represente, pues lo cierto es que se produce un allanamiento, sin cobertura legal, con efectos añadidos sobre la libertad deambulatoria de las personas que se encuentran en el interior del domicilio. Si mientras dura esta situación y hasta el momento de la llegada de la comisión judicial, se adoptan medidas coercitivas de inmovilización o se ocupan objetos, se está produciendo una intervención exclusiva de la Policía que no se ajusta a las previsiones legales. La adopción de medidas de vigilancia, como las llama la ley, no permite la entrada en el domicilio sin mandamiento. Así se desprende del artículo 568 de la LECrim, en el que se dispone que, una vez practicadas las diligencias que se establecen en el artículo anterior (medidas de vigilancia), se procederá a la entrada y registro empleando para ello, si fuera necesario, el auxilio de la fuerza. Es por tanto, después de tomadas las medidas, cuando se puede proceder a la entrada y practicar el registro, pero no antes.

En consecuencia, el desalojo de la moradora del inmueble, aun cuando se disfrace de medida precautoria para la práctica de un ulterior registro, no deja de encerrar una verdadera vía de hecho, al no haberse dictado en ese momento la habilitación judicial que habría autorizado el acto estatal de injerencia. Y, por supuesto, la presencia de una agente femenina en el interior del domicilio, llamada a garantizar que no se iban a destruir efectos del delito investigado mientras la compañera del acusado se cambiaba de ropa, careció de cobertura constitucional. En ese momento el Juez de instrucción no había permitido la entrada y registro. La simple confianza de los agentes en que esa autorización va a ser obtenida horas más tarde no proporciona garantía alguna a la hora de justificar el menoscabo de la inviolabilidad domiciliaria.

Por todo lo expuesto, procede la estimación del motivo, declarando que la entrada anticipada de los agentes en el domicilio de Fabio, a la espera de la obtención de una habilitación judicial para el registro en su domicilio, vulneró el derecho a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 de la CE), generando por tanto una diligencia de investigación no susceptible de valoración probatoria.

Sentencia 365/2013, Sala Segunda del TS, de 20 de marzo

Ponente: **Don Antonio Del Moral García**

Resumen: **Responsabilidad civil derivada del delito**

Recurso de Casación: n.º 1357/2012

Artículos: 76, 77 y 117 Código Penal, 20 y 76 LCS

Responsabilidad civil derivada del delito. De las cuestiones tratadas en la sentencia destacamos el resumen de la jurisprudencia relativa a si la pluralidad de resultados homogéneos derivados de una misma acción es un supuesto de concurso ideal o de concurso real de delitos y dos cuestiones relativas a la responsabilidad civil «ex delicto»: el uso del vehículo de motor como instrumento doloso y el problema de los intereses moratorios.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—Igual destino —desestimación— espera al siguiente motivo: sexto. Busca acomodo también en el art. 849.1.º LECrim para reivindicar la agrupación de los tres delitos de homicidio en grado de tentativa en un concurso ideal cobijado en el art. 77 CP: un solo hecho que constituye dos o más infracciones.

La petición enlaza con solventes opiniones doctrinales que alguna vez han tenido eco en la jurisprudencia pero está en abierta contradicción, con la más actual tesis jurisprudencial. Para hablar de «un solo hecho» hay que estar a un criterio técnico penal, al sentido de cada tipo penal. «Unidad de hecho» no es lo mismo que «unidad de acción». Los tipos penales describen no solo conductas sino también resultados. El hecho de matar comprende acción y resultado y no solo la acción. En el delito de homicidio «el hecho» en sentido penal viene constituido por la muerte de una persona, no por la acción que ocasiona esa muerte. Por eso la causación de la muerte (o lesiones) de varias personas a través de una única acción es constitutiva de varios delitos en concurso real y no de un concurso ideal. No estamos ante «un solo hecho» en clave jurídico penal. Congruentemente el resultado de varias muertes, buscado, querido, o aceptado ha de ser reconducido a varios delitos de homicidio en grado de tentativa en concurso real y no ideal. Cuestión diferente es el supuesto de la imprudencia en que sí se admite el concurso

ideal. En los delitos dolosos se pone el acento en el contenido del acto de voluntad del sujeto. Hay tantos «hechos» en sentido penal como resultados. Y habrá en consecuencia tantos delitos de homicidio en grado de tentativa como muertes pretendidas, buscadas, admitidas o asumidas (STS 1837/2001, de 19 de octubre). La STS 357/2002 de 4 de marzo ratifica este criterio aludiendo a la sentencia que blande el recurrente, aunque no recoge de manera plena la tesis imperante en la actualidad.

Tal sentencia realiza un adecuado repaso de las tesis que han convivido en la jurisprudencia: (...)

No se ignora que la sentencia extensamente transcrita podría abonar la tesis del recurrente en tanto en cuanto se abre la posibilidad respecto de algunos resultados de un dolo de consecuencias necesarias y no un dolo directo de primer grado. Tampoco se desconoce cómo se resalta en tal sentencia que los casos de dolo eventual serían más proclives para abrazar los resultados a través del art. 77. Ni se olvida la amplísima polémica doctrinal, a veces atormentada, que ha dado lugar a múltiples y dispares tesis repleta de matices y puntualizaciones, de afirmaciones y rectificaciones. El hecho de que los delitos de homicidio no hayan sido consumados según alguna de esas posiciones favorecería la pretensión del recurrente.

La doctrina jurisprudencial hoy vigente no discrimina a estos efectos entre dolo directo de primer o segundo grado; ni entre resultados consumados o solo pretendidos; y ni siquiera entre dolo eventual

o dolo directo. Cada resultado pretendido o asumido intencionalmente considerado como delito da vida a una infracción penal independiente sin que pueda hablarse de «unidad de hecho». Ese concepto expresa la totalidad del sustrato valorado y no únicamente la acción humana. No es irrelevante que el legislador español, a diferencia de otros sistemas, hable de «unidad de hecho» y no de «unidad de acción». Una voluntad dirigida a varios resultados supone jurídicamente pluralidad de hechos, aunque solo exista una manifestación de voluntad. El encierro de varias personas aunque la acción sea única —guardar la llave— supone tantos delitos de detención ilegal como personas queden privadas de libertad deambulatoria, aunque el objetivo específico del autor se dirigiese exclusivamente a una de ellas, admitiendo la de las demás como consecuencia necesaria e inevitable y por tanto querida para alcanzar su propósito. El injusto descansa no solo en el desvalor de la acción, sino también en el desvalor del resultado. La pluralidad de objetos materiales, como sucede aquí, sería para otro sector doctrinal dato clave para excluir el concurso ideal. Si en casos de dolo eventual sería posible acoger la tesis del concurso ideal (SSTS de 23 de abril de 1992, 11 de junio de 1997, o 24 de noviembre de 1999), no lo es conforme a la línea predominante en la actualidad, aunque existan precedentes que pudieran apoyar esa visión, cuando estamos ante casos de dolo directo, sea de primero o de segundo grado (dolo de consecuencias necesarias).

(...)

Séptimo.—La entidad condenada como responsable civil directo formaliza un único motivo por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 LECrim por inaplicación de un nutrido conglomerado de preceptos legales, reglamentarios y supranacionales así como un Acuerdo no jurisdiccional de esta Sala Segunda y algún precedente jurisprudencial. En definitiva viene a discrepar con solventes argumentos muy bien estructurados y con apoyo en los arts. 2.3 del Reglamento del Seguro Obligatorio aprobado por Real Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre y del art. 1.4 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor de la aplicación del art. 76 de la Ley del Contrato de Seguro para imponerle la obligación de asumir la indemnización pese al carácter doloso de los hechos.

Invoca y transcribe un largo pasaje de la STS 427/2007, de 8 de mayo de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo que ciertamente, modificando posturas anteriores, representó un importante giro en la doctrina de esta Sala en lo referente a la obligación de indemnizar por las Aseguradoras los daños causados de forma intencionada con vehículos a motor.

Hasta ese momento este Tribunal en el caso de delitos dolosos contra la vida o la integridad física causados con un vehículo proclamaba la responsabilidad de las Aseguradoras, o en su caso, del Consorcio de Compensación de Seguros. Sólo quedaba excluida excepcionalmente la cobertura del Seguro Obligatorio del Automóvil cuando el vehículo hubiese sido utilizado como instrumento del delito a través de una acción totalmente extraña a la circulación. Se hacía realmente difícil, tal y como apuntaron algunos comentaristas, pensar en un supuesto en que el vehículo se emplee exclusivamente para producir el daño a las personas, sin que además realice la acción propia de los vehículos de motor, —circular—. Corolario de ello es que la condena por delitos de homicidio o lesiones causados de forma intencionada con un vehículo venía habitualmente acompañada de la declaración de responsabilidad civil directa de la Aseguradora del vehículo o del Consorcio.

Esta doctrina se mantuvo pese a la reforma del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (art. 71 de la Ley 14/2000, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social). El apartado 4.º del artículo 1 de la citada Ley sobre responsabilidad civil y seguro, quedó redactado en los siguientes términos:

«4. Reglamentariamente se definirán los conceptos de vehículos a motor y hecho de la circulación a los efectos de la presente Ley. En todo caso no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes».

Una norma con rango de ley ordinaria, de manera diáfana, afirmaba que a efectos del ordenamiento no se consideraba hecho de la circulación la utilización del vehículo para la comisión de delitos dolosos. De ahí se seguiría la exclusión de la cobertura del seguro obligatorio.

La aprobación del Reglamento sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (Real Decreto 7/2001, de 12 de enero) desarrollaba tal proclamación legal apostillando que «en todo caso, será hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor en cualquiera de las formas descritas en el Código Penal como conducta constitutiva de delito contra la seguridad del tráfico, incluido el supuesto previsto en el artículo 383 de dicho Código Penal. «Y es que, en efecto, esos delitos contra la seguridad vial tienen una configuración dolosa, pero la intención se refiere al peligro y no al resultado. Lo que se excluye de la cobertura es la causación dolosa del resultado lesivo o dañoso. La conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas o drogas, la conducción con temeridad manifiesta y puesta en peligro de la vida o integridad de las personas, o la más grave infracción de este abanico —conducción con consciente desprecio de la vida de los demás— son conductas en las que sí opera el sistema de cobertura obligatoria.

Pese a esas reformas la doctrina de esta Sala, avalada por algunos Plenos no Jurisdiccionales, afirmando la responsabilidad de la aseguradora por el seguro obligatorio pervivió durante unos años.

La rectificación se produjo mediante el Acuerdo no Jurisdiccional del Peno de esta Sala Segunda (art. 264 LOPJ) alcanzado el día 24 de abril de 2007 «no responderá la aseguradora con quien tenga concertado el seguro obligatorio de responsabilidad civil cuando el vehículo de motor sea instrumento directamente buscado para causar el daño personal o material derivado del delito. Responderá la aseguradora por los daños diferentes de los propuestos directamente por el autor». Se eliminó la exigencia de que el hecho constituyera una acción totalmente extraña a la circulación, difícilmente pensable (salvo supuestos cuya inclusión jamás se ha planteado, v.gr., un coche bomba sin movimiento).

El Acuerdo en sintonía con las reformas normativas expulsaba de la cobertura del seguro obligatorio los daños causados mediante dolo, es decir, intencionados.

No es cuestionable en este supuesto el dolo directo (aunque sea de segundo grado) proyectado sobre las lesiones causadas que son las indemniza-

bles y no sobre el hipotético resultado de muerte no producido (STS 1077/2009, de 3 de noviembre). No es momento de entretenerse en señalar si el dolo eventual queda también excluido de la cobertura, lo que nos llevaría, al complejo tema de las fronteras entre ambos tipos de dolo con las diversas teorías manejadas, ni de desentrañar qué ha de entenderse por «daños diferentes de los propuestos directamente por el autor». No hay duda que la exclusión afecta al supuesto de hecho aquí contemplado.

Ese acuerdo plasmó en la sentencia citada por la entidad recurrente (427/2007, de 8 de mayo). Pese a su extensión compensa transcribir algún pasaje. Aunque se refiere al seguro obligatorio hay un marco de discusión en buena parte común a ambas modalidades aseguradoras. La sentencia se hacía eco de las dificultades que encierra la cuestión, de los temas implicados y de la evolución jurisprudencial hasta ese momento.

«...No puede desconocer este Tribunal la indudable complejidad técnica de esta materia, cuyo estudio no puede llevarse a cabo sin enmarcarla en el contexto más amplio del seguro y, particularmente, en el del seguro de responsabilidad civil; y, dentro de éste, en el campo del seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor, en el cual, desde la Ley de 24 de diciembre de 1962, ha sido una constante preocupación del legislador así como de los Tribunales de justicia la atención a las víctimas de estas actividades, de lo que han sido buena muestra la inversión de la carga de la prueba en los casos en los que pueda inferirse la culpa del conductor del vehículo, la objetivación de la obligación indemnizatoria, superando los angostos y dificultosos caminos de la culpa del conductor, el reconocimiento de la acción directa de los perjudicados frente a las entidades aseguradoras y el carácter solidario de la obligación de éstas, la limitación de las excepciones oponibles por las aseguradoras, la indemnización por mora, la ampliación de la cobertura de este seguro a los daños materiales y, más recientemente, el establecimiento de la indemnización conforme a un baremo.

Sin la menor duda, la cuestión aquí planteada —como decimos— es una cuestión sumamente compleja que tiene dividida a la doctrina, por

cuanto, si de un lado, el art. 1 de la Ley de Contrato de Seguro habla de «indemnizar, dentro de los límites pactados», constituyendo un principio indiscutido del contrato de seguro la imposibilidad de asegurar los daños dolosamente causados, por lo que en el art. 19 de la misma Ley se establece que «el asegurador estará obligado al pago de la prestación salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado»; por otro lado, el art. 73 de la propia Ley establece también que «por el seguro de responsabilidad civil, el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado conforme a Derecho», y el art. 76, por su parte, dispone que «el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado».

Ante este problema jurídico, la Sala Segunda del TS, en el Pleno no jurisdiccional celebrado el 14 de diciembre de 1994, puso de relieve la distinta situación que se planteaba en función de la legislación aplicable (seguro obligatorio o seguro voluntario), y sostuvo que la expresión «hechos de la circulación» no implica una distinción entre «accidente, doloso, culposo o fortuito», por lo que el dolo del asegurado no debe exonerar de responsabilidad a la entidad aseguradora; y en el Pleno no jurisdiccional celebrado el 6 de marzo de 1997, tomó el acuerdo de que las sentencias condenatorias por delitos dolosos o culposos cometidos con vehículos de motor que determinen responsabilidad civil para las víctimas, deben incluir la condena a la entidad aseguradora dentro de los límites del seguro obligatorio, siempre que el daño se haya ocasionado «con motivo de la circulación», con lo que los supuestos jurídicamente conflictivos quedarían reducidos, en buena medida, a aquellos en que exista un dolo directo sobre el resultado.

En el plano jurisdiccional, la STS de 12 de noviembre de 1994 dice sobre esta cuestión, con

todo acierto, que «una cosa es que no quepa asegurar conductas dolosas y otra muy distinta que entre los riesgos aleatorios del seguro esté incluido el de hacer frente a los perjuicios causados por actuación ilícita del conductor»; poniendo de relieve que, en estos casos, «el asegurador que se subroga en la obligación indemnizatoria tiene derecho a repetir sobre el asegurado culpable para resarcirse del perjuicio que a su vez sufre por esa conducta culpable», por lo que, en último término, el problema que puede plantear la frecuente insolvencia de los asegurados habría de ser afrontado desde la perspectiva de las primas del seguro.

2. En el presente caso —como hemos visto—, la parte recurrente impugna la sentencia de instancia fundamentalmente porque es contrario a la esencia del seguro la cobertura de los hechos dolosos, porque el hecho causante de las lesiones e incapacidad de la víctima ha sido una conducta del acusado ejecutada con dolo directo de primer grado, y porque, por ello, dicha conducta está fuera del marco de un «hecho de la circulación»; pretendiendo así fundamentar su impugnación —desde la perspectiva de la normativa jurídica vigente— en los preceptos cuya infracción se denuncia en el motivo.

Entre dicha normativa, se cita la Convención Europea sobre responsabilidad civil en caso de daños causados por vehículos automóviles (art. 11) y la Directiva de la CEE de 24 de abril de 1972 —de la que son «destinatarios» los Estados miembros—. Tanto la Convención como las Directivas de la CEE han pretendido fundamentalmente armonizar, en esta materia, los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y mejorar la posición de las víctimas.

Reflejo de estos compromisos internacionales han sido las reformas legales introducidas por el legislador en nuestro ordenamiento jurídico, entre ellas las citadas expresamente por la parte recurrente: el art. 1.4 de la LRCSCVM, reformado por la Ley 14/2000, el art. 1.1 de la Ley 30/1995 y del RD Legislativo de 29 de octubre de 2004, y los artículos 3 y 9 del Reglamento del Seguro Obligatorio, de 12 de enero de 2001.

El Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor dispone,

en el art. 1, que «1. El conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de éstos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación. (...) 4. Reglamentariamente, se definirán los conceptos de vehículos a motor y hecho de la circulación, a los efectos de esta ley. En todo caso, no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes».

El Reglamento del Seguro Obligatorio (RD 7/2001, de 12 de enero), establece, en su art. 3, «1. A los efectos de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor y del seguro de suscripción obligatoria regulado en este Reglamento, se entienden por hechos de la circulación los derivados del riesgo creado por la conducción de los vehículos a motor a que se refiere el artículo anterior, tanto por garajes y aparcamientos, como por vías o terrenos públicos o privados aptos para la circulación, tanto urbanos como interurbanos, así como por vías o terrenos que sin tener tal aptitud sean de uso común»; y, en el art. 3, que «4. Tampoco tendrá la consideración de hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes. En todo caso, será hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor en cualquiera de las formas descritas en el Código Penal como conducta constitutiva de delito contra la seguridad del tráfico, incluido el supuesto previsto en el artículo 383 de dicho Código Penal»; y, en el art. 9, «1. El seguro de suscripción obligatoria comprende la cobertura de los daños a las personas y en los bienes causados a los perjudicados por hechos de la circulación, sin perjuicio de las exclusiones recogidas en el artículo siguiente» (que se refiere a los siguientes supuestos: a) muerte o lesiones del conductor del vehículo; b) daños sufridos por el vehículo, por las cosas transportadas y aquellas que sean propiedad de las personas que se citan; y, c) los daños a las personas y en los bienes causados por un vehículo robado).

En atención a las últimas reformas legales sobre la materia, se ha estimado procedente celebrar un nuevo pleno no jurisdiccional de esta Sala con objeto de precisar el alcance de las mismas en relación con los criterios adoptados en su día, en

los plenos no jurisdiccionales anteriormente citados, como consecuencia de los cuales la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que la cobertura del Seguro Obligatorio del Automóvil «sólo quedará excluida excepcionalmente cuando se utilice un vehículo exclusivamente como instrumento del delito, a través de una acción totalmente extraña a la circulación «(v., por todas, las SS TS 179/1997, de 29 de mayo y 773/2004, de 23 de junio); por cuanto una aplicación estricta de los términos de esta doctrina podría ser contraria a la mencionada reforma legal.

En la deliberación llevada a cabo sobre esta materia, en el pleno no jurisdiccional del día 24 de abril de 2007, se puso de manifiesto que la repetida reforma legal afectaba directamente a la línea jurisprudencial adoptada por esta Sala, y que, en consecuencia, era preciso determinar claramente «qué debe entenderse por hecho de la circulación» y valorar correctamente —desde la perspectiva del dolo de la acción— la circunstancia de que el vehículo de motor haya sido utilizado por el sujeto como instrumento para la comisión del delito contra las personas o los bienes, en cuanto el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor se refiere a daños causados «con motivo de la circulación» (art. 1.1), y determina claramente que «en todo caso, no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes (art. 1.4). Principios recogidos igualmente en el Reglamento sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, en el que se precisa algo más sobre el particular, al decirse que «en todo caso, será hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor en cualquiera de las formas descritas en el Código Penal como conducta constitutiva de delito contra la seguridad del tráfico, incluido el supuesto previsto en el artículo 383 de dicho Código Penal «(art. 3.3), con lo que parece evidente que únicamente deben quedar fuera de la cobertura del Seguro Obligatorio los daños causados por «dolo directo». Y, en este sentido, el pleno de la Sala tomó el siguiente acuerdo: «No responderá la aseguradora con quien tenga concertado el seguro obligatorio de responsabilidad civil cuando el vehículo de motor sea instrumento directamente buscado para causar el

daño personal o material derivado del delito. Responderá la aseguradora por los daños diferentes de los propuestos directamente por el autor», con lo que se viene a eliminar la exigencia de que el hecho enjuiciado constituyera «una acción totalmente extraña a la circulación» como se había mantenido hasta el momento por la jurisprudencia de esta Sala».

A la vista de tal acuerdo y del vigente panorama normativo no hay duda alguna de que el seguro obligatorio no cubre la indemnización por lesiones causadas dolosamente. La STS 1077/2009, de 3 de noviembre reiteró esa doctrina, que aquí no se cuestiona.

Octavo.—La sentencia de instancia conoce tal línea discursiva, pero se acoge a la inaugurada singularmente por la STS 338/2011, de 16 de abril que no es contradictoria con aquella, sino complementaria. Enseña cómo esa normativa que determinó el giro jurisprudencial no excluye la obligación de pago de la aseguradora cuando junto al seguro obligatorio existe otro de carácter voluntario como sucede en este caso (folios 265 y 266). Tal sentencia, tras recordar los precedentes jurisprudenciales que acaban de citarse, razona así: (...)

Ese enfoque aunque con argumentación mucho más lacónica había sido ya anunciado por la STS 232/2008, de 24 de abril, que, como se ha visto, también es aludida en la STS 338/2011.

El Tribunal a quo junto a los argumentos basados en esos precedentes, cierra su discurso con otras consideraciones: «En todo caso conviene apuntar que la diferencia de régimen puede justificarse no solo por la finalidad de ampliación del espacio de protección de los perjudicados. Creemos que puede identificarse una razón singular en los propios fundamentos que caracterizan a un régimen de cobertura respecto al otro. Frente al seguro obligatorio donde prima el elemento socializador del riesgo y, por tanto, la necesidad de que las primas, las coberturas y los riesgos puedan responder a criterios actuariales que permitan su cálculo previsible, como garantía de eficacia del sistema de seguro, en el régimen voluntario dichas variables quedan expuestas a la economía de los contratos y, por tanto, a una diferente razón de cobertura de los riesgos derivados del uso de vehículos de motor con independencia de la fuente

dolosa o imprudente de los daños en los que se concreten».

La posterior STS 1148/2011, de 8 de noviembre no contradice esa línea. Se ciñe al análisis desde la perspectiva del seguro obligatorio.

Noveno.—No se entiende según la recurrente la disparidad de régimen sobre este particular entre seguro obligatorio y voluntario; y, menos todavía, la sinuosa evolución de la jurisprudencia. Después de insistir una y otra vez en que esos casos de daños o lesiones dolosas estaban cubiertos por el seguro obligatorio, sin que se condenase por el voluntario (STS de 8 de julio de 1992), cuando la legislación arrastra inequívocamente a abandonar esa exégesis se «huye» para refugiarse en el seguro voluntario.

Repasemos primeramente algunos de los argumentos blandidos con rigor por la recurrente:

a) debe advertirse que el art. 117 CP, recordado por partidarios de una y otra tesis como refrendo de sus posiciones, no es argumento legal concluyente en ningún sentido. Su redacción es compatible con ambas opiniones. Se limita a proyectar al escenario procesal penal la responsabilidad civil directa de la Aseguradora que «hubiese asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad», «sin perjuicio del derecho de repetir contra quien corresponda». Si se trata de un problema de ámbito del riesgo asegurado como se viene sosteniendo por quienes rechazan la responsabilidad de la Aseguradora en el caso de delitos dolosos, el precepto no interfiere en esta cuestión. Si la conducta dolosa no es un «riesgo» asegurado, falta la base para que entre en juego el precepto. Hay muchos supuestos distintos en que se activa ese derecho de repetir a que alude la norma penal.

b) La recurrente se apoya sobre todo en la exclusión de ese riesgo de la cobertura. La obligación no ha nacido. La ratio última habría que encontrarla en el art. 19 LCS: los delitos dolosos son hechos ajenos por su propia naturaleza a la cobertura de un seguro de responsabilidad civil.

El actual art. 2.3 del Real Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre abunda en esa premisa: «tampoco tendrá la consideración de hecho de la circulación la utilización de un vehículo de motor como

instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las persona y bienes...». Si no es un hecho de la circulación escapa al ámbito del seguro de responsabilidad civil que cubre esos «hechos de la circulación».

Pero a ésto hay que contestar que el seguro voluntario tiene unos espacios más amplios. No significa que puedan asegurarse conductas dolosas; pero sí que respecto de ellas el legislador puede establecer una «exclusión de cobertura» no oponible a terceros que es lo que hace el art. 76 LCS para todos los seguros de responsabilidad civil voluntarios. Esa norma rige también para los seguros de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos de motor (art. 2.6 LRCS-CVM).

La exclusión del concepto de «hecho de la circulación» solo está afirmada normativamente respecto del seguro obligatorio. En las pólizas de seguro voluntario de automóviles (aunque aquí la Aseguradora no ha aportado todo el clausulado) es habitual una previsión específica para fijar el derecho a la aseguradora a repetir del asegurado «cuando el daño o perjuicio causado sea debido a conducta dolosa del asegurado».

c) Tiene razón la recurrente al recordar atinadamente que la exclusión de su responsabilidad civil no lleva aparejada automáticamente una desprotección de la víctima frente a una eventual insolvencia del causante de las graves lesiones. Sería beneficiaria en todo caso de las ayudas previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre de Ayudas de Asistencia a las Víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

Ahora bien, eso tampoco despeja la cuestión. Que exista otro mecanismo de protección subsidiario o convergente, o alternativo, no condiciona la interpretación que se dé al art. 76 LCS. Puede ser tan solo un razonamiento adicional, de refuerzo, o algo que podría tomar en consideración el legislador a la hora de plantearse una modificación. Pero no es argumento suficiente para rechazar el planteamiento de la Audiencia Provincial.

d) Los ejemplos aducidos para tratar de enfatizar que la solución brindada por la Audiencia no es lógica, no son afortunados. Se habla de la responsabilidad civil de fabricantes o vendedores de navajas o armas por los delitos ocasionados con ellos. Obviamente el fabricante de navajas o

armas no se convierte por eso en responsable civil de los daños que puedan causarse con unas u otras en principio. Ni cuando el hecho sea doloso ni cuando sea imprudente. No estamos ante un problema de aseguramiento. Y si hubiese una póliza que garantizase la posible responsabilidad civil del fabricante, tampoco habría de hacer frente a las indemnizaciones, porque no hay responsabilidad civil del asegurado, tampoco aunque el disparo con el arma hubiese sido accidental.

En el supuesto que ahora se dilucida sí que hay responsabilidad civil del asegurado.

e) Es verdad que no cabe el aseguramiento del dolo. No se discute esa premisa esencial de lo que es reflejo específico el art. 19 LCS. El autor doloso de daños jamás podrá verse beneficiado por el contrato de seguro.

El interrogante es diferente. No se trata de sostener la asegurabilidad del dolo —que no cabe— sino de indagar si el legislador de 1980, junto a ese principio general que se respeta en su esencialidad, ha establecido una regla en el sentido de hacer recaer en el asegurador la obligación de indemnizar a la víctima de la conducta dolosa del asegurado. El automático surgimiento del derecho de repetición frente al causante del daño salva el dogma de la inasegurabilidad del dolo: nadie puede asegurar las consecuencias de sus hechos intencionados. Faltaría la aleatoriedad característica el contrato de seguro. Lo que hace la Ley es introducir una norma socializadora y tuitiva (con mayor o menor acierto) que disciplina las relaciones de aseguradora con víctima del asegurado. La aseguradora al concertar el seguro de responsabilidad civil y por ministerio de la ley (art. 76 LCS) asume frente a la víctima (que no es parte del contrato) la obligación de indemnizar todos los casos de responsabilidad civil surgidos de la conducta asegurada, aunque se deriven de una actuación dolosa. En las relaciones internas y contractuales con el asegurado no juega esa universalidad: la responsabilidad civil nacida de un hecho intencionado ha de repercutir finalmente en el asegurado. Pero el riesgo de insolvencia de éste la ley quiere hacerlo recaer sobre la aseguradora y no sobre la víctima.

La acción directa otorga a la víctima un derecho propio que no deriva solo del contrato sino también de la ley. Por tanto no se ve afectado por

las exclusiones de cobertura. Al asegurador sólo le queda la vía del regreso. Que el regreso fracase por insolvencia del asegurado es parte de su riesgo como empresa.

f) Si no se admite ese binomio —inoponibilidad frente al tercero/repetición frente al asegurado— no es posible dotar de algún espacio a la previsión del art. 76 LCS sobre la exceptio doli. El principio de vigencia es una máxima elemental en materia de exégesis de un texto normativo. Obliga a rechazar toda interpretación que prive de cualquier operatividad a un precepto. Una norma querida por el legislador ha de tener una significación, ha de ser aplicable a algún grupo de supuestos, por reducido que sea. La interpretación abrogante no es interpretación, es derogación por vía no legítima. Recordemos de nuevo el texto del art. 76 LCS:

«El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero.

La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido».

Se desprenden inequívocamente tres premisas:

i) El tercero perjudicado tiene acción directa frente a la aseguradora también cuando hay una actuación dolosa.

ii) La aseguradora no puede oponer frente a la pretensión del perjudicado la exceptio doli.

iii) Sí tiene derecho para repetir contra el asegurado.

Se antoja una tarea hercúlea encontrar algún significado a la mención del art. 76 a la exceptio doli si no es desde la interpretación que ha acogido la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real.

No puede olvidarse que esa norma rige para todos los seguros de responsabilidad civil y su interpretación ha de hacerse desde esa perspectiva universal. En el ámbito del seguro obligatorio de vehículos de motor hay un régimen especial. Pero ese régimen no es trasladable sin más al seguro voluntario ni en esa actividad, ni en otras.

Se viene defendiendo desde hace años —y ese argumento se blandía con habilidad y «astucia», utilizando el calificativo que elogiosamente usaba un comentarista, en alguno de los votos particulares que han acompañado en ocasiones a los pronunciamientos de esta Sala (STS de 29 de mayo de 1997)—, que el art. 76 tendría como objetivo vencer las renuencias de las Aseguradoras a indemnizar o a consignar las cantidades. Se les privaría de una posible «excusa» para dilatar el pago (insinuación de que los hechos habían sido dolosos). Es una ingeniosa lectura del art 76. Pero si consigue hacer compatible su dicción literal con la tesis de la exclusión erga omnes de cobertura de los resultados dolosos, lo es a costa de romper moldes en la lógica jurídica. En efecto, tal entendimiento, analizado detenidamente, se derrumba por inconsecuente. Si fuese congruente habría que concluir que en esos casos si la repetición frente al causante resulta fallida por causa de insolvencia, la Aseguradora podría recuperar lo pagado de la víctima cuando estuviese ya acreditado y proclamado judicialmente el carácter doloso de los hechos. No se puede sostener que no tenía obligación de pagar pero que no puede recuperar lo «indebidamente» abonado. Si lo que se quiere con el art. 76 es que la Aseguradora pague en tanto se clarifica el suceso, una vez esclarecido no tiene sentido el art. 76 que cabalmente pregona que la Aseguradora no puede oponer el dolo al tercer perjudicado, tampoco cuando esté meridianamente claro que la actuación fue dolosa.

En este sentido es ilustrativa la STS Sala 1.^a 631/2005 de 20 de julio. Es un pronunciamiento recaído en el orden jurisdiccional civil que presenta por ello una singular peculiaridad. El carácter doloso de los hechos ya estaba proclamado judicialmente: el proceso civil mediante el que el perjudicado acciona frente a la Aseguradora con la base del art. 76 LCS se inicia cuando ya estaban ventiladas las responsabilidades penales. La insolvencia de los responsables civiles (principal y subsidiario) aboca al perjudicado a entablar el

pleito civil. Pues bien, eso no es obstáculo para que la Sala Primera de este Tribunal sostenga que no puede oponerse la exceptio doli por impedirlo el art. 76 LCS que, por tanto, no es una mera prevención para orillar posibles excusas de mal pagador, sino una auténtica norma material de fondo. Es cierto que en ese supuesto hay diferencias importantes en cuanto entre el responsable penal y el perjudicado se interpone un tercer responsable civil. Pero a los efectos que aquí interesan eso no cambia la esencia del argumento: «a) No cabe duda alguna de que el art. 1.º LCS obliga al asegurador a indemnizar a los perjudicados por el daño sufrido cuando se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, «dentro de los límites pactados» (lo que obliga, en todo caso, a dar cumplimiento a las Condiciones de la Póliza, en cuanto deban aplicarse), y que el 19 exime al asegurador de dicho pago, «en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado» (mala fe, en la que, indudablemente, hay que incluir el acto realizado con dolo por el asegurado, con lo que se excluirían, en principio, las consecuencias civiles, no asegurables, de los actos delictivos cometidos por dicho asegurado), pero hay que tener muy en cuenta que dichos preceptos son generales (incluidos en el Título I de la Ley reguladora), aplicables, inicialmente, a todas las clases de seguros, y por lo tanto, con la salvedad de lo que al respecto se diga para algún tipo o clase específico de seguro, de los que la Ley citada regula en sus apartados propios de ellos. Indudablemente (y los seguros de robo y especialmente el de incendio, serían un exponente claro de la aplicación de esa regla), no se pueden asegurar los propios delitos cometidos por el tomador del seguro, como propio asegurado, en cuanto el dolo va unido a, o está formado por, la intención de obtener una ganancia o beneficio a través del delito o acto ilícito o de mala fe, producido, y ello con evidente perjuicio, a través del engaño o la superchería, para el asegurador.

B) Ello no obstante, y en relación con el Seguro especial, de «responsabilidad civil» (Sec. 8.ª, del Tít. II de la LCS, que trata, en sus distintas Secciones, pormenorizadamente, y entre ellos, del indicado, de los «Seguros de Daños»), figura el art. 76, según el que, «el perjudicado, o sus herederos, tendrán «acción directa» contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de

indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurado a «repetir» contra el asegurado, en el caso de que sea debido a «conducta dolosa» de éste, el daño causado a tercero».

Este precepto, y ello disintiendo, en el presente caso, de la doctrina que pudo declarar lo contrario, constituye una norma especial, y, por lo tanto, de preferente aplicación para el seguro de que se trata (conforme al principio de que la «ley especial deroga a la ley general en lo que aquélla regula») sobre la regla general del art. 19 (que eliminaría, para los seguros que no tienen esa prevención, la excepción a la responsabilidad de la aseguradora, por «mala fe» del asegurado, o sea, por conducta «dolosa» o «delictiva» del mismo).

Esta misma regla especial se recoge en las Condiciones Generales de la Póliza aquí aplicable (art. 20-2 de las mismas), y debe, por ello, la misma aplicarse, también por voluntad de las partes (conforme al pacto: art. 1.º LCS).

... F) Es de mantener también, como se dice en la motivación del Recurso, la razonable fundamentación de las Sentencias en ella recogidas, en cuanto a distinguir la eficacia del Contrato de Seguro de Responsabilidad Civil en dos frentes, el propio del mismo asegurado, en relación con la preservación o protección de su particular patrimonio, y el general, de instrumento de tutela (sea el seguro obligatorio o voluntario) de los derechos de las víctimas o perjudicados (desarrollo del amparo dentro del aspecto de lavictimología, tan protegido en otros Derechos, como el francés), por lo que en la actuación jurídica de la Póliza en este caso, y dada la insolvencia del responsable directo, y del subsidiario del mismo, primaría este último aspecto.

Se han ensayado otras interpretaciones para salvar la literalidad del art. 76 en lo que se refiere a la exceptio doli negando al mismo tiempo la obligación de la aseguradora de afrontar las indemnizaciones en los casos de daños dolosos.

Se ha intentado limitar la previsión a los casos de dolo eventual. Pero con ello no solo se cuartea el principio que se quiere salvar (no cobertura del dolo), sino que además sin base se fuerza la dicción del art. 76 LCS.

También se ha sugerido que el precepto estaría pensando en delitos contra la seguridad vial, dolo-

sos pero solo en relación al peligro no en cuanto al resultado. Pero esa exégesis tampoco cohonesta bien con la dicción del precepto que habla de daño o perjuicio causado por conducta dolosa; amén de suponer una visión muy reduccionista de esa previsión que está pensando en todos los seguros de responsabilidad civil y no únicamente en los concertados en el ámbito de la circulación rodada.

Décimo.—Conviene insistir de nuevo en que el art. 76 LCS rige para todos los seguros de responsabilidad civil. En los repertorios de jurisprudencia se encuentran casos nada infrecuentes en que tal previsión ha servido de soporte para que la aseguradora indemnice al perjudicado «sin perjuicio del derecho de repetir» por conductas dolosas surgidas con motivo del ejercicio de profesionales liberales (vid. SSTS 384/2004, de 22 de marzo, ó 2172/2001, de 26 de noviembre referidas ambas a defraudaciones imputadas a abogados, o con matices diversos, la STS 173/2009, de 29 de marzo en el ámbito sanitario).

Explica la STS 1240/2001, de 22 de junio que contempla precisamente un supuesto de responsabilidad de la aseguradora para hacer frente a la indemnización nacida de un delito de estafa: «Una cosa es que no quepa asegurar conductas dolosas y otra muy distinta que entre los riesgos aleatorios del seguro esté incluido el de hacer frente a los perjuicios causados por actuación ilícita del asegurado. En esos casos, el asegurador que se subroga en la obligación indemnizatoria, tiene derecho a repetir sobre el asegurado culpable para resarcirse del perjuicio que a su vez sufre por esa conducta culpable. El tercero inocente es ajeno a todo ello y ostenta por eso aquella acción directa e inmune del artículo 76 que rige con especificidad en la materia por lo que como norma singular es prevalente.

El mismo dato de que prevea la posibilidad de la repetición es revelador de que ha habido obligación legal y su pago por el asegurador, si no tal previsión sería ociosa.

El artículo 19 lo que excluye es que el asegurado esté obligado a indemnizar al propio asegurado por el siniestro producido por mala fe de éste.

El seguro de responsabilidad civil constituye tanto un medio de protección del patrimonio del asegurado como un instrumento de tutela de los terceros perjudicados. En consecuencia se trata

de amparar a las víctimas dando cobertura a las indemnizaciones procedentes con independencia de que el evento generador del daño sea un ilícito civil o un ilícito penal, sea culposo o doloso...

... se alega, en primer lugar, el principio de no asegurabilidad del dolo. Sin embargo lo que prohíbe dicho principio es que el agente asegure su patrimonio contra las consecuencias negativas que se le pueden derivar de sus propios comportamientos dolosos, pero no que se establezca un sistema obligatorio de protección a las víctimas de una determinada fuente de riesgo que garantice a las mismas un nivel básico de cobertura frente a los daños sufridos, con independencia de que el origen del daño sea un ilícito civil o penal, doloso o culposo. La diferencia no afecta a la víctima, pero sí al autor: si el comportamiento causante del daño fue culposo, el seguro ampara a la víctima sin posibilidad de repetición es decir que también exonera al causante del daño de su responsabilidad civil. Si el acto es doloso, el seguro ampara igualmente a la víctima, pero se puede repetir contra el causante del daño pues al ser doloso el acto la responsabilidad del causante no se elimina con el pago del seguro, sino que se le exige por el asegurador».

... se alega, en primer lugar, el principio de no asegurabilidad del dolo. Sin embargo lo que prohíbe dicho principio es que el agente asegure su patrimonio contra las consecuencias negativas que se le pueden derivar de sus propios comportamientos dolosos, pero no que se establezca un sistema obligatorio de protección a las víctimas de una determinada fuente de riesgo que garantice a las mismas un nivel básico de cobertura frente a los daños sufridos, con independencia de que el origen del daño sea un ilícito civil o penal, doloso o culposo. La diferencia no afecta a la víctima, pero sí al autor: si el comportamiento causante del daño fue culposo, el seguro ampara a la víctima sin posibilidad de repetición es decir que también exonera al causante del daño de su responsabilidad civil. Si el acto es doloso, el seguro ampara igualmente a la víctima, pero se puede repetir contra el causante del daño pues al ser doloso el acto la responsabilidad del causante no se elimina con el pago del seguro, sino que se le exige por el asegurador».

Y es que cabalmente el art. 76 LCS rectamente entendido solo admite una interpretación a tenor

de la cual la aseguradora, si no puede oponer el carácter doloso de los resultados (y según la norma no puede oponerlo en ningún momento: tampoco si eso está acreditado) es que está obligada a efectuar ese pago a la víctima, sin perjuicio de su derecho de repetir. Lo que significa en definitiva, y eso es lo que quiso, atinadamente o no, el legislador, es que sea la aseguradora la que soporte el riesgo de insolvencia del autor y nunca la víctima. El asegurado que actúa dolosamente nunca se verá favorecido; pero la víctima tampoco se verá perjudicada.

Legalmente se asigna al seguro de responsabilidad civil una función que va más allá de los intereses de las partes contratantes y que supone introducir un factor de solidaridad social. La finalidad de la prohibición del aseguramiento de conductas dolosas (art. 19) queda preservada porque el responsable por dolo es en definitiva la persona a la que el ordenamiento apunta como obligado al pago. Pero frente a la víctima, la aseguradora no puede hacer valer esa causa de exclusión. El dogma «el dolo no es asegurable» permanece en pie. Cosa diferente es que modernamente el contrato de seguro de responsabilidad civil haya enriquecido su designio primigenio como instrumento de protección del patrimonio del asegurado. La ley le ha adosado otra función: la protección del tercero perjudicado. Si se quiere, es un riesgo no cubierto. No hay inconveniente en aceptarlo. Pero la ley —art. 76— por razones de equidad ha querido expresamente obligar al asegurador al pago frente al tercero. La exclusión del riesgo en este caso, por voluntad explícita de la ley, solo hace surgir el derecho de regreso.

Se ha dicho que de esa forma se está desnaturalizando la concepción del seguro. Es una objeción solvente: pero hay que dirigírsela al legislador. En cualquier caso la previsión legal tampoco aparece como algo absolutamente extravagante en un panorama normativo en el que se transfieren cada vez más riesgos de daños y accidentes de la esfera individual a la social, y se busca no solo proteger el patrimonio del autor del hecho dañoso, sino también obtener una indemnización ágil para la víctima ajena al seguro que ha padecido los daños.

En el sector de los seguros de responsabilidad civil, el fundamento de la prohibición de aseguramiento del dolo responde a razones diferentes de las que rigen en otros seguros (daños, incendios).

Por eso el principio de inasegurabilidad del dolo en este tipo de seguro se puede implementar por dos vías alternativas:

a) La posibilidad más simple es exonerar a la Compañía de seguros de la obligación de hacer frente a la indemnización. La víctima, entonces, podría dirigir su reclamación indemnizatoria únicamente frente al asegurado-causante doloso del daño. Se hablaría de una exclusión de cobertura oponible al tercero perjudicado.

b) Cabe una solución diferente que es la asumida en nuestro ordenamiento: obligar a la aseguradora a abonar a la víctima del daño la indemnización correspondiente, pero permitiéndole repetir lo pagado contra el asegurado. Se concede a la Compañía de seguros un derecho de regreso frente al asegurado que le permita recuperar lo pagado por daños intencionados.

Es legítima esa segunda opción. Puede discutirse sobre su corrección, sobre su conveniencia desde la perspectiva de un análisis económico del derecho (como, en efecto, se ha hecho apuntándose curiosamente que esa óptica economicista aconsejaría implementar esa solución solo para el seguro obligatorio), o sobre la necesidad de mantenerla una vez que se ha construido un sistema efectivo para cubrir los daños de víctimas de delitos violentos. Puede discreparse. Pero que hoy por hoy es el sistema encarnado por el art. 76 LCSe-guro no puede negarse sin traicionar la dicción de esa norma.

El seguro de responsabilidad civil tiende a cubrir toda la posible responsabilidad civil relacionada con una actividad. No es un problema de ámbito estrictamente. El siniestro consiste en la responsabilidad civil del asegurado nacida del uso del vehículo de motor.

Usa la entidad recurrente otro habilidoso argumento para eludir su responsabilidad que tampoco puede tener acogida: se dice que como el seguro voluntario solo cubre el exceso sobre el obligatorio y las cantidades fijadas como indemnización no sobrepasan ese límite, no habría lugar a cargar la indemnización en el seguro voluntario.

El argumento es falaz: el seguro voluntario puede cubrir todo lo no cubierto por el seguro obligatorio; y no solo los excesos cuantitativos. No es itinerario argumental adecuado la vincula-

ción exclusiva del seguro voluntario a un tema de montos indemnizatorios. Una cosa es que estadísticamente el seguro voluntario funcione habitualmente más como complementario de cuantías que como suplementario, añadiendo coberturas cualitativamente más amplias (lo que también es frecuente como enseña la práctica) y otra muy diferente es convertir eso en un principio general normativo.

El recurso ha de ser desestimado.

(...)

Undécimo.—El único motivo interpuesto por este recurrente reclama la aplicación del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro 50/1980, de 8 de octubre, que, como es sabido, previene un régimen específico de mora del asegurador: (...)

Duodécimo.—La sentencia de instancia no ha resuelto nada sobre la pretensión que ahora esgrime el recurrente. Su silencio contradice la expresa previsión sobre la operabilidad de oficio de esos intereses, sin necesidad de reclamación de parte. Además en este supuesto la acusación particular solicitó específicamente ese incremento (folio 169 del rollo de Sala).

En rigor ante la omisión de la Sala de instancia lo más correcto hubiese sido acudir al expediente del art. 161.5.º LECrim, reformada en 2009 para armonizar su contenido con el art. 267 LOPJ. Se han ampliado las posibilidades de variación de resoluciones judiciales cuando se trata de subsanar omisiones. Es factible integrar y complementar la sentencia en cuanto guarde silencio sobre pronunciamientos exigidos por las pretensiones ejercitadas. Las partes cuentan con una herramienta específica a utilizar en el plazo de cinco días. Con tan atinada previsión se quiere evitar primeramente que el tribunal ad quem haya de reponer las actuaciones al momento de dictar sentencia, con las consiguientes dilaciones, para obtener el pronunciamiento omitido iniciándose de nuevo eventualmente el camino de un recurso. Es un remedio está al servicio de la agilidad procesal (SSTS 686/ 2012, de 18 de septiembre o 745/2012, que citan otras anteriores). Desde esa perspectiva ha merecido por parte de esta Sala la consideración de presupuesto necesario para un recurso de casación por incongruencia omisiva. Pero satisface también otras finalidades: subraya

y fortalece la naturaleza revisora del recurso de casación; es decir propicia que la función habitual y ordinaria de este Tribunal consista en reexaminar lo decidido por los Tribunales de instancia, confirmando o casando; y no a emitir «primeros pronunciamientos» no revisables después. No pueden evitarse algunas concesiones en ese punto. Solo a base de sacrificios no tolerables del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se mantendría la pureza del sistema. La casación de una sentencia, abre el paso muchas veces a una segunda sentencia en que el Tribunal Supremo recupera la instancia y ha de pronunciarse sobre cuestiones que no abordó la Audiencia Provincial. La deseable agilidad aconseja esa fórmula. Pero, al mismo tiempo, invita a no minusvalorar los mecanismos que la legislación procesal contempla para reducir a términos razonables esos supuestos. Entre ellos se cuenta en la actualidad con el comentado expediente todavía en período de rodaje y por tanto, necesitado de exploración para extraer del mismo toda su virtualidad. Éste es uno de esos casos en que el empleo de ese remedio podría haber sido operativo. La jurisprudencia (SSTS 1300/2011 de 23 de noviembre, 1073/2010 de 25 de noviembre o la ya citada 686/2012, de 18 de septiembre), lo ha convertido en requisito previo indispensable para un recurso por incongruencia omisiva (art. 851.3.º LECrim). Parece prematuro dar un paso más en esa iniciada senda exigiendo para la admisibilidad de un recurso como el ahora canalizado que se hubiese intentado que la Audiencia completase su sentencia a través de las facultades concedidas por el párrafo 5.º del art. 161 LECrim, de límites y contornos todavía no suficientemente perfilados. Pero, en todo caso, no sobran las consideraciones anteriores para avanzar en una progresiva exégesis de ese precepto. Sin llegar a constituirlo en exigencia sí es conveniente advertir que nada hubiese impedido su instrumentación en un supuesto como el presente; sin perjuicio de la fiscalización en casación del pronunciamiento de la Audiencia por cualquiera de las partes. La relativa novedad del precepto, el principio del favor actionis, y el hecho de que penden recursos de otras partes contra la sentencia aconsejan soslayar ese posible óbice procesal y resolver esta cuestión que se suscita como motivo de fondo y que ha sido objeto de réplica por la parte directamente afectada y por el Fiscal.

Decimotercero.—La aplicabilidad de ese interés no suscita controversia. La única duda que surge es la planteada en su bien trabado escrito de impugnación por la entidad Mutua Madrileña que se cobija en el transcrito apartado 8 del art. 20: existía una causa razonable que justificaría la falta de consignación. Su omisión vendría justificada por las más que fundadas dudas, con respaldo jurisprudencial, sobre la obligación de las aseguradoras de asumir el pago de las indemnizaciones en supuestos de causación dolosa de los daños. En el presente caso no se cuestionaba seriamente el carácter intencional. Una muy razonable interpretación, con reflejo en alguna jurisprudencia (de esta cuestión se ha tratado en extenso en el fundamento de derecho décimo) excluiría la responsabilidad de la Aseguradora ante esa circunstancia. Ese debate de fondo, poco clarificado, justificaría su postura renuente a la consignación o al pago por una obligación de más que discutible procedencia en su estimación, apoyada por alguna jurisprudencia y muy atendibles razones.

El discurso desarrollado en los fundamentos de derecho anteriores pone de manifiesto que, en efecto, la postura de la Aseguradora no era descabellada. Alguna doctrina de esta Sala parecería avalarla. La razonabilidad de esa posición en aquel momento (otro juicio merecería igual actitud con una jurisprudencia ya asentada, aunque pueda discreparse de ella) queda demostrada por la postura procesal que asumieron las diferentes acusaciones en el proceso de instancia. El Fiscal acusaba por delitos dolosos: eso justificaba que no ejercitase una acción de responsabilidad civil frente a la Cía de Seguros. La acusación particular, ahora recurrente, se cuidaba mucho de esconder cualquier referencia a delitos dolosos en relación al resultado. Acudía al delito de conducción temeraria con consciente desprecio para la vida de los demás, lo que era congruente con la acción de responsabilidad civil frente a la Aseguradora. Eso es muestra patente de la razonabilidad de la interpretación que ha mantenido en este recurso la Cía de Seguros con argumentos de fuste aunque haya sido descartada. Los hechos tuvieron lugar en 2010. La doctrina de esta Sala se ha abierto paso de forma más explícita con la STS 338/2011, ampliamente referenciada, cuyo criterio ahora se refrenda de nuevo. Existían evidencias del carácter doloso de los hechos (el auto de procesamiento es diáfano);

y el rechazo en esos casos de la responsabilidad de la Aseguradora parecía venir amparado en una doctrina de esta Sala, aunque referida en exclusiva al seguro obligatorio, que compartía el Fiscal y que también venía a asumir, al menos implícitamente, la dirección letrada del perjudicado que en legítima estrategia para una eficaz defensa de los intereses encomendados luchó por esquivar la catalogación de los hechos como delitos de resultado dolosos, sin duda —no es difícil adivinarlo— para atraer sin objeciones la responsabilidad civil de la Aseguradora.

El proceso no puede ser una excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados. El hecho de que haya un litigio pendiente sin más no es causa justificada. Pero cuando la oposición de la Aseguradora en el proceso está bien fundada y afecta a la misma cobertura no es descartable la eficacia exoneradora del art. 20.8 LCS.

La más reciente STS 314/2012, de 9 de mayo abunda en esas orientaciones: «La mora de la aseguradora únicamente desaparece cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes al respecto, en tanto dicha incertidumbre no resulta despejada por la resolución judicial, nada de lo cual se da en el caso (SSTS 13 de junio de 2007; 26 de mayo y 20 de septiembre 2011; 25 de enero 2012). Es cierto que si no están determinadas las causas del siniestro y por lo tanto se desconoce razonablemente la cuantía de la indemnización, sería posible mantener la existencia de justa causa que liberaría a la aseguradora del pago de los intereses, pero tampoco es del caso. Ninguna duda racional existe sobre la realidad del fallecimiento o sobre la cobertura a cargo de las aseguradoras, en cuanto que no se suscitó discusión al respecto. La incertidumbre surge únicamente de la discrepancia suscitada por las partes en cuanto a la culpa determinante del resultado lesivo y ello tampoco es causa justificada para no pagar (SSTS 12 de julio y 26 de octubre de 2010, 31 de enero 2011, entre otras»).

En el momento en que se incoó este proceso podría hablarse de «incertidumbre jurídica» que no fáctica, sobre el alcance de la cobertura frente a terceros del daño causado dolosamente. En aquel

momento la jurisprudencia no diáfana representaba una causa razonable de oposición que justifica la exoneración de esos intereses sancionadores. Es verdad que en el recorrido jurisprudencial que se está haciendo se está pensando más en dudas sobre los hechos que en dudas sobre la interpretación de una Ley. Pero existe un trasfondo análogo en ambos casos.

De interés resulta también, por fin, la STS 880/2011, de 28 de noviembre, «a la hora de determinar qué ha de entenderse por causa justificada a los efectos de la aplicación de la regla octava del artículo 20 LCS, en la redacción dada por la Disposición Adicional sexta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, esta Sala (entre otras, SSTS de 17 de octubre de 2007, RC n.º 3398/2000; 18 de octubre de 2007, RC n.º 3806/2000; 6 de noviembre de 2008, RC n.º 332/2004; 16 de marzo de 2010, RC n.º 504/2006; 7 de junio de 2010, RC n.º 427/2006; 29 de septiembre de 2010, RC n.º 1393/2005; 1 de octubre de 2010, RC n.º 1314/2005; 17 de diciembre de 2010, RC n.º 2307/2006 y 11 de abril de 2011, RC n.º 1950/2007) ha seguido una línea interpretativa que ha llevado a excluir su apreciación cuando carece de justificación la oposición al pago frente a la reclamación del asegurado o perjudicado aunque se formule en un proceso judicial, pues la razón del mandato legal radica en evitar el perjuicio que para aquellos deriva del retraso en el abono de la indemnización y en impedir que se utilice el proceso como instrumento falaz para dificultar o retrasar el cumplimiento de la expresada obligación, sin que lo expuesto impida que la aseguradora pueda obtener de forma efectiva su tutela jurídica en el pleito, que, de prosperar su oposición, conllevará la devolución de la cantidad satisfecha o previamente consignada, por ser total o parcialmente indebida.

En esta línea, viene declarando esta Sala que si el retraso viene determinado por la tramitación de un proceso, para vencer la oposición de la aseguradora se hace necesario examinar la fundamentación de la misma, partiendo de las apreciaciones realizadas por la AP, a quien, como declara reiteradamente la jurisprudencia, corresponde la fijación de los hechos probados y las circunstancias concurrentes de naturaleza fáctica necesarias para integrar los presupuestos de la norma aplicada,

siendo criterio de esta Sala al respecto, que ni la mera existencia de un proceso, o el hecho de acudir al mismo, constituye causa en sí misma justificada del retraso, ni es óbice para imponer a la aseguradora los intereses cuando no se aprecia una auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación misma de indemnizar (SSTS 7 de junio de 2010, RC n.º 427/2006; 29 de septiembre de 2010, RC n.º 1393/2005; 1 de octubre de 2010, RC n.º 1315/2005; 26 de octubre de 2010, RC n.º 677/2007; 31 de enero de 2011, RC n.º 2156/2006 y 1 de febrero de 2011, RC n.º 2040/2006).

En aplicación de esta doctrina, la Sala ha valorado como justificada la oposición de la aseguradora que aboca al asegurado o perjudicado a un proceso cuando la resolución judicial se torna en imprescindible para despejar las dudas existentes en torno a la realidad del siniestro o su cobertura, en cuanto hechos determinantes del nacimiento de su obligación, si bien la jurisprudencia más reciente es incluso aún más restrictiva y niega que la discusión judicial en torno a la cobertura pueda esgrimirse como causa justificada del incumplimiento de la aseguradora (SSTS de 7 de enero de 2010, RC n.º 1188/2005 y de 8 de abril de 2010, RC n.º 545/2006).

En todo caso y a pesar de la casuística existente al respecto, viene siendo criterio constante en la jurisprudencia no considerar causa justificada la discrepancia en torno a la cuantía de la indemnización (SSTS de 1 de julio de 2008, RC n.º 372/2002, 1 de octubre de 2010, RC n.º 1315/2005 y 26 de octubre de 2010, RC n.º 677/2007), y que la iliquidez inicial de la indemnización que se reclama, cuantificada definitivamente por el órgano judicial en la resolución que pone fin al pleito, no implica valorar ese proceso como causa justificadora del retraso, ya que debe prescindirse del alcance que se venía dando a la regla *in illiquidis non fit mora* [tratándose de sumas líquidas, no se produce mora], y atender al canon del carácter razonable de la oposición (al que venimos constantemente haciendo referencia) para decidir la procedencia de condenar o no al pago de intereses y concreción del dies a quo [día inicial] del devengo, habida cuenta que la deuda nace con el siniestro y el que la sentencia que la cuantifica definitivamente no tiene carácter constitutivo sino meramente declarativo de un derecho que ya

existía y pertenecía al perjudicado (SSTS de 4 de junio de 2006, 9 de febrero de 2007, 14 de junio de 2007, 2 de julio de 2007, 16 de noviembre de 2007, RC n.º 4267/2000, 29 de septiembre de 2010, RC n.º 1393/2005, 1 de octubre de 2010, RC n.º 1315/2005, 31 de enero de 2011, RC n.º 2156/2006 y 1 de febrero de 2011, RC n.º 2040/2006).

La norma sanciona el uso del proceso como maniobra dilatoria para retrasar el cumplimiento de la obligación correspondiente. La ratio del precepto se encuentra en el intento de impedir que se utilice la oposición en el proceso para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados (STS de 16 de marzo de 2004).

Desde la perspectiva casuística a que invita esa jurisprudencia y atendiendo a la regla de oro del carácter razonable de la oposición en este supuesto hay motivos para entender que la aseguradora, en el estado que se encontraba la doctrina de esta Sala tenía buenas razones para considerar que no estaba obligada a ese pago. La «razonabilidad» de su postura ha de evaluarse con arreglo al momento en que se produjo la omisión. La tesis que mantuvo la Aseguradora era aparentemente compartida por las restantes partes: el Ministerio Fiscal, explícitamente; la acusación particular, de forma implícita. La caracterización de los resultados como no dolosos que intentaba esta última era palmariamente dificultosa y contradecía lo que se deducía de las actuaciones. Esa estrategia acusatoria solo se explica desde la idea de que se estimaba que la catalogación de los hechos como delitos dolosos de resultado abocaba a la exclusión de la responsabilidad civil de la aseguradora. No es catalogable como «mala fe» o resistencia injustificada la posición de la Aseguradora que entendía: a) que los resultados lesivos habían sido intencionadamente causados; b) que en esos casos la legislación tal y como venía siendo interpretada en el momento en que se incoó y siguió la causa excluía la cobertura del seguro concertado con el acusado.

La STS Sala Primera 63/2005, de 20 de julio en un supuesto semejante (oposición de la Aseguradora por el carácter doloso de la conducta) excluyó por esa razón el interés del 20%: la aseguradora alegó que no estaba obligada por tratarse de un delito doloso. Lo razonable de esa interpretación sirvió a la Sala Primera para la exoneración.

Distinto juicio merecerá esa actitud en un contexto en que ya se cuenta con una reiteración de

esa doctrina y por tanto una fijación clara de postura por esta Sala (STS 338/2011).

El único motivo de este recurso ha de desestimarse.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
EXCMO. SR. DON ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA,
A LA SENTENCIA N.º 365/13 DICTADA EN EL
RECURSO DE CASACIÓN N.º 1357/2012

El presente Voto particular no fue anunciado en la impugnación y es concurrente. Estoy de acuerdo con el Fallo de la Sentencia, fiel al resultado de la deliberación, pero entiendo que su motivación adolece de cierta imprecisión y no desarrolla nuestro Acuerdo plenario de 24 de abril de 2007 a cuyo tenor, incluso en el ámbito del seguro obligatorio, para el que el ordenamiento dispone la exclusión de la cobertura cuando el vehículo a motor sea utilizado como instrumento doloso, se genera esa obligación de indemnizar respecto a los resultados no directamente propuestos por el autor, como es el caso de esta casación.

La sentencia desarrolla, a mi juicio, correctamente la interpretación del art. 76 de la Ley del Contrato de Seguro de 1980, a cuyo tenor «El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero...»

Me interesa destacar que el derecho de repetir que se confiere al asegurador presupone la subsistencia de la obligación de éste de responder a las previsiones del contrato existente. La normativa sobre el contrato de seguro excluye de la obligación de pago al seguro obligatorio, consecuentemente también al Consorcio de seguros, por ese montante de responsabilidad, pero respecto del seguro voluntario, la previsión de la legislación de contrato de seguro es el derecho de repetir contra el asegurado en el caso de que sea debido a conducta dolosa. La sentencia de la mayoría es clara al respecto y a los fundamentos séptimo y siguientes de la sentencia me remito en cuanto refleja los sucesivos cambios legislativos en la materia.

El Reglamento del Seguro obligatorio de responsabilidad civil de la Circulación de vehículos a motor (RD 1507/2008, de 12 de septiembre) tiene por objeto precisar los conceptos básicos de la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Así lo establece el art. 1.4 de la Ley sobre la responsabilidad civil y seguro de la circulación de vehículos a motor. El art. 2.1 señala su aplicación: «a los efectos de la responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor y de la cobertura del seguro obligatorio se entiende por hecho de la circulación...» [párrafo 3.º] «tampoco tendría la consideración de hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y bienes».

Por lo tanto, la exclusión de la obligación del asegurador es clara respecto al seguro obligatorio cuando el vehículo es utilizado como instrumento para la comisión dolosa de un delito. Cuando se trata de una cobertura voluntaria existe una previsión genérica de no aseguramiento del resultado doloso, y, además, la previsión legal del art. 76 LCS, posibilitar una acción de repetición del asegurador contra el asegurado que actúa dolosamente.

Esta Sala, respetuosa con el principio de legalidad, porque es el contenido esencial de su función: unificar la aplicación de la ley mediante la interpretación de la norma, ha procedido a interpretar los textos legales, en ocasiones como en el caso, no muy precisos. Los cambios legislativos han propiciado, fieles a la observancia del principio de legalidad, cambios en la jurisprudencia. Así, antes de que el legislador dispusiera el concepto de hecho de la circulación como criterio para contener el ámbito del seguro y la responsabilidad del asegurador, la jurisprudencia reservó al seguro obligatorio el contenido de la indemnización por estos hechos. Por ello, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 6 de marzo de 1997, expresó «las sentencias condenatorias por delitos dolosos o culposos cometidos con vehículos a motor que determinen responsabilidad civil para las víctimas, deben incluir la condena a la entidad aseguradora dentro de los límites del seguro obligatorio, siempre que el daño se haya ocasionado «con motivo de la circulación».

Las sucesivas reformas del contrato de seguro excluyendo al seguro obligatorio de la cobertura de estos hechos, determinaron otro Acuerdo, de

fecha 24 de abril de 2007, ya con la nueva regulación legislativa con el siguiente contenido: «No responderá la aseguradora, con quien se tenga concertado el seguro obligatorio de responsabilidad civil, cuando el vehículo de motor sea el instrumento directamente buscado para causar daño personal o material derivado del delito. Responderá la aseguradora por los daños diferentes de los propuestos directamente por el autor».

Esta interpretación se realiza desde el examen de la legalidad y desde la perspectiva de la solidaridad en la cobertura de los hechos de la circulación respecto a perjudicados en un delito que son ajenos a su estructura y de la consideración de sujetos pasivos destinatarios directos de la acción dolosa.

Por lo tanto, no es una jurisprudencia zigzagueante, ni sinuosa, sino ajustada a la respectiva previsión legal al tiempo de su adopción.

He subrayado la frase del anterior Acuerdo para destacar un aspecto que considero de especial relevancia en la interpretación de la norma y también para la resolución del presente objeto de esta casación. La jurisprudencia en esta materia, ciertamente tuitiva de las víctimas, ha propendido a favorecer la posición del perjudicado en la reparación de los perjuicios sufridos. Esa interpretación a favor del perjudicado adquiere una especial relevancia en supuestos como el que concurre en el hecho objeto de esta casación. El autor del hecho delictivo dirige su vehículo, como instrumento para causar la muerte, contra un grupo de personas con las que había tenido un altercado momentos antes. Impacta contra tres personas, tres resultados que son subsumidos en tres delitos intentados de homicidio. De las tres personas, dos de ellas eran del grupo con el que se había enfrentado y contra el que dirige el coche. Eran, por lo tanto, destinatarias directas de su actuar delictivo. Con relación a ellas no se plantea ningún problema pues han renunciado al ejercicio de acción civil al haber sido indemnizadas. Sin embargo, la tercera persona, la que no ha sido indemnizada, es una persona completamente ajena al origen de los hechos que desencadenaron la conducta. Es una persona que se encontraba en una marquesina de un autobús, ajena a todo lo acaecido con anterioridad. Su muerte no era buscada, no era de las propuestas por el autor de forma directa. Ciertamente, desde la dogmática penal, los errores en la persona no excluyen el dolo

en la subsunción del tipo subjetivo, de manera que quien actúa con intención de matar a una persona, A, y mata a otra, B, la dogmática y la jurisprudencia nos indican, que su conducta es dolosa, aunque B no fuera destinatario de la conducta del autor del hecho. El error en la persona no tiene relevancia penal para la configuración del tipo subjetivo. El hecho probado reseña este supuesto, un error en la persona, no un supuesto de dolo eventual o de consecuencias necesarias. Sin embargo, como hecho generador de responsabilidad civil, la muerte, o las lesiones, en definitiva el resultado se debe a un hecho de la circulación, se trata de «un daño diferente a los propuestos por el autor» sobre el que afirmamos en el Acuerdo plenario de la Sala II del Tribunal Supremo de fecha 24 de abril de 2007, que era procedente la responsabilidad civil de la compañía de seguros, sin perjuicio del derecho de repetición que a esta corresponde, pues no era el daño propuesto directamente por el autor.

Se trata de una interpretación de la normativa sobre seguros de la circulación que pretende proteger a los perjudicados de hechos que, al ser ajeno a lo propuesto por el autor, son susceptibles de ser indemnizados y cubiertos por el seguro al tratarse, desde esta perspectiva de ajeneidad al hecho directamente buscado por el autor, de un resultado causal a un hecho de la circulación, aunque, desde la dogmática y jurisprudencia penal, sea considerado como hecho doloso.

Desde la perspectiva penal, el hecho es doloso, y desde la perspectiva del seguro de la circulación, es un hecho de la circulación que debe ser indemnizado en los términos de nuestra interpretación contenida en el mencionado Acuerdo de 24 de abril de 2007. Este Acuerdo, aunque adoptado en relación al seguro obligatorio es trasladable, argumentativamente al ámbito del seguro voluntario, aunque sólo a estos efectos argumentativos pues, como se recoge en la Sentencia no existe una previsión limitativa de la indemnización.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. JOSÉ MANUEL
MAZA MARTÍN A LA SENTENCIA DE ESTA SALA
NÚM 365/13, DE 20 DE MARZO DE 2013

Con el máximo respeto que me merece la opinión mayoritaria de este Tribunal, y sin discrepar de ella en cuanto a las consideraciones vertidas acerca de

la desestimación íntegra de los Recursos formulados por la Acusación Particular y el condenado, expreso mi criterio contrario a la decisión adoptada en orden al Recurso de la Compañía Aseguradora, declarada en la instancia como Responsable civil directo, que igualmente se desestima.

Para razonar esa discrepancia con la opinión de la mayoría, en este extremo concreto de la declaración como responsable civil de la Aseguradora, frente a la extensa y, sin lugar a dudas, razonada y sólida argumentación desarrollada a lo largo de los veinticinco folios que integran los Fundamentos Jurídicos Séptimo a Noveno de nuestra Sentencia, sin duda bastará con una extensión algo menor, toda vez que la cuestión, a mi juicio, ha de circunscribirse exclusivamente a determinar si nos hallamos ante un «hecho de la circulación» y, por ende, alojado en la cobertura del seguro automovilístico suscrito por la recurrente o si, por el contrario, situándose el hecho enjuiciado fuera de ese ámbito, resulta de todo punto y «ab initio» improcedente la afirmación de que se trata de un «siniestro» objeto de aseguramiento y, por ende, generador de responsabilidad resarcitoria para quien no aseguraba las consecuencias de un hecho de semejante naturaleza.

Y en este sentido, a mi juicio le asiste plenamente la razón a quien recurre y, en definitiva, hubiera procedido la estimación del Único motivo en el que apoya su pretensión, por haber incurrido el Tribunal de instancia en una infracción de Ley (art. 849.1.º LECr) ante la incorrecta aplicación de algunos de los preceptos legales de carácter sustantivo que se citan (art. 2.3 del Reglamento del Seguro Obligatorio aprobado por R.D. 1507/2008, de 12 de Septiembre, art. 1.4 de la LRCSCVM, reformado por la Ley 14/2000, de 29 de Diciembre, art. 1.1 de la Ley 30/1995, R.D. de 29 de Octubre de 2004, Ley 21/2007, art. 19 de la LCS, art. 3.1 de la Directiva de la CEE, de 24 de Abril de 1972, art. 11 de la Convención Europea sobre Responsabilidad Civil en caso de daños causados por vehículos automóviles, y art. 117 CP), siendo contrarias además la Resolución de la Audiencia y la de esta Sala que la confirma a los claros antecedentes jurisprudenciales sobre esta materia, incluido el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de fecha 24 de Abril de 2007.

En este Pleno, como luego se volverá a razonar, expresamente se acordó excluir la responsabilidad

civil de la Aseguradora, cuando se trate de los perjuicios ocasionados mediante un comportamiento doloso en el que el automóvil es utilizado únicamente como el instrumento para la comisión del delito y con esa exclusiva finalidad. Y aunque tal decisión se adoptara en aquel momento respecto del Seguro Obligatorio, pues ese había sido tradicionalmente el único ámbito objeto de polémica en este punto, en realidad su fundamento no fue otro (ninguno otro podría haber sido) que el de constatar cómo la regulación especial de este tipo de aseguramiento había dejado ya sentado definitivamente, sin lugar a duda, que esa actividad dolosa se encontraba fuera del riesgo asegurado y, por ello, alejada de la previsión del artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro. Pronunciamiento que, obviamente, debería entenderse extensible a toda la actividad automovilística y a su aseguramiento, obligatorio o voluntario, ya que de la demarcación de su ámbito («hecho de la circulación») se trataba.

Pero también se ha de señalar, en esta introducción previa, cómo en el tan citado Acuerdo se hacía la excepción de aquellos supuestos en los que no concurría un dolo directo en la causación del resultado lesivo o dañoso pues, en efecto, eso volvía a sintonizar con la lógica general de lo acordado en el sentido de que al existir una voluntad de utilización del vehículo propia del mero transporte e independiente de la comisión del ilícito penal, por mucho que ésta se admitiese al menos eventualmente, la cobertura aseguratoria quedaría justificada.

En tal sentido, en la presente ocasión, si mis compañeros de la mayoría simplemente hubieran entendido que el caso del único perjudicado que reclama indemnización en estas actuaciones, que resultó arrollado sin que contra él se dirigiera la intención delictiva del conductor del automóvil, estuviera amparado por la referida excepción del Acuerdo del Pleno de la Sala «in fine», es decir, que sus lesiones no respondían a la «directa» intencionalidad del autor de los hechos, no habría sido necesario plantearse la extensa motivación que en la Sentencia se dedica a este extremo para explicar cómo la aseguradora sí que ha de responder, como respondería en todo caso, según la opinión de mis compañeros, aunque se tratase de un supuesto de dolo directo.

Pero como se parte de la idea, que por otro lado en mi opinión no deja de ser irreprochable,

de que, desde el estricto punto de vista de la calificación penal de tal agresión, no puede la misma considerarse como un caso de concurrencia de dolo eventual, como tampoco lo sería aquel en el que con intención de atentar contra una determinada Autoridad se causase así mismo la muerte de los integrantes del servicio de seguridad personal que le acompañasen, me siento en la obligación de salir al paso al pronunciamiento que cuestiono pues desde un comienzo considero, junto con otros argumentos de fondo que más adelante se expondrán, que tal decisión no se corresponde con la coherencia de la línea doctrinal seguida por este Tribunal hasta la fecha, incumpléndola sin acudir al mecanismo ya aplicado en esta misma materia en diversas ocasiones anteriores, que no habría de ser otro que el escenario del Pleno de la Sala, para que se debatiera en él, una vez más, este asunto al parecer tan reiteradamente conflictivo.

Por todo lo cual resulta necesario comenzar exponiendo, siquiera sucintamente, la evolución sufrida por el tratamiento jurisprudencial de esta cuestión, que viene de lejos y resulta, en este caso, por demás esclarecedora.

A tal efecto hay que recordar:

1) Que, inicialmente, a partir de la Ley 122/1962, de 24 de Diciembre, y el Reglamento que la desarrolla, aprobado por Real Decreto 3787/1964, de 19 de Diciembre, que inauguran el régimen del Seguro Obligatorio del Automóvil, ninguna duda tuvo la doctrina jurisprudencial acerca de la exclusión de los hechos dolosos de ese seguro específico referido al uso de los vehículos de motor, porque expresamente la norma así lo establecía (art. 24.2 del citado Reglamento).

Régimen que equiparaba esta innovadora especialidad aseguratoria, propia del automóvil, al resto de seguros de responsabilidad civil que respondían, desde siempre, al principio general de la «inasegurabilidad del dolo», por aplicación, entre otras razones, de la proscripción de los contratos con «causa ilícita», consagrada desde casi cien años antes en el propio Código Civil (arts. 1255 y 1257).

2) Más tarde, y ya en plena vigencia del artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro de 1980, a cuyo alcance e interpretación luego habremos de referirnos, una pacífica y reiterada doctrina

de esta Sala, de la que son exponentes entre otras las Sentencias de 27 de Marzo, 27 de Noviembre y 22 de Diciembre de 1989, 14 de Marzo de 1991, 8 de Julio de 1992 y 10 de Julio de 1995, con la sola y aislada excepción en sentido contrario de la STS de 12 de Noviembre de 1994, seguía afirmando, con toda claridad y contundencia, la exclusión del seguro automovilístico, especialmente si del de suscripción voluntaria se trataba, de aquellas conductas dolosas, atentatorias contra la vida, la integridad o el patrimonio de terceros, en las que el vehículo era utilizado como mero instrumento para la causación de tales perjuicios.

3) Sin embargo, tras un previo intento infructuoso de cambiar la anterior doctrina en la sesión de 14 de diciembre de 1994 que concluyó sin decisión alguna, el 6 de Marzo de 1997 se convoca el Pleno de la Sala Segunda, con este asunto una vez más en el orden del día, adoptándose, por mayoría, el Acuerdo siguiente: «Las Sentencias condenatorias por delitos dolosos o culposos cometidos con vehículos de motor que determinen responsabilidad civil para las víctimas, deben incluir la condena a la entidad aseguradora dentro de los límites del seguro obligatorio, siempre que el daño se haya ocasionado «con motivo de la circulación». Acuerdo que será seguido por la importantísima Sentencia de 29 de Mayo de 1997 y por las de 24 de Octubre de 1997, 4 de Noviembre de 1998 o 23 de Febrero de 2000, entre otras varias.

Es decir, a partir de ese momento, se establece la Responsabilidad de la Aseguradora en estos casos pero, importante es resaltarlo, restringida al supuesto exclusivo del Seguro Obligatorio y con la precisión de algo tan trascendental como el que el daño se produzca siempre «con motivo de la circulación». Por lo tanto, cuando se ocasionase el resultado lesivo en un hecho que no sea propiamente «hecho de la circulación» la obligación de resarcimiento de la Aseguradora tampoco nacería, incluso en el caso del aseguramiento obligatorio.

4) Circunscrita tras ese Acuerdo, por tanto, al ámbito del Seguro Obligatorio del Automóvil, puesto que la exclusión por lo que respecta al Seguro Voluntario en ningún momento había sido anteriormente cuestionada, la cobertura aseguratoria en esta clase de supuestos (hechos dolosos) y entendiendo las Sentencias que siguieron (de forma a mi juicio incorrecta) que se cumplía

el requisito de ocasionarse el daño «con motivo de la circulación» por el simple hecho de que el vehículo se encontrase en movimiento, no obstante, tras la publicación, en el BOE de 13 de Enero de 2001, del Reglamento sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de vehículos a motor, de 12 de Enero de 2001, que, en su art. 3.3 dice textualmente: «Tampoco tendrá la consideración de hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes», que no venía sino a reiterar casi literalmente el contenido del art. 1.4 de la Ley sobre Responsabilidad civil y Seguro en la Circulación a Vehículos de Motor, de 8 de Noviembre de 1995 que, reformada por la Ley 14/2000, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, ya establecía: «Reglamentariamente se definirán los conceptos de vehículos a motor y hecho de la circulación. En todo caso no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes», se produce un nuevo Acuerdo del Pleno, de fecha 24 de Abril de 2007, con el siguiente contenido literal: «No responderá la aseguradora, con quien se tenga concertado el seguro obligatorio de responsabilidad civil, cuando el vehículo de motor sea el instrumento directamente buscado para causar daño personal o material derivado del delito. Responderá la aseguradora por los daños diferentes de los propuestos directamente por el autor».

En definitiva, en estos casos y cuando se trate de dolo directo, la exclusión alcanza también a la cobertura del Seguro Obligatorio, como desarrollarían ampliamente la ulterior STS de 8 de Mayo de 2007 y sucesivas como la de 3 de Noviembre de 2009, sin percibir necesidad alguna de afirmar una expresa equiparación, ni diferenciación tampoco, de este régimen respecto del Seguro Voluntario pues, como queda dicho, la exclusión de los hechos dolosos en tal clase de aseguramiento nunca se había cuestionado.

5) Pues bien, tras semejante recorrido doctrinal, desde la inicial denegación, en todos los casos, de la responsabilidad de la Aseguradora del automóvil respecto de los daños personales o patrimoniales causados dolosamente con el vehículo como instrumento, hasta la expresa

exclusión, por imperativo explícito e ineludible de la norma específica, de tal responsabilidad, cuando del Seguro Obligatorio se trataba, se inicia una inflexión en el criterio jurisprudencial, a mi juicio de todo punto improcedente entre otras razones por resultar contraria a la doctrina inmediatamente anterior del Tribunal y no ser sometida a deliberación del Pleno de la Sala, como hasta entonces en esta materia singularmente había acontecido, con la STS de 24 de Abril de 2008, a la que sigue, profundizando aún más en la misma tesis, la de 16 de Abril de 2011 en la que se apoya la Resolución aquí recurrida, según las cuales, excluida la responsabilidad de la Aseguradora cuando nos hallemos ante el aseguramiento Obligatorio, sí que se producirá esa obligación indemnizatoria, no obstante, cuando del Seguro Voluntario se tratase, según continuará afirmando la posterior STS de 8 de Noviembre de 2011, aunque sobre bases argumentales que, en mi opinión se apartan de la realidad de los precedentes vistos al proclamar, entre otras cosas, que «... la jurisprudencia de esta Sala viene estableciendo un distinto régimen de responsabilidad con motivo de la circulación de vehículos de motor cuando se opera con el seguro obligatorio y el voluntario. Con respecto a este se considera que no puede oponerse frente a las víctimas la «exceptio doli», a tenor de lo que se dispone en el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro «(sic).

6) Es decir, y resumiendo todo este proceso jurisprudencial, mientras que en un principio no se consideró la responsabilidad del seguro respecto de los hechos dolosos, ni para el Obligatorio ni para el Voluntario; más adelante se entenderá que sí que ha de responder el Obligatorio aunque no, por su concreta especialidad y naturaleza, el Voluntario y cuando, por ineludible mandato legal, vuelve a excluirse el Seguro Obligatorio, se inicia una línea doctrinal según la cual el Voluntario, a diferencia del Obligatorio, sí que ha de responder de los perjuicios causados por la acción dolosa.

En otro orden de cosas, tan sólo mencionar aquí la STS de 27 de Febrero de 2009 («caso Maeso») que aplica semejante criterio de la responsabilidad de la Aseguradora frente a los perjuicios lesivos ocasionados por la conducta dolosa de un profesional de la Medicina, aunque allí se calificase la conducta enjuiciada como dolo eventual.

Curioso ejemplo, en definitiva, de deambular «sinuoso», en expresión de la propia recurrente, culminado hasta la fecha por la Resolución a la que este Voto se adjunta, que pudiera poner de relieve a mi juicio una cierta contradicción, pues si tradicionalmente no se cuestionaba la existencia de razones fundadas para excluir de responsabilidad a una de las clases de aseguramiento, la voluntaria, sorprende, cuando menos, el que tras excluirse también la otra (la obligatoria), precisamente por considerar que la conducta lesiva dolosa no es «hecho de la circulación» (riesgo asegurado), se advierta que la que desde siempre se excluyó ahora sí que debe generar responsabilidad para la correspondiente Aseguradora.

Máxime cuando, como desde un principio dijimos, todo se resume a determinar si el hecho productor del daño es, o no, un siniestro amparado dentro de la cobertura del seguro del automóvil, tanto de carácter Obligatorio como Voluntario, es decir, si se trata en efecto de un «hecho de la circulación».

Carácter lógicamente válido y unívoco en su aplicación cualquiera que fuere la clase de Seguro que dé cobertura a la utilización del automóvil, al no apreciarse razón alguna que, desde el punto de vista de la determinación del objeto del contrato de seguro, justifique tal diferenciación.

Y más aún cuando las normas transcritas pocas líneas atrás se refieren, en general, a la «Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de motor», independientemente de la forma en la que esa responsabilidad esté asegurada.

7) Debiendo aludir, por último, a una importante y recientísima Sentencia de la Sala Primera de este Tribunal, de fecha 11 de Febrero del presente año, en la que, sin abordar expresamente la cuestión que aquí nos ocupa, reafirma criterios generales de extraordinario interés, relacionados con mucho de lo que llevamos dicho, tales como los siguientes:

a) que, «a pesar del distinto espíritu y normativa reguladora del Seguro Obligatorio del Automóvil y del Voluntario, ambas modalidades se configuran como seguros de responsabilidad civil garantes de la responsabilidad del dueño de un vehículo en un hecho de la circulación «(sic).

b) que la diferencia entre ambas modalidades estriba en el título atributivo de la responsa-

bilidad en sendos casos: el riesgo específico de la circulación, en el obligatorio, frente a la responsabilidad por culpa en el voluntario, en el que el título de imputación es la negligencia del causante del daño.

c) que el seguro voluntario de responsabilidad civil cubre el riesgo asegurado (exclusivamente), siempre dentro de los límites legales y contractuales.

d) y ello porque la obligación, en este caso, a la que se compromete el asegurador, lo es frente al asegurado, consistiendo en mantener indemne el patrimonio de éste cuando se vea gravado por la obligación de indemnizar al tercero como consecuencia de que el hecho, en cualquier caso, esté previsto en el contrato y se deba a la conducta negligente, con los requisitos del artículo 1902 del Código Civil.

II

En definitiva, que lo único que cabe, al margen de otros argumentos marginales a los que trataremos de encontrar explicación más adelante, es la decisión, con los preceptos legales a la vista como no puede ser de otro modo desde nuestra estricta función interpretativa de la norma, acerca de si realmente nos encontramos ante un «hecho de la circulación», puesto que ese, y no otro, es el riesgo cuyo aseguramiento fue objeto del contrato en el ámbito de la circulación de vehículos de motor.

Y en tal sentido, la evolución legal relativa a la determinación de lo que es «hecho de la circulación», como objeto de esta clase de contratos, puede describirse del modo siguiente:

1) En los orígenes legislativos del Aseguramiento Obligatorio del Automóvil no admitía discusión alguna la exclusión de la Responsabilidad del Seguro en los supuestos de perjuicios causados dolosamente, a tenor de lo expresamente dispuesto en la ya aludida Ley 122/1962, de 24 de Diciembre, y, más en concreto, en el art. 24 b) del Reglamento aprobado, en desarrollo de dicha Ley, por Decreto 3787/1964, de 19 de Noviembre.

2) Más tarde, será como consecuencia de la omisión de dicha exclusión en el Texto Refundido, aprobado por Real Decreto legislativo 1301/1986, de 28 de Junio, y del contenido del Reglamento del Real Decreto 2641/1986, de 30 de Diciembre, que en su art. 16 atribuye al asegurador que ha efec-

tuado el pago indemnizatorio a repetir «... contra el conductor, el propietario del vehículo causante del daño y el asegurado, en el caso de que el daño fuera debido a la conducta dolosa de éstos...», interpretado en mi opinión erróneamente como luego explicaré, en relación con el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS) 50/1980, de 8 de Octubre, cuando empieza a plantearse la duda sobre la exclusión de la responsabilidad del asegurador en estos supuestos, máxime ante la reiterada referencia al derecho de repetición de la Aseguradora, en el art. 7 a), de la Ley 30/1995, de 8 de Noviembre, sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (LRCSVM).

Y todo ello, aunque ya en el «Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación», contenido en forma de Anexo a la referida Ley, se dispusiera, de modo harto significativo, en el primero de los «Criterios para la determinación de la responsabilidad y la indemnización», que «El presente sistema se aplicará a la valoración de todos los daños a las personas ocasionados en accidente de circulación, salvo que sean consecuencia de delito doloso».

3) Pero, en tal estado de cosas, se produciría la publicación, en el BOE de 13 de Enero de 2001, del Reglamento sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de vehículos a motor, de 12 de Enero de 2001, que, en su art. 3.3 dice textualmente: «Tampoco tendrá la consideración de hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes».

4) La literalidad de semejante precepto parecería, en un primer momento razón categórica, lo suficientemente clara y tajante, como para zanjar, con carácter definitivo, nuestra ardua contienda. Máxime cuando con anterioridad, admitiendo la sugerencia del propio Consejo de Estado en el sentido de que esta materia debería quedar definitivamente resuelta desde la propia Ley para evitar cualquier problema hermenéutico de orden jerárquico normativo, por Ley 14/2000, de 29 de Diciembre, sobre «Medidas fiscales, Administrativas y del Orden Social», art. 71, ya se había reformado el propio art. 1.4 del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, que pasará a

decir que «... reglamentariamente se definirán los conceptos de vehículos a motor y hecho de la circulación a los efectos de la presente Ley. En todo caso, no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes».

5) Sin embargo, y a pesar de la vigencia y rotunda claridad de tales preceptos, casi simultáneamente, el 7 de Febrero de 2001, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, llegaría a considerar, en forma a mi juicio considerablemente forzada, que la alusión legal excluyente de los perjuicios derivados de acciones dolosas habría de entenderse, restrictivamente, tan sólo referida a las conductas «exclusivamente» dolosas y que las mismas no alcanzan, en ningún caso, a aquellos supuestos en los que el vehículo se encontraba circulando al tiempo de la comisión del ilícito causante de los perjuicios a indemnizar. Concretamente, en el caso objeto de enjuiciamiento en esa Resolución, cuando el autor del hecho, que transitaba con su vehículo por la vía pública, al advertir la presencia de una persona con la que había mantenido anteriores diferencias caminando junto a la calzada, desvía su automóvil con el fin de atropellarla, lo que consiguiera.

En el mismo sentido otras Sentencias como la de 2 de Julio de 2005, por ejemplo.

Circunstancia en la que se convoca y celebra el Pleno de la Sala Segunda que habría de pronunciarse sobre esta cuestión tan debatida, para interpretar la novedad legislativa que suponían los preceptos introducidos con las reformas de 2000 y 2001 y valorar su incidencia en la doctrina del Tribunal, aunque no lo haría hasta el 24 de Abril de 2007, aprobando el Acuerdo, ya anteriormente transcrito, en el sentido de que «No responderá la aseguradora, con quien se tenga concertado el seguro obligatorio de responsabilidad civil, cuando el vehículo de motor sea el instrumento directamente buscado para causar daño personal o material derivado del delito. Responderá la aseguradora por los daños diferentes de los propuestos directamente por el autor».

III

Como vemos, tal desarrollo legal que acaba de describirse, y las respuestas que sucesivamente

ha ofrecido la doctrina de esta Sala, se han producido hasta ahora en el ámbito del Seguro Obligatorio esencialmente. Pero ello, lejos de suponer su inaplicación cuando ante un Seguro Voluntario nos hallemos como en el caso que ahora nos ocupa, significa, muy al contrario, el reforzamiento de una exclusión semejante en cuanto a esta clase de aseguramiento por dos razones evidentes.

En primer lugar porque, al no haberse abordado la cuestión relativa al Seguro Voluntario, ha de entenderse que subsisten las razones que, desde siempre y sin cuestionamiento previo alguno, avalaban dicha exclusión.

Razones tales como las de la vigencia del principio general de la «inasegurabilidad del dolo» contenida en los preceptos legales (vid. art. 19 LCS) o la imperatividad de la voluntad de los contratantes que, de forma expresa, excluyen esa responsabilidad del objeto del contrato, por no mencionar el hecho de que con la interpretación mayoritaria se estaría dando carta de naturaleza legítima a unas consecuencias contractuales derivadas de «causa ilícita», de acuerdo con lo establecido en los arts. 1255 y 1257 del Código Civil.

Si el dolo no es asegurable, como mis propios compañeros expresamente reconocen, de ello se deriva de forma ineludible que las acciones dolosas se encuentran fuera del ámbito del seguro y que, por consiguiente, no pueden originar responsabilidad civil alguna para quien no tenía ninguna relación contractual con ellas.

Carece de sentido, así mismo, el que mientras que un sistema de aseguramiento, como es el Obligatorio del Automóvil, que se rige por criterios de «socialización» del riesgo y de su cobertura, haya de quedar eximido de responsabilidad en estos casos de conductas dolosas (argumento reiteradamente utilizado en aquellas Resoluciones que tan reticentes se mostraron ante esta interpretación mientras que la literalidad de la norma ofrecía alguna posibilidad a la posición contraria), por el contrario, en aquel régimen, el Voluntario, esencialmente configurado por el contenido de la voluntad de las partes contratantes, sí que deba sin embargo responderse de hechos expresamente excluidos por éstas en el correspondiente clausulado, tanto general como particular, que integra el pacto que debe ser cumplido.

Y, por otra parte, porque no existe justificación alguna para que la exclusión de las acciones dolosamente cometidas de la categoría de «hecho de la circulación», expresamente recogida en sede del Seguro Obligatorio, no se aplique igualmente al otro tipo de Seguro del Automóvil, cuando el objeto de éste es, desde un principio, el mismo del anterior.

Dicho de otra forma: si la conducta dolosa no ha de ser considerada «hecho de la circulación», ese carácter lo ostenta a todos los efectos, quedando siempre fuera del Seguro del Automóvil, cualquiera que fuere su clase.

IV

En consecuencia, si ha de afirmarse, de acuerdo con la Ley y con el desarrollo de su interpretación por la propia Jurisprudencia, que la conducta dolosa (al menos en la forma de dolo directo) no tiene cabida en el concepto de «hecho de la circulación» que, como «siniestro» asegurable, es el único objeto posible de la cobertura de un contrato de esta clase, no nos encontramos ante una cuestión de «excepciones alegables» frente al perjudicado, en los términos del art. 76 de la LCS, sino de la exclusión del «ámbito del aseguramiento» y, por consiguiente, de su producción no puede seguirse consecuencia alguna que vincule a la Aseguradora.

Del mismo modo que, afirmada la exclusión de dicho ámbito, a mi juicio no resulta equívoco, alternativo o ambiguo, prestándose a interpretaciones contradictorias, como afirman mis compañeros de la mayoría, el contenido del art. 117 del Código Penal cuando afirma que «Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda», pues, en efecto, la Aseguradora, en estos casos y por definición, no asumió nunca el riesgo derivado de tal conducta dolosa ajena al «hecho de la circulación», verdadero objeto de su aseguramiento, ya

que el «uso» asegurado respecto del vehículo de motor no es en ningún caso el referido a su utilización como instrumento para causar intencionalmente daños corporales o patrimoniales, ni esa «actividad» es el objeto del aseguramiento ni tal «evento» constituye el «riesgo asegurado».

Sí que lo serán, por otra parte, las infracciones imprudentes o, incluso, los delitos contra la Seguridad vial (por ej. la conducción bajo la influencia de sustancias tóxicas) pues es claro que estamos ante verdaderos «hechos de la circulación», aunque constitutivos de infracción penal calificable como dolosa, ya que, en estos casos, no se trata de dolo directo respecto de la causación del resultado lesivo ni, por lo tanto, es utilizado intencionalmente el vehículo como instrumento para su producción.

Por lo que la mención literal de tales ilícitos contenida en el meritado art. 3.3 del Reglamento sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor no contradice el proclamado principio de la «inasegurabilidad del dolo» y en ellos sí que tiene perfecta cabida tanto lo dispuesto en el art. 117 del Código Penal como las previsiones del art. 76 LCS.

Antes bien, semejante cita constituye una nueva demostración precisamente de la necesidad advertida por el Legislador de precisar la existencia de responsabilidad de la Aseguradora en aquellos supuestos en los que, a pesar de la duda que pudiera suscitar su carácter doloso, tal atribución de responsabilidad sí que procede.

V

En realidad nos hallamos, dicho sea desde mi humilde y solitaria opinión con el máximo respeto hacia la mayoritaria, ante una interpretación voluntarista que persigue una finalidad sin duda comprensible, aunque distante del sentido de las normas aplicables, cual es la de favorecer la más pronta y efectiva reparación de los perjuicios para quien resultó víctima o perjudicado de un grave delito, incumpliendo para ello lo dispuesto en el art. 1 de la propia LCS que obliga al Asegurador «... para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados...».

Y el propio art. 19 del mismo Texto legal que dispone que «El asegurador estará obligado

al pago de la prestación salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado». Tanto más cuando esa «mala fe», que siempre ha de ser un acto «intencional y malicioso», alcance la categoría de «dolo».

Se evidenciará con claridad meridiana tal vocación en favor exclusivo del perjudicado por ejemplo cuando mis compañeros aluden expresamente a la principal finalidad de la «... obtención de una indemnización ágil para la víctima...» (FJ 9.º), como argumento interpretativo de la norma.

Y, en última instancia, se busca apoyo para ello en la literalidad del ya citado art. 76 LCS, de clara intención protectora del perjudicado sin duda, pero condicionado siempre a un presupuesto previo ineludible: que nos encontremos dentro del ámbito de la actividad asegurada, es decir, de un verdadero «siniestro», en definitiva de un «hecho de la circulación».

Pero para ello se incurre, de nuevo según mi modesto entender, en un apartamiento de los preceptos legales hoy vigentes en la materia y de los argumentos doctrinales a los que hemos hecho mención, ante todo porque ha de tenerse en cuenta y no puede obviarse el que los preceptos citados, que excluyen estas acciones del concepto de «hecho de la circulación», son posteriores en el tiempo al referido artículo 76 de la Ley de 1980 y rigen además, como norma especial frente a la LCS, en materia de responsabilidad civil automovilística.

Cuando tampoco debe olvidarse que, en delitos como los enjuiciados en las presentes actuaciones, existe una legislación específica para el resarcimiento de las víctimas por parte del Estado, incluso en supuestos de insolvencia del victimario (Ley 35/ 1995, de 11 de Diciembre, de Ayudas de Asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual), según nos recuerda la propia Resolución mayoritaria que, por cierto, incorpora diversos comentarios que sugieren crítica al hecho de que el Legislador, a juicio de mis compañeros, mantenga en este punto el régimen de responsabilidad de la Aseguradora.

En el fondo lo que se produce es un desplazamiento del último afectado por la obligación de resarcimiento de la víctima de semejantes acciones violentas, desde los fondos públicos, que todos los ciudadanos contribuimos a formar, a los pro-

prios asegurados que, con el abono de sus primas, son finalmente quienes van a soportar, no lo olvidemos si se realizan interpretaciones jurídicas con la mente puesta en consideraciones referentes a sus consecuencia económicas, la satisfacción de esta clase de indemnizaciones.

En el fondo lo que se produce es un desplazamiento del último afectado por la obligación de resarcimiento de la víctima de semejantes acciones violentas, desde los fondos públicos, que todos los ciudadanos contribuimos a formar, a los propios asegurados que, con el abono de sus primas, son finalmente quienes van a soportar, no lo olvidemos si se realizan interpretaciones jurídicas con la mente puesta en consideraciones referentes a sus consecuencia económicas, la satisfacción de esta clase de indemnizaciones.

Debiendo precisar, a partir de aquí, el verdadero y actual sentido de la referencia legal al «derecho de repetición» del Asegurador contra el asegurado respecto de indemnizaciones prestadas en reparación de perjuicios ocasionados por conductas dolosas, que habrá de reservarse para aquellas ocasiones en que o bien se trate de un verdadero «hecho de la circulación» de este carácter, como los delitos contra la seguridad vial a los que hemos hecho referencia, o cuando la Aseguradora, antes de alcanzarse el definitivo pronunciamiento judicial declarando la concurrencia del dolo y para evitar consecuencias futuras más perniciosas para ella como las derivadas de la mora en el pago (intereses del art. 20 LCS, por ej.), haya abonado indebidamente la cantidad indemnizatoria al perjudicado.

Observemos finalmente, para apreciar las dificultades aplicativas de la interpretación literal del indicado precepto que por mis compañeros se sostiene que ese «derecho de repetición» tan sólo se reconoce en la norma frente al «asegurado», por lo que aquellos supuestos en los que el autor de la acción dolosa fuera un tercero distinto del contratante del seguro quedarían al margen de este régimen. Cuestión no obstante resuelta por el ya transcrito art. 117 CP «in fine», pero que revela las limitaciones técnicas del precepto de la LCS y su relativa obsolescencia.

Ha de tenerse presente, por otro lado, que el artículo 76 tiene una aplicación generalizada, que puede justificar plenamente la referencia a ese

derecho de repetición sin que ello suponga que el mismo alcance a los supuestos de la circulación automovilística pues pensemos, por ejemplo y para una mejor comprensión de lo que se viene sosteniendo, en los supuestos en los que el seguro de responsabilidad civil lo fuera de incendios y resultase finalmente acreditado que fue el propio asegurado el autor del que afectó al inmueble de su propiedad, pero también al patrimonio e integridad física de terceros.

En este caso el objeto del aseguramiento, que no es una actividad humana como la conducción de vehículos, sino un hecho como tal, los estragos causados por el fuego, sí que daría lugar a la reparación por la aseguradora a los terceros, sin posibilidad de argumentar frente a ellos la denominada «exceptio doli», puesto que lo asegurado es el incendio, independientemente del componente humano que en este supuesto se da, es decir, el hecho se encuentra dentro del ámbito contractual, aunque la actuación dolosa del causante del siniestro otorgue lógicamente a la aseguradora que inicialmente hizo frente a la reparación de los perjuicios causados, puede que incluso a los producidos en los bienes del propio responsable. el ulterior derecho a repetir contra el autor intencionado del evento asegurado.

Sin embargo, hipótesis distinta y más merecedora del régimen que se viene sosteniendo aquí para el seguro de circulación de automóviles sería la del seguro de responsabilidad civil doméstica, que cubra los resultados lesivos o dañosos producidos como consecuencia de la caída de objetos a calles, patios, etc., pues aquí lo asegurado es la «caída», imprudente, fortuita o por causa de fuerza mayor, pero no cuando en vez de «caer» el objeto es «arrojado» intencionadamente desde la vivienda, ya que ese «lanzamiento doloso» no constituye el objeto del aseguramiento y, por consiguiente, no es que se trate de la posibilidad, o no, del ejercicio frente a terceros de la «exceptio doli» respecto de la reparación de los perjuicios causados a terceros por el «hecho asegurado» aunque fuere producido mediando conducta dolosa, como en el caso del incendio, sino de que esos perjuicios

se produjeron como consecuencia de un origen causal que no se encontraba incluido en el ámbito del objeto contractual.

Y, por tanto, no resultaba de aplicación el tan repetido art. 76 LCS, sino el 1 de la misma Ley (en relación también con el 117 CP), que delimita el objeto del contrato, estableciendo, como contenido del mismo, la obligación de indemnizar el daño producido «... para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados...». O, dentro de la categoría específica del seguro de responsabilidad civil, el 73, que dispone esa obligación resarcitoria con cargo al asegurador sólo en el caso de que los daños y perjuicios causados al tercero lo sean «... por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado...»

Porque, siguiendo con el ejemplo, el incendio es incendio, cualquiera que fuere su causa y no puede excluirse mediante pacto el que, aún tratándose de un hecho de esa clase, se prive al tercero eventualmente perjudicado de la privilegiada posición que nuestro ordenamiento ha querido dispensarle frente al asegurador en el art. 76, toda vez que el incendio es el «evento asegurado».

En tanto que el lanzamiento intencionado de un objeto no puede identificarse con su caída accidental, de igual modo que el empleo del automóvil como instrumento exclusiva y dolosamente dirigido a causar daños, lesiones o muerte no se identifica tampoco con el hecho de circular haciendo uso de ese medio de transporte causando, sin intención de ello, perjuicios a terceros.

Por lo que, en conclusión, sostengo que en esta ocasión, con base en los anteriores argumentos y puesto que tampoco prosperó la propuesta de trasladar este asunto al conocimiento del Pleno de la Sala, lo que a mi juicio hubiera sido sin duda lo más procedente, debería haberse estimado el Recurso del Responsable civil directo y, como consecuencia de ello, dictarse la correspondiente Segunda Sentencia, que le eximiera de dicha responsabilidad.

Sentencia 267/2013, Sala Segunda del TS, de 22 de marzo

Ponente: **Don Luciano Varela Castro**

Resumen: **Juicio con jurado: inadmisibilidad del recurso de apelación contra la sentencia**

Recurso de Casación: **n.º 1096/2012**

Artículos: **53, 61 y 63 LOTJ y 846 LECrim**

Indebida admisión a trámite del recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal del Jurado al no haber observado la parte la conducta activa exigida por la LOTJ frente al veredicto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—No procedía admitir a trámite el recurso de apelación formulado por las acusaciones.

(...)

3. Un segundo bloque de reproches a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia le atribuye el de haber vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías. Tal vulneración habría derivado de la admisión a trámite del recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal del Jurado, y de la declaración de nulidad de ésta. Entienden los recurrentes que al invocar las partes el apartado a) del artículo 846 bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no procedía dicha admisión a trámite sin concurrir los presupuestos a los que la admisibilidad de tal recurso, con ese fundamento, está condicionado por la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.

Más allá de esa mera falta formal de presupuestos, la resolución del Tribunal Superior de Justicia generaría dos vulneraciones de sendas garantías: a) por un lado, el acusado se sometería a un nuevo enjuiciamiento por tribunal distinto, pese a que ya había sido juzgado válidamente, ya que la nulidad de tal juicio, declarada en la sentencia de apelación, se habría impuesto sin haber agotado previamente las previsiones legales para denunciar y evitar las consecuencias de las eventuales causas de tal nulidad y b) por otro lado, al autorizar el acceso al debate sobre nulidad, cuando ya no cabe la eventual enmienda, se sustrae la causa al

tribunal de enjuiciamiento al que correspondía su conocimiento, y se hace fuera de los supuestos legales en que tal apartamiento es admisible, de tal manera que no es excluible que ello derive de una estrategia fraudulenta, en cuyo caso cabría tener por concurrente una infracción de contenido constitucional por afectar al derecho al juez ordinario determinado en la ley, más allá de la mera infracción de ley ordinaria.

La Ley Orgánica del Tribunal del Jurado establece, al regular el procedimiento de elaboración del veredicto determinadas previsiones en cuanto a la conformación y proposición de su objeto y en cuanto a la elaboración y decisión sobre el mismo.

Para conjurar el riesgo de reiterar el enjuiciamiento por nulidades ocasionadas en una u otra de esas fases del procedimiento, la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado establece cauces para la activa intervención de las partes. Así en el artículo 53, antes de someter el objeto del veredicto al Jurado. Pero también en el artículo 63.3 para suscitar una eventual devolución del acta del veredicto, si la misma refleja defectos de los que darían lugar a la nulidad. Esa petición de devolución no es un mero requisito formal. De ella depende que se evite un nuevo juicio, si se llega a declarar la concurrencia de causa de nulidad, cuando ya no es enmendable por declararse la nulidad cuando ya se ha disuelto el Jurado.

A esta segunda hipótesis concernía la situación que llevó al Tribunal Superior de Justicia a estimar la apelación ordenando, por nulidad del juicio, la celebración de otro nuevo juicio oral.

La justificación de esa decisión ha sido la consideración del veredicto como un acto de pura arbitrariedad.

Esa nulidad, sin embargo, se habría obviado de darse temporáneo y adecuado cumplimiento a esas disposiciones preventivas del legislador. El procedimiento de deliberación y votación del veredicto incluye la constatación en el apartado correspondiente del acta (el cuarto) de una sucinta explicación de las razones por las que han declarado probado o rechazado declararlo así, un determinado hecho. Cuando en el acta falta la exposición de tal contenido deliberativo se produce un defecto relevante en el procedimiento por omisión de una de sus fases. Ciertamente tal deficiencia exige la omisión de toda explicación, o una arbitrariedad tal que, lejos de reflejar una argumentación, por mínima que sea, expone una pura decisión, como mera manifestación de voluntad. Ciertamente eso solamente ocurrirá cuando la explicación pueda tildarse de absolutamente arbitraria.

Para tal hipótesis la previsión legal ordena al Magistrado la devolución del acta con audiencia de las partes, a las que competía la denuncia del defecto. Esta constituye una carga para las partes. La admisibilidad del recurso de apelación, por el cauce del apartado a) del artículo 846 bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se condiciona a la indefensión como consecuencia y a la previa reclamación como medio de subsanación. Efectivamente dicha norma procesal, después de excluir la necesidad de previa reclamación, cuando la apelación se funda en la vulneración de un derecho fundamental, enuncia, entre los motivos que exigen esa reclamación, por su dimensión de infracción de mera legalidad, la concurrencia de motivos de los que debieran haber dado lugar a la devolución del acta del veredicto al Jurado.

Si la parte calló ante la ostensible infracción procedimental, consistente en la omisión del contenido obligatorio del acta del veredicto, relativo a la exposición de lo deliberado, o consistente en la pura arbitrariedad equivalente a esa omisión, no puede después alegar ese defecto para reclamar una nulidad que antes no denunció, pudiendo hacerlo.

De tolerarse tal desviación de la previsión legal, nada impediría la eventualidad de una

estrategia fraudulenta como la denunciada por los recurrentes. Avisadas las partes, con la entrega del acta del veredicto, de cuál es la voluntad decidida del Jurado, silenciar la causa de nulidad en ese momento, e invocarla después con éxito por vía de recurso, garantiza la posibilidad de una arbitraria disposición de un Tribunal diverso al que ya se mostró contrario a la pretensión de la parte después recurrente. Desde luego no consta que en el caso que juzgamos tal ardid hubiera sido la razón del silencio de las partes en el trámite de entrega del veredicto en el que la reclamación era exigible. Pero la mera posibilidad de ello justifica la exigencia estricta del presupuesto de admisibilidad del recurso ulterior que la ley impone.

Así pues en la medida que el recurso de apelación del Ministerio Fiscal se justificó por la invocación del apartado a) del artículo 846 bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, precisamente puesto en expresa relación con el artículo 61.1.d) y con el artículo 63.1.e) ambos de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, y que la justificación expuesta invocaba arbitrariedad y contradicción en la motivación del veredicto, llegando a calificarlo de absurdo, es claro que su reclamación era exigible como carga ineludible para disponer de la vía impugnativa de la apelación.

Pues bien, no solamente no alega ni consta que hiciera reclamación alguna. Es que incluso su recurso se formuló como supeditado, vencido ya el plazo para la interposición de la apelación por dicho Ministerio Fiscal como recurso principal.

4. Ya hemos dejado expuesto que la alegación de infracción de un derecho fundamental no exime de la reclamación previa cuando la causa de aquella es precisamente uno de los supuestos que se enuncian en el apartado a) párrafo segundo del artículo 846 bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

No obstante tampoco la alegación de aquella vulneración del derecho a la tutela judicial sería estimable, por lo que subsistiría la exigencia del requisito de la previa reclamación para poder instar la nulidad de la sentencia del Tribunal del Jurado por el concreto motivo de quebrantamientos de normas procesales.

Y no sería estimable la alegación de vulneración de la garantía de tutela judicial efectiva en

la medida que el canon de exigencia de la misma en referencia a la motivación de las decisiones se satisface, como recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional número 12/2011, de 28 de febrero de 2011, si alcanza lo que denomina un grado mínimo que se conforma con la mera cognoscibilidad de la ratio decidendi de la resolución, de tal suerte que la explicación de los fundamentos probatorios del relato fáctico constituye una exigencia mayor, pero derivada de la garantía de presunción de inocencia. Ahora bien, así como esta última puede ser invocada por el acusado penado, la acusación, a quien no se reconoce un derecho a la presunción de inocencia a la inversa, solamente puede invocar la garantía de tutela judicial efectiva si, en lo relativo a la motivación, puede acreditar que la resolución impugnada no satisface aquel mínimo canon.

Como veremos al examinar el segundo grupo de motivos, tanto el veredicto como la sentencia daban satisfacción en esa medida a la exigencia de la garantía constitucional de tutela judicial.

De ello deriva la necesidad de inexorable cumplimiento de los presupuestos de reclamación previa e indefensión para que fuera admisible la apelación. No acreditado su cumplimiento, se reitera la conclusión antes establecida sobre la inadmisibilidad de admisión de recurso de apelación y subsiguiente nulidad de la sentencia dictada en tal grado.

5. Por otra parte el artículo 846 bis c), en su apartado a) exige para admitir a trámite el recurso de apelación contra las sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado que al recurrente se le haya ocasionado indefensión.

Sobre el concepto de indefensión ha de traerse a colación la constante doctrina constitucional que recuerda la STC 62/2009, de 9 de marzo, según la cual «la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales. Por otro lado, para que la indefensión alcance la dimensión constitucio-

nal que le atribuye el art. 24 de la Constitución Española, se requiere que los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones, esto es, que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional (SSTC 109/1985, de 8 de octubre, FJ 3; 116/1995, de 17 de julio, FJ 3; 107/1999, de 14 de junio, FJ 5; 114/2000, de 5 de mayo, FJ 2; 237/2001, de 18 de diciembre, FJ 5, entre otras muchas)» (STC 62/2009, FJ 4). En esta línea, hemos concluido también que la regla de la interdicción de la indefensión requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa de las partes, correspondiendo a los órganos judiciales procurar que en un proceso se dé la necesaria contradicción entre ellas, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen (SSTC 102/1998, de 18 de mayo, FJ 2; 114/2000, de 5 de mayo, FJ 2; 154/2000, de 12 de junio, FJ 2; 65/2007, de 27 de marzo, FJ 2; y 48/2008, de 11 de marzo, FJ 3).

Por las razones antes expuestas, ha de concluirse que si la indefensión les advino a las acusaciones por el laconismo o arbitrariedad del veredicto en cuanto a la sucinta explicación del mismo, aquéllas tuvieron ocasión de formular la pertinente reclamación al tiempo de conocer por su lectura el acta del veredicto, instando así la devolución de la misma al Jurado para subsanar el eventual defecto que estimaban esas acusaciones concurrente.

Tercero.—La anulación de la sentencia absolutoria fundada en una nueva valoración de los medios de prueba vulnera el derecho constitucional a un proceso con todas las garantías.

Procede ahora examinar el segundo grupo de motivos. Aunque, por las razones que acabamos de exponer, siendo inadmisibles a trámite la apelación, procede casar y dejar sin efecto la sentencia que la resuelve y es ante nosotros recurrida, bien puede añadirse que, en todo caso, las razones por las que el Tribunal Superior de Justicia estima la apelación, acogiendo la fundamentación que el Ministerio Fiscal da de su impugnación, es también contraria a garantías constitucionales.

En efecto, más allá de atribuir a la sentencia del Tribunal del Jurado una incoherencia interna, o arbitrariedad de su argumentación, a la que luego nos referiremos, la descalificación que hace de sus conclusiones pasa por la invocación de elementos radicados fuera de la sentencia apelada.

(...)

Tal línea argumental para desautorizar el resultado probatorio que establece el Jurado, excede de la mera consideración de coherencia interna de los argumentos expuestos por el Jurado. Esa fundamentación de la sentencia de apelación implica una decidida entrada en la valoración de los mismos medios de prueba a los que aquél atendió e incluso de otros que desechó. Y eso, cuando se trata de revocar una sentencia absolutoria, incluso cuando no se sustituye por otra de condena, sino que culmina con la anulación de la resolución absolutoria recurrida, es contrario al derecho a un proceso con todas las garantías por las mismas razones que, desde la sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002

se predica para el caso en que a la revocación de la absolución de la instancia sigue una condena del acusado antes absuelto.

Además el contenido de la sentencia de apelación incide ella misma en la arbitrariedad que reprocha a la sentencia del Tribunal del Jurado.

Cuando no ahorra descalificaciones a la falta de coherencia y razonabilidad del discurso con el que el Jurado da explicación de las razones de su decisión, olvida explicar las razones por las que estima concurre tal desatino en el Tribunal de la instancia o carecen de elemental rigor las dadas.

(...)

Por todo lo anterior, tal como reprochan los recurrentes, la sentencia incurre de manera abierta en el defecto de motivación ausente que, sin explicación atinada, justifique el reproche que le hace al Jurado.

También pues habría de estimarse este motivo, si no se hubieran ya estimado los anteriores.

Sentencia 315/2013, Sala Segunda, de 26 de marzo

Ponente: **Don Antonio Del Moral García**

Resumen: **Suspensión del juicio oral. Incomparecencia de testigos**

Recurso de Casación: n.º **1513/2012**

Artículos: **24 CE y 746 LECrim**

Se resume la doctrina jurisprudencial sobre los requisitos que han de concurrir para que proceda la suspensión del juicio oral solicitada por incomparecencia de testigos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

La estimación de un motivo por denegación de prueba (art. 850.1 LECrim, en cuyo radio de acción encaja igualmente la denegación de suspensión ante la incomparecencia de un testigo admitido), requiere diversos requisitos que son bien conocidos y están desarrollados en una nutrida jurisprudencia. Algunos son formales

(que la prueba estuviese propuesta en tiempo, que se alce la oportuna protesta ante la denegación de la suspensión, que se hagan constar los extremos sobre los que versaría el interrogatorio); y otros materiales (que la prueba fuese posible y necesaria). Hay que ser más estrictos con los requisitos de fondo. Pero los formales tampoco se conciben como meros obstáculos procesales. Obedecen a principios que han de ser salvaguardados.

Aquí faltan varios de esos requisitos.

Entre los de tipo formal se ha hecho alusión a la falta de indicación de la materia del interrogatorio. Puede soslayarse ese defecto en la medida en que era fácilmente intuible por el contexto: exigir esa precisión podría convertirse en este caso en un formalismo enervante.

Sin embargo faltan los dos presupuestos materiales: la prueba ni era posible ni era indispensable.

No podía citarse a los testigos pues se desconocía su paradero. Uno estaba en el extranjero al haber sido expulsado. Era implanteable su comparecencia. Los otros dos no estaban localizados. No se trata de reprochar nada a quienes asumieron la dirección letrada del recurrente. Ni sería justo recriminar al inicial letrado por no haber propuesto tal prueba en la fase inicial del procedimiento, ni tampoco lo sería reconvenir a quien asumió posteriormente la defensa, con profesionalidad y rigor no cuestionables, por no haber advertido anteriormente a la Sala para evitar la suspensión del juicio oral (aunque, desde luego, era compatible esa indicación al Tribunal con las propias y simultáneas gestiones del recurrente para ampliar el abanico de posibilidades de localización). Que su actuación venga impulsada por el deseo de salvaguardar en la mayor medida posible los intereses de su defendido, no impide considerar que objetivamente acceder a su petición hubiese supuesto generar una «dilación» innecesaria en el enjuiciamiento y por tanto indebida. En el momento en que la Sala de instancia tuvo que decidir se encontraba ante unos testigos no localizados, sin datos que permitiesen aventurar que su paradero podría ser averiguado en un plazo razonable de tiempo; y la necesidad de enjuiciar unos hechos sucedidos casi tres años antes. Si a esos datos se une la más que discutible relevancia de esos testimonios a la vista del resultado del resto de las pruebas practicadas la decisión adoptada —no suspensión— fue correcta. En esa ponderación había de primar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas frente a una suspensión para realizar averiguaciones cuyo éxito en absoluto estaba asegurado.

El acierto de la Audiencia acordando la celebración del juicio se torna todavía más claro valorando la «necesidad» de esa prueba. Y es que «posibilidad» y «necesidad» pueden jugar conjuntamente. Una prueba absolutamente indispen-

sable, puede requerir apurar al máximo todas las posibilidades de efectiva realización, claudicando solo cuando se haya comprobado su razonable imposibilidad. Para rechazar la suspensión ante la incomparecencia de un testigo cuyo testimonio difícilmente va a aportar nada relevante o a añadir algo trascendente, no es exigible el mismo grado de agotamiento de las posibilidades.

En efecto, para la anulación de una resolución judicial por no práctica de alguna prueba (ya se canalice tal motivo por el clásico quebrantamiento de forma del art. 850.1.º, ya venga enfocado como en este caso desde la óptica constitucional del derecho a usar los medios de prueba pertinentes: art. 24 CE) es necesario que la prueba cuya omisión va a determinar la retroacción del procedimiento para ser practicada, sea no solo pertinente y posible sino también necesaria. La necesidad es requisito inmanente a todos los motivos de casación en los que se solicita la anulación para practicar pruebas omitidas. Si la prueba no practicada podía ser pertinente en un juicio ex ante, pero carece de utilidad a la vista del desarrollo del juicio oral y de la resolución recaída, el motivo no podrá prosperar. No tendría sentido, v.gr., anular una sentencia parcialmente absolutoria por haberse rechazado una prueba que se hacía valer precisamente para acreditar la inocencia respecto de ese delito excluido de la condena por muy pertinente que fuere esa prueba y por improcedente que fuere su denegación. Como señala la STS 250/2004 de 26 de febrero de 2004, mientras la pertinencia se mueve en el ámbito de la admisibilidad de las pruebas, la necesidad se desenvuelve en el terreno de la práctica de manera que medios probatorios inicialmente admitidos como pertinentes pueden lícitamente no realizarse, por muy diversas circunstancias, entre ellas la decisión del Tribunal de no suspender el juicio pese a la incomparecencia de algún testigo, adoptada al amparo de lo prevenido en el artículo 746.3 LECrim; o, trasladándonos a la fase de recurso la ponderación sobre si la anulación de la sentencia y repetición del juicio se revela como indispensable para salvaguardar los derechos del recurrente. Si la prueba carece de aptitud para variar el sentido del fallo, pese a su eventual pertinencia, no puede arrastrar una nulidad que redundaría negativamente en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Sentencia 261/2013, Sala Segunda del TS, de 27 de marzo

Ponente: Don Perfecto Agustín Andrés Ibáñez

Resumen: Maltrato de obra y vejación leve

Recurso de Casación: n.º 1135/2012

Artículos: 175, 617 y 620 Código Penal

Maltrato de obra y vejación leve. En una acción consistente en propinar una bofetada una agente policial a una detenida se aprecia tanto maltrato de obra constitutivo de la falta del artículo 617 CP, como vejación leve del artículo 620 CP, al estar afectados bienes jurídicos distintos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Lo denunciado es infracción de ley, de las del art. 849,1.º Lecrim, en realidad infracciones, pues lo que se reprocha a la sala de instancia es: a) la inaplicación del delito del art. 175 Cpenal, o, en otro caso, del art. 620 del mismo; b) la inaplicación de los arts. 109 y 110 Cpenal; c) la aplicación indebida a la recurrente del delito de atentado del art. 550 Cpenal; d) la inaplicación de la atenuante de embriaguez; y, e) se objeta error en la interpretación del art. 779.1, 4.º Lecrim, con negativa afectación del principio acusatorio.

En cuanto a a), el argumento es que la actuación de la agente Diana sobre Olga tendría que haber sido tratada como delito contra la integridad moral, del art. 175 Cpenal; o, en otro caso, como falta del art. 620,2.º Cpenal. Por razón de la condición pública de la primera y por la circunstancia de especial vulnerabilidad en que se produjo la intervención, que se entiende humillante para la ofendida.

El motivo es de infracción de ley y, en consecuencia, a su amparo solo cabe examinar si lo que se describe en los hechos probados, fijados definitivamente por la Audiencia, ha sido o no correctamente valorado en el plano jurídico.

Siendo así, hay que partir de que la descripción que hace la Audiencia de las vicisitudes de la detención y el traslado a comisaría, y de las que siguieron dentro de esta —a excepción de la que

luego se dirá— presenta un modo de operar de los funcionarios ajustado a las circunstancias impuestas por el comportamiento alterado de la detenida, que, precisamente por tal motivo, se habrían visto obligados a adoptar medidas de contención y para reducirla físicamente, innecesarias en otro caso.

De este modo, con el fin de verificar si es que se ha producido o no la infracción de los preceptos legales citados, el único segmento de los hechos que cabe considerar —desde el prisma de la posible afectación a la integridad moral de Olga— es el relativo a la bofetada propinada a la misma por la agente Diana.

El concepto de integridad moral, si no del todo coincidente con el de dignidad, está estrecha e indisolublemente asociado a él. Y, en la consideración actual (de ascendencia kantiana), universalmente aceptada, denota un valor inherente a toda persona por el mero hecho de serlo; y que la convierte en un fin en sí misma. Esto impide que pueda ser objeto de usos instrumentales para fines ajenos, o víctima de maltrato. Así, la conciencia y reconocimiento de ese valor como atributo incancelable del otro, es la razón del respeto mutuo, y, cuando impera, hace simétricas las relaciones, como propias de sujetos iguales en dignidad, al margen de cualesquiera rasgos diferenciales.

La actuación sufrida por Olga con ocasión de su registro en la comisaría, no puede decirse que fuera indiferente desde el punto de vista de su dignidad, pues no cabe duda de que medidas como la reducción por la fuerza y los cacheos con la impo-

sición de una cierta desnudez, afectan sin duda negativamente a ese valor. Ahora bien, estando a la descripción y a la interpretación de esos hechos que hace la Audiencia —ya en este momento y en esta instancia— hay que partir de que la intervención, que se desgrana en la sucesión de acciones minuciosamente descritas en la sentencia, fue consecuente con el comportamiento de aquella. Salvo en lo que se refiere a lo que la propia sala de instancia califica expresivamente de «bofetada en toda regla»; una agresión pura y simple, por tanto, jurídicamente inaceptable, también, o más aún, en semejante contexto.

Dicho esto, el tema ahora suscitado por la impugnación, se ciñe a determinar el encaje de esa acción en uno u otro de los preceptos invocados por la recurrente, es decir, el del art. 175 Cpenal o el del art. 620,2 Cpenal del mismo texto.

El primero de ellos está dirigido a sancionar los atentados contra la integridad moral producidos «fuera de los casos comprendidos en el artículo» precedente, que es el que tipifica el delito de tortura. Por tanto, se refiere a aquellos que, siendo de una significación objetiva equivalente, no respondan «al fin de obtener una confesión o información». Y, dada la especificación del art. 174 Cpenal, la aplicación del art. 175 Cpenal reclama actos que comporten un padecimiento para la integridad moral de la persona concernida, asimilable al que resulte del sometimiento «a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales [o] la supresión o disminución de sus facultades...».

Pues bien, estando como se ha dicho antes, a la conducta que es el objeto exclusivo de estas consideraciones, constituida por la acción (una bofetada) plenamente deslindada en los hechos de la sentencia, hay que convenir que la conclusión de la sala de instancia, de no considerarla subsumible en el precepto del art. 175 (en su relación con el art. 174 Cpenal) es correcta. En efecto, pues se trató exclusivamente de una agresión, en sí misma, de carácter leve, pues no produjo ningún traumatismo orgánico, por lo que tiene encaje adecuado en el precepto del art. 617,2.º Cpenal que castiga el maltrato físico sin causar lesión; que es el que ha aplicado el tribunal.

Pero la impugnación promovida suscita un tema, ciertamente relevante, que tiene que ser abordado: es el de si realmente, dadas las circunstancias de la autora y del contexto de la acción inculpada, cabe decir que todo su contenido de antijuridicidad penal queda absorbido por esa norma. Y la respuesta debe ser que no. Veámoslo.

La norma de referencia describe y sanciona la acción consistente en golpear sin causar lesión. Es decir, por antonomasia, el hecho de que alguien dé a otro, con el que se encuentra en una relación de cierta simetría en las posiciones, un simple golpe con la mano, sin más consecuencias. Una clase de supuesto que, seguramente, es de los que más recurren en la estadística de los juicios de faltas; y que, haciendo abstracción del contexto, es el que aquí se produjo.

Pues bien, no parece necesario un especial esfuerzo argumental para dar soporte a la afirmación de que el caso a examen es muy diferente y no pertenece al género de los que acaban de invocarse. Por razón del sujeto activo, una funcionaria de la policía, revestida de autoridad (que actuaba en compañía de otra agente). Porque la misma estaba haciendo un uso reglamentario de la fuerza sobre otra mujer, en ese momento, privada de libertad en la comisaría, esposada y despojada de parte de su ropa. Porque esta última, por la clase de intervención a que estaba siendo sometida, se hallaba en una particular situación de vulnerabilidad. Y porque, en fin, en tales circunstancias, la primera le propinó un golpe en el rostro, por completo gratuito, no solo levemente lesivo en el orden físico, sino necesariamente humillante y depresivo en el plano moral; que es lo que lo convierte en una acción pluri—ofensiva, al haber afectado a dos bienes jurídicos personalísimos, penalmente protegidos y perfectamente individualizables.

Por todo, si el maltrato, en ese primer aspecto, justifica la aplicación del art. 617,2.º Cpenal, llevada a cabo por la Audiencia. La existencia de ese plus de antijuridicidad reprochable, justifica y exige la aplicación del art. 620,2.º Cpenal, también objeto de acusación. Y en tal sentido debe darse lugar al recurso.

Sentencia 302/2013, Sala Segunda del TS, de 27 de marzo

Ponente: Don Joaquín Giménez García

Resumen: Veredicto del Jurado: mayorías. «Jurado colgado»

Recurso de Casación: n.º 324/2012

Artículos: 59, 60, 63 y 65 LOTJ

Tribunal del Jurado: Se aplica el criterio adoptado por el Pleno no Jurisdiccional de 13 de Marzo de 2013 sobre la solución a seguir cuando no se consigue por el Jurado ninguna de las mayorías exigidas en el artículo 59 de la LOTJ.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—La cuestión que se suscita en el presente recurso a través de tres motivos en los que se vertebra el recurso, se refiere a una cuestión estrictamente jurídica de naturaleza procesal, cual es la relativa a la interpretación que deba dársele a los artículos 59-1.º y 60-1.º de la LOTJ, en relación a las mayorías exigibles al colegio de ciudadanos jurados para estimar acreditados los hechos negativos vertebradores de la acusación, o, para en su caso, estimarlos como no acreditados. Recordemos que los hechos desfavorables para el acusado exigen siete votos, y los favorables cinco votos.

En el presente caso, el Colegio de Jurados por seis votos a favor estimó como probados los hechos principales de la acusación —es decir, los hechos desfavorables—, referidos en los hechos 2.º y 4.º del objeto del veredicto.

(...)

La proposición de que no estaban probados obtuvo tres votos.

En esta situación, el Jurado no emitió veredicto alguno justificando tal decisión en los siguientes términos:

«...Ante la falta de elementos de convicción para llegar a una decisión en cuanto al punto c) sobre la culpabilidad al no llegar a la votación necesaria (7 votos ó 5) al resultado de 6 y 3, por tanto no emitimos veredicto...».

El Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, acuerda la absolución (...)

Recurrida en apelación por el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, en su sentencia de 30 de Enero de 2012, se confirmó la sentencia absolutoria dictada por el Magistrado-Presidente.

(...)

En apoyo de esta tesis se citaba la sentencia de esta Sala STS 595/2008 de 3 de Octubre, que en una situación idéntica a la expuesta —mayorías 6/3, por tanto no las exigidas en la Ley— en cuya situación la sentencia del Magistrado-Presidente fue la de absolver al acusado en tanto que la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ante el que se recurrió el fallo, fue la de declarar nula tal sentencia dictada en primera instancia. Finalmente recurrida en casación, esta Sala anuló, a su vez la sentencia en apelación manteniendo la validez de la sentencia del Tribunal del Jurado, argumentando el carácter excepcional del recurso de casación y las graves consecuencias a las que conduciría la celebración de un nuevo juicio para el absuelto (...)

Cuarto.—En la deliberación de la causa, ante la existencia del precedente jurisprudencial representado por la STS 595/2008 ya citada, y ante la posibilidad de una decisión discordante con la misma, que supondría un precedente en sentido contrario al representado por dicha sentencia, que atentaría claramente contra el principio de seguridad jurídica e igualdad ante la Ley, del que esta Sala debe ser especialmente garante, decidió por unanimidad suspender la deliberación y trasladar la cuestión a un Pleno no Jurisdiccional de

Sala a fin de conocer la opinión del Pleno de la Sala en relación a la decisión a adoptar cuando no se consiguen ninguna de las mayorías exigidas en el art. 59, como es el caso de autos, en el que ni se alcanzó la mayoría de siete votos por los hechos contrarios al acusado, pero tampoco se consiguieron los cinco votos para los favorables, esto es, se produjo una crisis decisoria en el régimen de mayorías legales, lo que condujo a la situación normalmente llamada «jurado colgado», en orden a determinar si se debía seguir el criterio de la STS 595/2008, con lo que ya se obtendría una doctrina consolidada al respecto, o, por el contrario, habría de estarse a las previsiones de la propia Ley del Jurado, que en el art. 63, prevé expresamente la devolución del acta al Jurado cuando éste no se haya pronunciado sobre la culpabilidad o inculpabilidad del acusado — art. 60— siendo esa falta de pronunciamiento la que expresamente declaró el Colegio de Jurados como ya se ha dicho.

El Pleno no Jurisdiccional tuvo lugar el 13 de Marzo de 2013, y por mayoría se adoptó el siguiente Acuerdo que en lo que aquí interesa es como sigue:

- a) Para declarar probado un hecho un hecho desfavorable será necesario el voto de, al menos, siete jurados.
- b) Para declarar no probado el hecho desfavorable son necesarios al menos, cinco votos.
- c) Si no se alcanza alguna de esas mayorías, no habrá veredicto válido y habrá que operar en la forma prevista en los arts. 63 y 65 LOTJ (supuestos de seis o cinco votos a favor de declarar probado el hecho desfavorable).

Los miembros de este Tribunal, hacen suya la opinión mayoritaria del Pleno no Jurisdiccional indicado y en consecuencia estimamos que la sentencia dictada por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Toledo y la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha no es la correcta ni la prevista en la Ley del Jurado, lo que, ya se adelanta, conduce a la estimación del recurso de casación formalizado por la Acusación Particular.

Quinto.—Pasamos a la explicitación de las razones que abonan la decisión de la Sala.

La Ley del Tribunal del Jurado, tiene prevista expresamente en su articulado la solución a adoptar en los casos en los que no se alcance las mayorías exigidas para estimar probado los hechos contrarios al acusado, así como los hechos favorables.

El art. 59 es claro cuando exige siete votos — al menos— cuando los hechos fuesen contrarios al acusado, y cinco votos cuando fuesen favorables.

El paso siguiente a la votación de los hechos está constituido por el art. 60 que prevé la votación sobre la culpabilidad o inculpabilidad del acusado.

Solo está prevista la votación de la culpabilidad o inculpabilidad «...si se hubiese obtenido la mayoría necesaria en la votación de los hechos...». Por lo tanto es claro que presupuesto para la votación sobre la culpabilidad es la obtención de alguno de los dos quórumos que exige la Ley.

En caso de no obtención de ninguna de las mayorías no debe procederse a la declaración de culpabilidad o inculpabilidad, y esa fue la decisión que adoptó el Jurado.

En realidad la votación sobre la culpabilidad o inculpabilidad del acusado es una simple consecuencia de la votación sobre los hechos, ya que el resultado de la votación sobre los hechos se proyectará, necesariamente sobre la culpabilidad o inculpabilidad, por lo que, en la situación de paralización del Jurado por la crisis decisoria (seis a tres en contra del acusado), situación que usualmente se denomina «jurado colgado «como ya se ha dicho, la única solución es continuar con las deliberaciones hasta obtener las mayorías legales, o en su caso, la devolución del acta al Jurado tanto si el Jurado no se pronuncia sobre la culpabilidad —como ocurrió en este caso— o si se pronuncia pero sin la mayoría exigida, que recuérdese, no se obtuvo en la votación sobre los hechos.

Por el contrario, la decisión recogida en la sentencia del Jurado y confirmada en la apelación, fue la de apartarse de las previsiones legales que contemplaban la solución a esta crisis decisoria y con el apoyo jurisprudencial de la Sentencia 595/2008, absolver al acusado, estimando que, en definitiva, existió una mayoría del Jurado que no le estimó autor de los hechos de los que venía acusado.

El argumento que apoyaba la decisión se refería a que la persona concernida ya había sido juz-

gada y absuelta por una mayoría de los miembros del Jurado, y que en tal situación el sometimiento del absuelto a un nuevo juicio no quedaba justificado en la medida que sometía al absuelto a las graves consecuencias que pudieran derivarse de ser sometido a un nuevo juicio, ya que sin perjuicio de reconocerse que lo correcto hubiese sido que el Magistrado-Presidente hubiera devuelto el Acta al Jurado como tiene prevista la Ley, al no haberlo hecho en el momento procesalmente correcto, el planteamiento de la cuestión en sede de apelación o casación, solo cabría acordar la repetición del juicio ante otro Jurado o confirmar la absolución, y en esa tesitura, la decisión tanto de la sentencia de primera instancia como la dictada en apelación fue seguir el criterio de la STS 595/2008 ya citada, de la que retenemos el siguiente párrafo:

«...Porque de optar por la repetición íntegra del Juicio ante un nuevo Jurado, como hace la Sentencia recurrida, sin duda en su caso y por tratarse de una apelación aplicando con la previsión de la Ley especial para esta clase de supuestos, nos encontraríamos con que quien ya fue juzgado, con todas las garantías y requisitos legales para ello, tanto materiales como formales, obteniendo un indiscutible pronunciamiento fáctico, adoptado también de acuerdo a los requisitos establecidos en la propia Ley, que declaraba la insuficiencia de acreditación de su participación delictiva en los hechos enjuiciados, todo ello conforme a la convicción de un Jurado compuesto expresamente para ese enjuiciamiento, ahora se enfrentaría a la eventualidad contradictoria de ser hallado partícipe en ellos, por un nuevo y distinto Tribunal, y lo que pudiera resultar aún más insoportable, incluso con una nueva calificación jurídica...».

Como ya se ha dicho, la opinión unánime de los integrantes de esta Sala es la de ante el apartamiento de la solución prevista en la Ley para resolver la crisis decisoria, declarar nula tal decisión y fallo que de la misma se deriva. La Ley del Jurado tiene un sistema de mayorías necesarias quedando sancionado su incumplimiento con la devolución del acta, al no hacerlo así el operador judicial se aparta de la previsión legal —sobre cuya constitucionalidad no cabe duda— y provoca un apartamiento del proceso que denunciado vía casación, debe resolverse declarando la primacía del ordenamiento jurídico y la consiguiente obligatoriedad de seguirlo, por lo que, en este momento proce-

sal, siendo imposible la devolución del acta, solo cabe la repetición del juicio con nuevo Jurado y nuevo Presidente, sin que los riesgos de someter al absuelto a nuevo juicio deban impedir tal solución, pues el absuelto lo fue indebidamente. Esta Sala como último intérprete de la legalidad penal ordinaria no puede dejar de ser garante de tal legalidad, sin que el nuevo sometimiento a juicio del que fue indebidamente absuelto ni atente al principio de presunción de inocencia ni menos a la interdicción del doble enjuiciamiento.

No afecta al principio de presunción de inocencia del absuelto porque la interdicción de la arbitrariedad a que están sometidos los poderes públicos ex art. 8-3.º de la Constitución, tiene una específica proyección en la actividad jurisdiccional por tratarse de una actuación motivada y razonada que se conecta con el fin político que tienen las formas procesales, pues en su observancia estriba la confianza pública en la actividad jurisdiccional, dicho de otro modo, también la interdicción de la arbitrariedad opera en las sentencias absolutorias. Tampoco afecta a la prohibición de doble enjuiciamiento ni en su vertiente sustantiva ni en la procesal.

No afecta al non bis in idem en su vertiente sustantiva porque esta opera en relación a hechos por los que ya ha sido condenada la persona concernida, impidiéndole un nuevo enjuiciamiento por los mismos, aunque existen excepciones que no vienen al caso en relación a la doble actuación administrativa y penal.

No afecta al non bis in idem en su vertiente procesal según el cual no puede ser sometido el absuelto a un nuevo enjuiciamiento de forma injustificada, antes bien la legitimidad del nuevo enjuiciamiento descansa sobre la verificación del apartamiento de las normas procesales esenciales del Tribunal del Jurado como son las que rigen el sistema de mayorías exigibles para la condena o absolución de la persona concernida.

El mantenimiento de la decisión absolutoria, adoptada claramente contra la normativa legal prevista para la crisis decisoria en que se encontró el Jurado, supone una decisión que no consolida la confianza de la sociedad en sus Tribunales, que cuestiona su legitimidad en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, y que en definitiva, cualquiera que sea la decisión adoptada —absolutoria o con-

denatoria— al no estar adoptada de acuerdo con las previsiones legales, no puede ser mantenida.

Por otra parte, el argumento de que no adoptada la precisión legal para solucionar la crisis decisoria por el Magistrado Juez Presidente del Tribunal del Jurado —devolución del veredicto ex art. 63 LOTJ— no puede ser acordada la solución de decretar la nulidad del juicio y nombramiento de nuevo jurado porque cuestiona y pondría en riesgo a la persona que ha sido absuelta al someterla a nuevo enjuiciamiento, sobre no cuestionar ni el derecho a la presunción de inocencia, ni la interdicción de doble enjuiciamiento, como ya se ha razonado, supondría toda una invitación a consolidar tal proceder de actuación que ya quedaría en la práctica, legitimada no siendo acorde a la

Ley e impidiendo que esta Sala Casacional pueda ejercer su actividad de último intérprete de la legalidad penal y procesal ordinaria.

(...)

Sexto.—Como consecuencia de todo lo razonado, y con estimación del recurso de casación formalizado por la representación de María Milagros, debemos acordar la nulidad de la sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de fecha 30 de Enero de 2012, así como la del Tribunal del Jurado de 28 de Septiembre de 2011, acordando la realización de un nuevo juicio con nuevo Magistrado-Presidente y nuevos Jurados, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Sentencia 360/2013, Sala Segunda del TS, de 1 de abril

Ponente: **Don Juan Saavedra Ruiz**

Resumen: **Lesiones imprudentes**

Recurso de Casación: **n.º 956/2012**

Artículos: **121, 147 y 152 Código Penal**

Lesiones imprudentes. Extractamos la argumentación relativa a la separación entre lesiones dolosas, imprudentes y fortuitas en un supuesto de combate de boxeo simulado en el ámbito penitenciario.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

1. Entremezcla el recurrente, en primer lugar, tres figuras jurídicas distintas, cuales son: a) la causación fortuita del resultado lesivo; b) la adecuación social de su comportamiento, en tanto que ajustado a la práctica de un deporte que por su propia naturaleza resulta agresivo; y 3) el consentimiento recíproco en las lesiones que, de su práctica, pudieran derivarse. En realidad, cabe reconducir tal planteamiento hacia un único y mismo principio de insignificancia, trasunto del de intervención mínima del Derecho Penal y que, aunque de soslayo, también menciona el recurso. El principio de insignificancia —si bien, como

veremos, no resulta aplicable al presente caso— comporta una cierta tolerancia social ante determinadas conductas que, aunque en una primera aproximación pudieran estimarse atentatorias de bienes jurídicamente protegidos, sin embargo no merecen a la postre reproche penal alguno, dada su escasa gravedad. Guarda de este modo relación con el clásico principio «*minima non curat praetor*», es decir, la ley no está interesada en asuntos menores, lo que a su vez tangencialmente se relaciona con la doctrina de la adecuación social o de las conductas socialmente adecuadas. Conviene, no obstante, recordar que tales principios deben ser evaluados —como señalábamos en la STS núm. 1346/2004, de 16 de noviembre, al hilo del informe allí emitido por el Ministerio Fiscal—

desde posicionamientos de política criminal, por lo que en ningún caso se viene a autorizar que infracciones de cierta entidad o gravedad puedan ser objeto de minoración o exclusión penal.

Se trata de un problema de distribución de riesgos, habiendo señalado esta Sala sobre el particular que la creación de un peligro jurídicamente desaprobado quedará ausente de penalidad cuando se trate de riesgos permitidos que excluyan la tipicidad de la conducta que los crea (SSTS núm. 379/2011, de 19 de mayo; 171/2010, de 10 de marzo; 1026/2007, de 10 de diciembre; 1094/2005, de 26 de septiembre; ó 1494/2003, de 10 de noviembre, por remisión a la STS núm. 1611/2000, de 19 de octubre). Próximos a éstos encontramos los casos de disminución del riesgo en los que el autor obra causalmente respecto de un resultado realmente ocurrido, pero evitando a la vez la producción de un resultado más perjudicial. Son también de mencionar otros supuestos de ruptura de la imputación objetiva abarcados por el principio de confianza, conforme al cual no se imputarán objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiando en que otros se mantendrán dentro de los límites del peligro permitido, así como las exclusiones motivadas por lo que doctrinalmente se denomina «prohibición de regreso», referida a condiciones previas a las realmente causales, puestas por quien no es garante de la evitación de un resultado.

En el delito de lesiones que nos corresponde examinar, el tipo objetivo requiere que el resultado producido causalmente por la acción sea la realización del peligro generado por la misma. Es decir, el resultado sólo puede ser imputado al autor en la medida en que no hayan concurrido con el riesgo por él creado otros riesgos que permitan explicar el resultado. Tal situación se presenta, por ejemplo, cuando el afectado se introduce por sí mismo en una situación arriesgada o no se aparta de ella por su propia decisión, lo que se conoce con los nombres de «autopuesta en peligro» o «principio de la propia responsabilidad». Se trata de establecer los casos en los que la realización del resultado es concreción de la peligrosa conducta de la propia víctima, que ha tenido una intervención decisiva. Dicho de otra manera: cuando la víctima no es ajena al resultado con su comportamiento, o cuando se expone voluntariamente al peligro que proviene de la acción de otro, supues-

tos en los que surge la necesidad de decidir si la víctima pierde la protección del Derecho Penal bajo criterios de autorresponsabilidad o si, por el contrario, debe mantenerse la atribución de responsabilidad penal al autor que creó el riesgo. En estos casos es preciso considerar hasta qué punto el resultado producido es imputable objetivamente a la víctima o al autor (en este sentido, STS núm. 1256/1999, de 17 de septiembre).

Por su parte, el caso fortuito sólo puede ser apreciado cuando el resultado producido se diferencia claramente del movimiento corporal que lo produce. El caso fortuito excluye el dolo y la culpa, produciéndose, pues, una ausencia absoluta de todo reproche jurídico-penal al presentarse el suceso como imprevisible para el sujeto. Pero, tal y como apuntaban ya dos antiguas SSTS de 14 de septiembre de 1992 y de 3 de julio de 1992, sólo podrá invocarse para cuestionar la relación de causalidad o la imputación objetiva, lo que paradójicamente no cuestiona el recurrente en este caso. Cuando se habla de previsibilidad es preciso advertir que no se alude a toda posibilidad de prever, sino a la posibilidad de prever con una cierta medida de diligencia, ya que incluso los acontecimientos más extraordinarios pueden preverse con una diligencia igualmente extraordinaria.

Como decíamos, no cuestiona el recurrente (sí lo hizo en la instancia) la causalidad natural entre su acción y la grave lesión resultante, de modo que si no hubiera golpeado a la víctima, a la que ninguna participación se atribuye en el resultado lesivo desencadenado finalmente, ésta no habría sufrido esas importantes secuelas que luego describiremos con mayor detalle. Esboza el acusado una ligera queja en cuanto a los padecimientos que, previamente a los hechos, habría de sufrir la víctima en la región afectada. Pero cuestionar la relación de causalidad entre la acción desplegada y el resultado lesivo sobre la base de una concausa preexistente debe llevarnos a recordar la constante doctrina de esta Sala que estima que, en el supuesto de acciones agresivas sobre personas que padecen alguna enfermedad preexistente o menores defensas, ese singular hecho no evita que la efectiva causación del resultado provenga de la agresión que desencadenó su producción, pues la causa preexistente no produciría el resultado (STS núm. 1345/2011, de 14 de diciembre). Únicamente se acepta una eliminación de la cau-

salidad en el supuesto de «interferencias extrañas» entre la acción y el resultado, lo que no es el caso. No interrumpen el nexo de causalidad las concausas preexistentes y/o concomitantes (ATS núm. 1635/2008, de 20 de noviembre), siendo tal la naturaleza que cabe atribuir a la malformación aquí preexistente (a saber, un quiste que el interno tenía en su zona genital) y que en ningún modo guarda relación con el resultado producido. De hecho, la sentencia de instancia deja bien claro que dicha alteración física realmente se ubicaba en un área testicular no afectada por la agresión, por lo que en ningún modo habría podido incidir en la lesión resultante (FJ. 2.º, penúltimo inciso).

La pretensión de que los hechos enjuiciados suponen un desgraciado accidente en el que no ha intervenido de parte del recurrente responsabilidad penal alguna, ni siquiera leve, por lo que debe reputarse como un caso fortuito, deviene también insostenible desde el momento en que se admite el mutuo consenso a la hora de luchar, siquiera simuladamente, así como el impacto final contra su víctima. Fue la conducta del acusado la que provocó el estallido y consiguiente hemorragia de un testículo del interno, propiciando que dicho órgano tuviera que ser extirpado al ser ésta la única forma de reparación médica viable en el caso, provocando tal pérdida anatómica. Así resulta de los hechos probados y así lo admite in extremis el recurrente. Es patente que existió una causalidad natural: de no mediar el golpe del acusado, independientemente de su forma de originación, no se hubieran seguido las graves lesiones y secuelas padecidas por el perjudicado. La acción realizada por el recurrente creó un riesgo jurídicamente desaprobado por el ordenamiento que no puede incardinarse en el caso fortuito. El resultado producido es asimismo concreción de su acción, al derivar del golpe que propinó, y no de un padecimiento previo del lesionado.

El riesgo depende de cada caso, de acuerdo con las pautas sociales en la situación concreta y en función de las relaciones entre el sujeto activo y el perjudicado. Desde este plano tampoco se observa un posicionamiento de la víctima que elevara los niveles de riesgo asumidos. No existió situación alguna equiparable a la autopuesta en peligro por parte de la víctima, que ninguna responsabilidad tuvo —más allá de la aceptación del simulacro de lucha— en la causación del resul-

tado lesivo. Aunque discrepe el recurrente de la mecánica comisiva de la que se hubiere seguido el golpe, cuya intensidad también cuestiona, nada fortuito puede verse en ello. Aceptando libre y conscientemente la práctica de un deporte violento en su misma esencia, el impacto causante de la lesión no puede atribuirse al azar o a la fatalidad, por más que los contendientes hubieren convenido que no hubiera auténtico contacto físico. No hay tampoco margen alguno para la duda en cuanto a que golpear a otro en estos términos constituye una acción que genera un peligro jurídicamente desaprobado, ajeno de todo punto al caso fortuito que se invoca.

2. A igual conclusión negativa se llega desde la perspectiva de la adecuación social. El propio recurrente reconoce —y así dimana de los hechos probados— que convinieron un marcaje de golpes de boxeo con uso de guantes, pero con la expresa limitación, insistimos, de evitar todo contacto real. En esa situación, el acusado habría tenido que respetar una distancia que impidiera cualquier mínimo roce. También de obviar el empleo de cualquier técnica que hiciera peligrar tan elemental regla de juego e, igualmente, evitar la dirección de sus ataques hacia áreas corporales delicadas o sensibles, cuyo ataque en ningún modo admite el boxeo. Estos deportes de contacto, tanto en sus modalidades occidentales (entre las más conocidas, el boxing inglés e irlandés, y el boxeo americano o sus versiones contemporáneas de full combat o full contact, semicontac y kick boxing, por citar algunas), como en las orientales (distintas variantes de artes marciales, judo, karate, kunfú, lucha libre, taekwondo...), algunas de las cuales incluso son disciplinas olímpicas, cuentan con un definido cuerpo de reglas sobre técnicas de golpeo. Por ejemplo, el boxeo de formato tradicional y el full contact coinciden en gran parte de las técnicas de puño —admitiendo también el full contact las de pierna— que deben ir dirigidas bien a la cabeza, bien al tronco del oponente. No está autorizado, pues, un ataque que afecte a las extremidades, como tampoco a áreas corporales como la aquí afectada.

El recurrente reconoció que, aun no siendo profesional, es aficionado al boxeo, que practica con frecuencia, razón por la que no es aventurado estimarlo conocedor de reglas tan elementales. Siendo además él quien retó al interno a batirse

en el gimnasio, su consciencia del riesgo fluye sin dificultad del consenso por pactar unas normas aún más estrictas dirigidas a evitar de todo punto el contacto físico. La colisión no puede justificarse, pues, bajo las reglas de la adecuación social propias de los deportes de contacto, menos aún ante lo que ya constituía una anómala actuación por parte de un funcionario de prisiones que, desempeñando sus funciones como tal y en el curso de su turno de vigilancia, propone y ejecuta entrar en lid con un interno, siquiera fuese como un juego. Recordemos que entre otros cometidos corresponde a la Administración Penitenciaria —y, por ende, a sus funcionarios— velar por la integridad física de los internos.

Evidentemente, tampoco estamos ante la situación prevista en el art. 155 CP, precepto que ni siquiera ha sido planteado y que supedita unos efectos penológicos atenuados a la prestación válida, libre, consciente y expresa del consentimiento del ofendido en ser lesionado (ATS núm. 2646/2001, de 10 de diciembre). Por las razones antes vistas, tampoco pueden entenderse consentidas por la víctima unas lesiones que expresamente habían descartado ex ante ambos pugilistas.

3. Algo más prolija resulta la reflexión sobre la intencionalidad que hubo de guiar al autor. En concreto, acerca de si la extirpación testicular puede imputarse dolosamente al acusado —tal y como entendió la Sala de instancia— por venir a representar la concreción del peligro generado deliberadamente por el acusado y asumido de forma eventual con su acción; o si, por el contrario, debe quedar reservada al ámbito de la imprudencia. Todo ello incide, efectivamente, en la calificación penal que hayan de merecer los hechos, descartado ya que tal conducta pueda tenerse por un acto atípico.

La sentencia declara probado que el juego se desarrolló sin incidencias «hasta que en un momento determinado, sin cruzar palabra alguna, el acusado propinó un rodillazo al interno en la zona testicular», con lo que el encuentro se dio por terminado. Es ahora cuando procede abordar también la queja sobre la insuficiencia probatoria de semejante extremo fáctico, que atribuye a un acto deliberado del acusado la génesis de la lesión. Admitida en la instancia la inexistencia de dolo directo, al no constar que el acusado tuviera

intención de causar tan grave resultado, todo se circunscribe al debate en torno a la presencia de un dolo eventual que abarque el concreto resultado lesivo o bien de una culpa con representación.

Al respecto, ha de convenirse con el recurrente en que una lectura íntegra de la sentencia de instancia permite encontrar elementos a favor y en contra de la tesis dolosa por la que finalmente se decanta el Tribunal a quo. En la sentencia se deja constancia de que las quejas del interno sobre el dolor que padecía en la región lesionada fueron inmediatas a la finalización del combate con el acusado, no pudiendo el interno reanudar el juego, como tampoco ningún otro. Su dolor tenía ya entonces tal intensidad que precisó de asistencia médica posterior, siendo el propio acusado quien le ayudó a desplazarse por el centro penitenciario para ser atendido. El momento exacto de la contusión y su relación con el encuentro entre el acusado y el interno no alberga, por tanto, imprecisión alguna.

Sí la hay, en cambio, respecto de la forma en la que hubo de producirse. Así, mientras que a través de las testificales tanto de la víctima como de otros testigos presenciales (en concreto, el también funcionario de prisiones núm. NUM000 y otro de los internos que se encontraba en el gimnasio) la Audiencia llega a la conclusión anterior sobre la inmediatez del dolor, deja en cambio sin mínimo reflejo probatorio cuál fuera el origen de la lesión. En el FJ. 1.º alude a una patada, reconociendo no obstante que los testigos también mencionaron un probable accidente casual. En cambio, en el FJ. 2.º da por cierto un rodillazo, pese a admitir que ni siquiera las declaraciones del imputado fueron totalmente esclarecedoras al respecto. Al inicio de las actuaciones, quizá por temor, pero no se deja constancia de cuál fue su posicionamiento en el juicio sobre este relevante extremo. Tampoco sobre lo que declararon en la vista los demás testigos presenciales, más allá de lo antes apuntado. Resulta, por tanto, incompleto el estudio probatorio, defecto que no puede interpretarse «contra reo». Máxime cuando, al incidir sobre un elemento determinante de la ulterior calificación jurídica, la cuestión de si se trató de una patada, de un rodillazo o de otra forma de actuación (v.gr. un mero encontronazo) es relevante.

Tampoco lo es la modalidad de boxeo consensuado, sobre la que igualmente se omite mayor

desarrollo en la instancia, siendo así que, como ya hemos expuesto, mientras que el boxeo tradicional solamente admite el uso de los puños, en cambio el full contact permite los barridos y el empleo de patadas, siempre que vayan dirigidas hacia regiones corporales de las expresamente permitidas. Es verdad que en ninguna de estas modalidades de boxeo se aceptan ataques directamente dirigidos a áreas como la aquí afectada. Pero el consenso sobre uno u otro tipo de técnica pugilista habría facilitado la resolución de la disyuntiva entre si se trató de una mecánica que, constituyendo un exceso, se encontraba técnicamente dentro de las admisibles o que, por el contrario, representaba un abuso claramente prohibido, lo que de nuevo afecta a la deducción de la voluntad abarcada por el acusado.

Siguiendo con el análisis de intencionalidad del que da cuenta la sentencia, se destaca en este punto que «obviamente parecerá excesivo afirmar que el acusado quiso lesionar de gravedad al interno», no obstante lo cual «lo que sí quiso y efectivamente hizo fue propinarle un fuerte rodillazo en los testículos», conducta «no sólo contraria a lo acordado con el contendiente, sino en todo caso prohibida por las reglas del boxeo y por el sentido común, pues ni el lesionado estaba prevenido ante tal clase de ataque, ni protegido su cuerpo contra un golpe siempre de muy grave riesgo y peligro bajo cualesquiera circunstancias» (FJ. 2.º, in fine). La Audiencia descarta, por ello, toda opción imprudente —propuesta con carácter subsidiario por la acusación— al entender que hubo dolo eventual en la acción y respecto del resultado, incardinando la acción y su resultado en el art. 150 CP (FJ. 3.º). Ha de convenirse con la Sala de instancia en que el acusado estaba obligado a calibrar su posición en el juego, sin olvidar en ningún momento el carácter didáctico del encuentro que, de forma irresponsable, había fomentado. Entra, sin embargo, en el terreno de lo especulativo —en tanto que carente de nuevo de mínimo refrendo probatorio— la siguiente valoración sobre la que la Sala a quo fundamenta su decisión, en el sentido de que el acusado pudo sentir herido su amor propio ante la destreza de su contrincante, llevándole esto hacia una reacción pendenciera. Sin embargo, como apuntan tanto el recurrente como el Abogado del Estado, lo cierto es que no hay dato objetivo alguno que consienta

semejante afirmación, que se ofrece así ausente de mínimo crédito probatorio y no puede incorporarse a la deducción o juicio de intencionalidad. Sabido es que, a falta de un reconocimiento expreso, la inferencia sobre el elemento subjetivo sólo puede obtenerse a través de indicios periféricos debidamente acreditados. Pero nuevamente uno de los escasos pilares sobre los que se asienta la tesis dolosa de instancia no puede ser incorporado al resultado deductivo final.

El golpe y su resultado representan, no obstante, un evidente exceso en las reglas de juego. Proviendo además de una acción que el acusado estaba obligado a controlar, éste deviene penalmente responsable de su resultado. Existe cierta tendencia a confundir la realización del peligro con la cuestión de la previsibilidad del resultado. El resultado puede ser previsible y, sin embargo, no ser la concreción del peligro. En realidad, casi todo es previsible si únicamente nos detenemos en la posibilidad de representación en la mente del autor del resultado de su acción. La concreción del peligro en el resultado requiere, por ello, un juicio relativo a la intensidad del peligro creado y su relación con el resultado. Dicho de otra manera: se trata de establecer cuál es el riesgo que se concreta en el resultado cuando el bien jurídico se pudiera encontrar, como se sostiene en el motivo, sometido ya a una situación de riesgo.

El dolo eventual, título de imputación subjetiva en el que el órgano de instancia sustenta la calificación jurídica, exige ineludiblemente distinguir entre el dolo respecto a la creación de una situación de peligro (en nuestro caso, intención de propinar un golpe) y el dolo respecto al resultado material en que se pueda traducir el peligro creado (lesiones concretamente causadas). Si se prescinde de todo análisis probabilístico de dicho resultado material en el caso concreto, podría llegar a afirmarse el dolo respecto del resultado definitivamente producido por la simple aceptación inicial de la acción ilícita creadora del peligro, aunque su concreción en el resultado aparezca ex ante como una posibilidad remota. Pero, tal y como subraya la reciente STS núm. 133/2013, de 6 de febrero, semejante planteamiento despreciaría lo que realmente sabía y quería el autor de esa conducta. Y es que, en efecto, si el dolo eventual no se valora atendiendo, entre otros factores, a ese análisis probabilístico, la imputación de dolo eventual podría

arrastrar a la punición por resultados no queridos en una camuflada concesión al *versari in re illicita*, desterrado de nuestra actual jurisprudencia.

No obstante la evidente sensibilidad de la zona afectada por el golpe propinado por el acusado, es muy poco probable que, situados *ex ante*, mediante un único golpe de intensidad y causa de origen insuficientemente fundamentados, como dice el recurrente, se llegue a un resultado tan grave como el aquí resultante. Los graves resultados producidos no pueden ser imputados a título de dolo por el simple dato de que hubiese una agresión inicial. Aunque tampoco fuera excluible, la explosión testicular no era un resultado pronosticable por su frecuencia.

Ahora bien, no por ello se ha de excluir la idoneidad de la acción para provocarlo. En el marco de la responsabilidad penal hay que combinar el desvalor de la acción con el desvalor del resultado. Esto es lo que sucede en los delitos de lesiones, en los que una misma acción puede producir muy diversos resultados, subsumibles en un abanico de infracciones penalmente relevantes, sin que por ello haya que olvidar la intencionalidad del autor sobre ese mismo resultado. En definitiva, el problema que aquí se nos plantea debe residenciarse en la clásica diferenciación entre el dolo eventual y la culpa consciente, fruto de un sistema penal basado en la protección de bienes jurídicos (principio de lesividad) que el Legislador conjuga con el principio de culpabilidad para graduar la respuesta penal.

La sanción por dolo eventual no requiere que el conocimiento y voluntad del sujeto activo abarquen la producción del resultado en su sentido jurídico —en nuestro caso, la concreta calificación de la pérdida parcial de un órgano—, pues se trata de una cuestión de subsunción ajena a la subjetividad del agente, sino el resultado en su sentido natural, que es lo que necesariamente tuvo que prever y aceptar el acusado ante la alta probabilidad de que se ocasionara. En suma, sólo si resulta acreditado que el acusado asumió esa consecuencia por vía dolosa, siquiera a título eventual, podría aplicarse el art. 150 CP. Si, por el contrario, actuó confiando en que dicho resultado no habría de producirse al tratarse de una posibilidad muy remota, únicamente podría responder por título de culpa o imprudencia, *ex art.* 152.1.3.º CP.

Como señalan nuestras SSTS núm. 1064/2005, de 20 de septiembre, ó 1573/2002, de 2 de octubre, por citar algunas, en el dolo eventual el agente se representa el resultado como posible. El autor se representa como probable la producción del resultado dañoso protegido por la norma penal, pero continúa adelante sin importarle o no la causación del mismo, aceptando de todos modos tal resultado representado en la mente del autor. En la culpa consciente, en cambio, no se quiere causar la lesión aunque también se advierte su posibilidad y, pese a ello, se actúa. Es decir, se advierte el peligro pero se confía que no se va a producir el resultado. Para la teoría del consentimiento habrá dolo eventual cuando el autor consienta y apruebe el resultado advertido como posible. La teoría de la representación se basa en el grado de probabilidad de que se produzca el resultado, cuya posibilidad se ha representado el autor. En la culpa consciente el autor no se representa como probable la producción del resultado: confía en que no se originará, debido a la pericia que despliega en su acción o la inidoneidad de los medios para causarlos. Obra, por tanto, con culpa consciente quien, representándose el riesgo que la realización de la acción puede producir en el mundo exterior al afectar a bienes jurídicos protegidos por la norma, lleva a cabo tal acción confiando en que el resultado no se producirá y, sin embargo, éste se origina por el concreto peligro desplegado.

Desde una óptica subjetiva, el delito de lesiones se caracteriza por su frecuente comisión a través de dolo eventual, ya que por su naturaleza habitualmente existe un mínimo componente de aleatoriedad en las consecuencias lesivas, aunque puedan ser conocidas y asumidas por el agente (SSTS núm. 918/2003, de 20 de junio, y 1079/2002, de 6 de junio). En muchas ocasiones hemos señalado que el texto del art. 150 CP no requiere expresamente un dolo especial y que no existe ninguna razón teleológica que permita suponer que la Ley penal ha querido limitar la protección del bien jurídico a los ataques producidos con un dolo directo en el que el autor se haya representado exactamente la lesión producida y la haya aprobado expresamente antes de actuar. El dolo eventual de lesionar propio del delito de lesiones del art. 150 CP va referido a la acción, pues el autor conoce o se representa que, como consecuencia de la acción que voluntariamente

desarrolla, puede producirse un resultado concreto de lesiones. Respecto de los resultados del art. 150 CP, la jurisprudencia de esta Sala ha sido con toda lógica más laxa a la hora de admitir un dolo eventual en comparación con los del art. 149 CP.

No obstante, la consideración dolosa que plasma la sentencia de instancia, estimando abarcado el resultado lesivo por dolo eventual, se ofrece excesiva cuando el propio proceso reflexivo sugiere un cierto apriorismo, que no recoge los datos objetivos por los que se llega a esa conclusión sobre la voluntad del autor, sino más bien un acopio de argumentos obtenidos del ánimo de terceros más ligados en este solo aspecto a la intuición que al acervo probatorio en su conjunto, como hemos visto. Otros datos asimismo reflejados en la sentencia, no obstante su relevancia, quedan sin embargo sin valoración alguna. Así, la reacción posterior del recurrente, que inmediatamente auxilia a la víctima lesionada y la acompaña al punto de atención médica, no puede quedar eliminada del todo respecto de la conclusión de intencionalidad, como acontece en la sentencia de instancia. Tampoco ese buen trato que, pese a todo, ha existido en todo momento entre víctima y agresor y que incluso seguía subsistiendo entre ambos a la fecha de enjuiciamiento, del que asimismo da cuenta la sentencia desde la intermediación de que dispuso el Tribunal que juzgó.

En nuestro caso, el dolo no fluye de forma natural y directa de los hechos descritos. Expuestas ciertas deficiencias probatorias, tampoco es posible afirmar un dolo eventual desde la sola base de los argumentos que fundamentaron la decisión mayoritaria de instancia. Ciertamente es que la acción desplegada por el acusado, fuera cual fuese, resultó idónea para causar unas importantes secuelas, subsumibles en el art. 150 CP, como así se valoró en la instancia. Pero las peculiaridades del caso impiden, a falta de más datos, entender desbordado el campo de la culpa consciente por la pérdida efectiva del miembro genital mutilado, cuya representación en términos de probabilidad no resultaba obligada para el agresor. En definitiva, desconocida la intensidad de la acción agresora y su concreta forma de causación, a través del solo resultado no es posible deducir «contra reo» que pudo haberlo imaginado, asumiéndolo como probable y respondiendo de ello dolosamente.

4. Descartada, pues, la comisión dolosa por falta del debido refrendo probatorio, habrá que indagar si su causación estaba abarcada por culpa. Como es sabido, la gravedad de la imprudencia se determina desde una perspectiva objetiva o externa con arreglo a la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado o de diligencia en que incurre el autor, magnitud que se encuentra directamente vinculada al grado de riesgo no permitido generado por la conducta activa del autor con respecto al bien que tutela la norma penal o, en su caso, al grado de riesgo no controlado cuando tiene el deber de neutralizar los riesgos que afectan al bien jurídico debido a la conducta de terceras personas o a circunstancias meramente casuales. El nivel de permisión de riesgo se encuentra determinado, a su vez, por el grado de utilidad social de la conducta desarrollada por el autor: a mayor utilidad social, mayores niveles de permisión de riesgo. Por último, ha de computarse también la importancia o el valor del bien jurídico amenazado por la conducta imprudente: cuanto mayor valor tenga el bien jurídico amenazado, menor será el nivel de riesgo permitido y mayores las exigencias del deber de cuidado.

El recurrente infringió de forma patente las reglas de cuidado que le eran exigibles: no sólo al propiciar con un interno un juego con claros rasgos de peligro, siendo su acción ajena a las funciones directamente encomendadas como encargado de la vigilancia del centro, sino también por quebrantar las cautelas que habría tenido que cumplir durante su desarrollo y que, además, había convenido con su oponente. Violando esas pautas mínimas de prudencia y cuidado, fue como llegó a propinar el golpe que derivó en tan grave resultado lesivo. Tal imprudencia reviste por todo ello los caracteres de grave.

Consecuentemente, procede estimar parcialmente el recurso para condenar al acusado como autor de un delito de lesiones cometidas por imprudencia grave, ex art. 152.1.3.ª CP. En orden a la determinación de la pena, acudiendo a las reglas del art. 66.2 CP («en los delitos imprudentes, los Jueces o Tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior») y no por ello sin tener en cuenta el reconocimiento en la instancia de la atenuante de dilaciones indebidas en grado de muy cualificada (art. 21.6.ª CP), se estima adecuada a

las características del hecho y a la condición del culpable una pena de prisión de ocho meses, con su correspondiente accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo periodo. No es aplicable la pena principal de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo, cuando se trata de

lesiones cometidas por imprudencia profesional, por cuanto no solo no ha sido solicitada por las acusaciones sino que tampoco cabe hablar en el caso de la misma en la medida que se trata de un combate simulado entre aficionados, pues el ejercicio de la función penitenciaria no contempla el conocimiento profesional de las reglas del boxeo.

Sentencia 280/2013, Sala Segunda del TS, de 2 de abril

Ponente: **Don Alberto Jorge Barreiro**

Resumen: **Falsedad en documento mercantil**

Recurso de Casación: **n.º 1181/2012**

Artículos: **390 y 392 Código Penal**

Falsedad en documento mercantil. Se resume la doctrina jurisprudencial relativa a los supuestos de falsedad ideológica llevada a cabo por particular que, sin embargo, resulta típica. Se trata de un supuesto de elaboración de certificaciones de acuerdos adoptados en Juntas que nunca tuvieron lugar.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—1. En el primer motivo denuncia, con sustento procesal en el art. 849.1.º de la LECr., la infracción del art. 392 del C. Penal en relación con los apartados 4.º y 2.º del art. 390 del mismo texto legal.

La tesis de la parte recurrente se centra en argumentar que la conducta del acusado sería subsumible en el art. 390.1.4.º del C. Penal, y no en el art. 390.1.2.º, toda vez que su comportamiento consistió en faltar a la verdad en la narración de los hechos, pues plasmó, en su condición de administrador de la entidad Peace Boat, 2004, S.L., en dos certificaciones la celebración de unas juntas universales en las que se habrían aprobado las cuentas de la sociedad correspondientes a los años 2004 y 2006.

Aduce el recurrente que faltar a la verdad en la narración de unos hechos en un documento solo es delito cuando tal acción la ejecuta un funcionario público (arts. 390.1.4.º y 392 del C. Penal), por lo que en este caso estaríamos ante una conducta impune por tratarse de una falsedad ideológica.

Suscita, pues, la defensa la controvertida cuestión de si en el nuevo Código Penal siguen siendo punibles las falsedades ideológicas o si estas han quedado despenalizadas a tenor de lo que dispone el art. 390.1.4.º del texto legal.

2. Como es sabido, la falsedad material es aquella que afecta a la estructura física de un documento, al soporte material donde se contiene la declaración de voluntad; la falsedad ideológica se refiere a la veracidad de lo declarado, a la exactitud del contenido de la voluntad reflejado en el documento.

Según se ha argumentado en las sentencias de esta Sala 278/2010, de 15 de marzo, y 309/2012, de 12 de abril, concurren dos líneas jurisprudenciales sobre las falsedades documentales ideológicas, cuestión que ha sido examinada por la jurisprudencia generalmente con motivo de la confección de facturas falsas que simulan en el tráfico mercantil un negocio o prestaciones de servicios inexistentes.

Una primera corriente jurisprudencial afirma que estamos ante una falsedad ideológica impune,

y ha sido defendida fundamentalmente por las siguientes resoluciones: SSTS 425/1997, de 1 de abril; 224/1998, de 26 de febrero (caso *Argentia Trust*); y 450/1998, de 30 de enero (caso relativo a contratos falsos de trabajo).

Los principales argumentos de esta corriente se centran en aducir que la subsunción de la conducta en el art. 390.1.2.º del CP (simular total o parcialmente un documento, de forma que induzca a error sobre su autenticidad) contradice el tenor literal de la ley penal, pues la doctrina que así lo propone maneja un concepto de autenticidad sin soporte dogmático y por ello inseguro. Lo esencial para la tipicidad de la falsedad en este caso es que afecte a la autenticidad del documento, y la autenticidad de los documentos no alcanza a su contenido, luego el precepto no puede comprender los casos de documentos auténticos aunque se documente un negocio jurídico simulado. Se ataca la autenticidad, no porque se mienta sobre la causa de un contrato, sino porque se altere de alguna manera el soporte material (se cambia el nombre del emisor, se altera su firma, etc.). El caso del art. 390.1.2.º, a tenor de esta concepción, habría de ser catalogado como falsedad material, no ideológica.

De otra parte, otro sector de la jurisprudencia afirma que la falsedad ideológica puede punirse. En este sentido tenemos las SSTS 869/1997, de 13 de junio; 1/1997, de 28 de octubre («Caso *Filesa*») y 1647/1999, de 28 de enero.

Los argumentos principales de esta segunda tesis se centran en cuestionar el concepto de autenticidad acogido por la posición contraria. Pues, en efecto, si se parte del criterio de que todo documento cuyo autor aparente coincide con su autor real es auténtico, con independencia de que no responda a realidad alguna, es claro que el art. 390.1.2.º no podría aplicarse a los supuestos de las facturas o contratos mercantiles falsos aun cuando el documento en su totalidad constituya una falacia. Ello puede generar consecuencias negativas para la seguridad del tráfico mercantil e incluso para el normal desarrollo de una convivencia organizada en un ámbito de confianza.

Cabe sostener razonablemente que no puede considerarse como auténtico aquel documento que es incierto en su integridad, salvo en la firma, es decir, que ha sido deliberadamente inventado

para acreditar una realidad jurídica totalmente inexistente.

Conviene incidir, además, en que el concepto legal de documento incluye no sólo los que tengan eficacia probatoria, sino también aquellos que tengan cualquier otra «relevancia jurídica».

En igual sentido, ha de ponderarse la relevancia del principio de lesividad con respecto a falsedades documentales idóneas para ocasionar perjuicios a terceros. Y también que el hecho de que se despenalice una determinada modalidad de falsedad ideológica no quiere decir que se despenalicen las restantes.

Por todo lo cual, se acaba concluyendo en el referido segundo grupo de resoluciones que sí resulta razonable incardinar en el art. 390.1.2.º del CP aquellos supuestos en que la falsedad no se refiera exclusivamente a alteraciones de la verdad de algunos de los extremos consignados en el documento, sino al documento en sí mismo, en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico una relación o situación jurídica inexistente. A tenor de lo cual, debe considerarse delictiva la confección de un documento que recoja un acto inexistente, con relevancia jurídica para terceros e induciendo a error sobre su autenticidad (en sentido amplio).

El Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.ª del TS de 26 de febrero de 1999 se pronunció a favor de esta segunda tesis, es decir, a favor de incriminar como falsedad ideológica la creación de documentos falsos en su contenido, al reflejar una operación inveraz por inexistente, aunque no concurrieran falsedades materiales en el documento emitido.

A partir de ese Pleno no jurisdiccional han abundado las sentencias en la línea de que en el art. 390.1.2.º se contemplan falsedades ideológicas: SSTS 817/1999, de 14-12; 1282/2000, de 25-9; 1649/2000, de 28-10; 1937/2001, de 26-10; 704/2002, de 22-4; 514/2002, de 29-5; 1302/2002, de 11-7; 1536/2002, de 26-9; 325/2004, de 11-3.

En toda esta jurisprudencia se sienta como línea interpretativa mayoritaria, tal como se sintetiza en la STS de 29 de enero de 2003 (n.º 1954/2002), el criterio de que, «en términos generales, un documento es verdadero cuando su contenido concuerda con la realidad que materializa. Y es genuino cuando procede íntegramente

de la persona que figura como su autor. Pero no debe confundirse el documento «genuino» con el documento «auténtico», pues el término autenticidad tiene en nuestro lenguaje un significado más amplio y profundo que el mero dato de la procedencia o autoría material. Un documento simulado no es considerado en el lenguaje ordinario ni en el ámbito jurídico como «auténtico» por el mero hecho de que la persona que aparece suscribiéndolo coincida con su autor material.

Auténtico, según el diccionario de la Lengua Española en su primera acepción, significa «acreditado de cierto y positivo por los caracteres, requisitos o circunstancias que en ello concurren», por lo que constituye un término que se vincula también con la veracidad (cierto), mientras que «genuino «significa «puro, propio, natural, legítimo», sin especial vinculación con la veracidad y sí con la procedencia («propio» de quien lo emite). En este sentido constituye el entendimiento natural del término estimar que es inauténtico lo que carece absolutamente de verdad.

En definitiva, se acoge un criterio lato de autenticidad por estimar que es el que refleja más claramente el sentido y finalidad de la norma así como el entendimiento usual del término en nuestro idioma. También se toma en consideración el bien jurídico protegido, ya que estos delitos tutelan la propia funcionalidad social del documento, que va más allá de su consideración procesal como medio de prueba, resultando relevante para el cumplimiento de esta función la fiabilidad de su objeto y no solamente la de su autoría.

Por otra parte es la interpretación que permite dotar de contenido incriminatorio propio a esta modalidad falsaria del número segundo del art. 390.1, pues de otro modo habría que calificarla como un mero error del Legislador, ya que la tesis restrictiva únicamente incluye en esta modalidad las falsedades ya penadas en el número tercero.

Los Tribunales de Justicia, vinculados por el principio de legalidad, deben evitar una interpretación que conduzca directamente al absurdo, e interpretar las normas de acuerdo con su finalidad esencial, que es la de producir efectos jurídicos propios.

Por ello en la opción entre una interpretación reductora, basada en otorgar a un término legal un significado que no se corresponde con el len-

guaje usual, y que produce como consecuencia la privación a la norma de cualquier funcionalidad y utilidad, y otra interpretación más lata, que es la conforme a la interpretación usual de los términos empleados por el Legislador, y que además es la que le otorga sentido y efectividad al precepto, hemos de inclinarnos por esta última. Y ello porque ha de estimarse que el Legislador, que únicamente ha dejado vigentes tres modalidades de falsedad para los delitos cometidos por particulares, no iba a tipificar una modalidad desprovista de todo contenido».

Además, como recuerda la misma STS 1954/2002, el Tribunal Constitucional, en sus sentencias sobre el caso Filesa, admite expresamente la constitucionalidad de esta interpretación lata del concepto de autenticidad en la aplicación de la modalidad falsaria de la simulación documental, al señalar que debe admitirse que también puede emplearse el término autenticidad en un sentido lato, en el que puede decirse (y se ha dicho muchas veces en la praxis penal y, en concreto, en aplicación de los tipos de falsedad, como ponen de manifiesto tanto la Sentencia como las alegaciones del Ministerio Fiscal y del Abogado del Estado) que es inauténtico lo que carece absolutamente de verdad (STC 123/2001, de 4-6).

En las sentencias más recientes dictadas sobre esta conflictiva cuestión se ha consolidado el criterio de que las llamadas falsedades ideológicas siguen estando penadas, si bien con un carácter más restrictivo, en el actual texto penal. Y así, en la SSTS 213/2008, de 5-5, y 641/2008, de 10-10, se afirma que la diferenciación entre los párrafos 2.º y 4.º del art. 390.1 debe efectuarse incardinando en el párrafo 2.º aquellos supuestos en que la falsedad no se refiera exclusivamente a alteraciones de la verdad en algunos de los extremos consignados en el documento, que constituiría la modalidad despenalizada para los particulares de faltar a la verdad en la narración de los hechos, sino al documento en sí mismo en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una realidad jurídica absolutamente inexistente.

Y en la STS 692/2008, de 4-11, se establece que no cabe confundir lo que es una simple alteración de la verdad en un documento existente o que responde a una operación real cuyos datos se fal-

sean, con la simulación consistente en la completa creación «ex novo» de un documento con datos inveraces y relativos a un negocio o a una realidad inexistente que se pretende simular, pues verdaderamente no existe en modo alguno. En otras palabras una cosa es que la mentira sea el documento inauténtico y otra muy distinta que la mentira sea lo declarado en un documento auténtico.

La STS 894/2008, de 17-12, señala que la función probatoria, perpetuadora y garantizadora se han visto afectadas en cuanto se simula unos documentos mercantiles que nunca han existido y ya no se trata de que en las declaraciones que se contienen en los citados documentos se haya faltado a la verdad, se trata sencillamente de que tales declaraciones jamás se han producido.

En la misma línea que las anteriores (con cita de los precedentes establecidos en las SSTs 1302/2002, de 11-7; 1212/2004, de 28-10; núm. 1345/2005, de 14-10; 37/2006, 25-1; y 298/2006, de 8-3), la STS 324/2009 argumenta que la confección completa de un documento mendaz que induzca a error sobre su autenticidad e incorpore toda una secuencia simulada e inveraz de afirmaciones con trascendencia jurídica, a modo de completa simulación del documento, que no tiene ni puede tener sustrato alguno en la realidad, elaborado con dolo falsario, debe ser considerada la falsedad que se disciplina en el artículo 390.1.2.º del C. Penal, de modo que, según la doctrina de esta Sala, constituye falsedad la simulación consistente en la completa creación «ex novo» de un documento con datos inveraces y relativos a un negocio o a una realidad cuya existencia se pretende simular pues, verdaderamente, no existe en modo alguno.

Finamente, en la misma línea expresada se pronuncian las sentencias 784/2009, de 14 de julio; 278/2010, de 15 de marzo; 1064/2010, de 21 de octubre; y 1100/2011, de 27 de octubre. En todas ellas se subraya que el apartado segundo del art. 390.1 comprende aquellos supuestos en que la falsedad no se refiera exclusivamente a alteraciones de la verdad en algunos de los extremos consignados en el documento, que constituirían la modalidad despenalizada para los particulares de faltar a la verdad en la narración de los hechos, sino al documento en sí mismo en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la fina-

lidad de acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídica absolutamente inexistente (STS 309/2012, de 12-4).

3. Al centrarnos ya en el análisis del caso concreto, se aprecia que el acusado, según se describe en la premisa fáctica de la sentencia recurrida, el día 20 de julio de 2006, actuando como administrador único de la entidad Peace Boat 2004 S.L, emitió un certificado en el que plasmaba que en el Libro de Actas de la mercantil constaba el acuerdo de la Junta General de Accionistas, con carácter de Universal, reunida en Ibiza el día 30 de junio del mismo año, en el que se aprobaban las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2005, certificado que fue presentado en el Registro Mercantil de la referida ciudad en fecha 28 de julio de 2006.

Y el día 20 de julio de 2007, en idéntica condición de administrador, emitió sendas certificaciones en las que hacía constar que en el Libro de Actas de la Sociedad figuraban acuerdos de la Junta General de Accionistas de Peace Boat 2004, reunida en Ibiza con carácter de universal el día 30 de junio de 2007, por los que se aprobaban las cuentas correspondientes a los ejercicios de 2004 y 2006, certificaciones que fueron presentadas en el Registro Mercantil de la referida ciudad el día 30 de julio de 2007.

Dichas Juntas Generales de Accionistas nunca fueron convocadas por el acusado ni se habían celebrado.

(...)

A este respecto, conviene advertir que la jurisprudencia no requiere un perjuicio concreto en el tráfico jurídico para que concurra el tipo penal, sino que es suficiente un perjuicio meramente potencial en la vida del derecho a la que está destinado el documento (SSTS 279/2010, de 22-3; 888/2010, de 27-10; y 312/2011, de 29-4, entre otras). Y también tiene afirmado esta Sala que la voluntad de alteración se manifiesta en el dolo falsario, se logren o no los fines perseguidos en cada caso concreto, convirtiendo en veraz lo que no es y resultando irrelevante que el daño se llegue o no a causarse (SSTS. 1235/2004, de 25-10; 900/2006, de 22-9; 1015/2009 de 28-10; y 309/2012, de 12-4).

En lo que concierne al criterio jurisprudencial aplicable a supuestos concretos relativos a

la confección de certificaciones de juntas societarias que ni siquiera se celebraron y que por lo tanto no pudieron adoptar acuerdo alguno, la STS 156/2011, de 21 de marzo, califica esa clase de certificaciones de documentos mercantiles falsos con potencialidad lesiva y efectos en el tráfico jurídico por el mero hecho de inscribirlas en el Registro Mercantil. Pues considera que en esos casos se lesiona la seguridad y la confianza del tráfico mercantil, protegiéndose mediante la punición de la falsedad documental la función que los documentos están llamados a desempeñar en la vida jurídica al servir de medio de perpetuación de las declaraciones de voluntad allí contenidas y de su inherente veracidad.

Y en la misma línea se pronuncian las sentencias 648/2003, de 23 de abril de 2004, y 1376/1999, de 6 de octubre.

La única cuestión que resta, pues, por dirimir es la subsunción de los hechos en el supuesto específico del art. 390.1.2.º del C. Penal. Como ya se ha anticipado, la sentencia recurrida solo condenó por las dos certificaciones correspondientes a las cuentas de la sociedad de los años 2004 y 2006, al entender que la otra certificación falsa no se confeccionó con el fin de operar con ella ante el Juzgado de lo Mercantil. Y consideró que la emisión de ambas certificaciones integraba el tipo penal del art. 390.1.2.º del C. Penal, en relación con el art. 392, apartándose así de la subsunción en el art. 390.1.3.º que habían formulado las acusaciones. Para lo cual se argumenta que al no haberse celebrado ninguna de las juntas de socios certificadas por el acusado se está ante la simulación completa de un documento, no solamente ante una parte concreta del mismo, y cita al respecto la sentencia 35/2010, de 4 de febrero.

La aplicación que hizo la Audiencia del apartado 2.º del art. 390.1 del C. Penal (simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad) se muestra adecuada a los criterios acogidos por esta Sala de Casación, pues, según ya se expuso en su momento, resulta razonable incardinar en ese precepto aquellos supuestos en que la falsedad no se refiere exclusivamente a alteraciones de la verdad de algunos de los extremos consignados en el documento, sino al documento en sí mismo, en el sentido de que se confeccione deliberadamente

con la finalidad de acreditar en el tráfico una relación o situación jurídica inexistente. A tenor de lo cual, debe considerarse delictiva la confección de un documento que recoja actos jurídicos inexistentes, con relevancia jurídica para terceros e induciendo a error sobre su autenticidad —interpretada en sentido amplio— (STS 278/2010, de 15-3).

Al ajustarse por tanto la decisión de la Audiencia a la jurisprudencia de esta Sala consistente en considerar los documentos como subsumibles en el art. 392.1.2.º del C. Penal, es claro que la tesis de la parte recurrente no puede prosperar y que no concurre en consecuencia la infracción de ley que denuncia la defensa del acusado.

De todas formas, en el supuesto de que se estimara que los documentos que se simulan en esos casos son realmente las actas de las juntas no celebradas, actas que no constan aportadas a la causa, resulta evidente que, tal como se alega por las acusaciones, la conducta del acusado ha de en todo caso subsumirse en el art. 390.1.3.º del C. Penal, porque se ha aparentado en un documento incorporado al Registro Mercantil que los socios querrelantes aprobaron unas cuentas en unas juntas que ni siquiera se celebraron, lo que significa que ni estaban presentes ni adoptaron acuerdo alguno.

Sobre este particular, procede advertir que la jurisprudencia de esta Sala ha estimado para supuestos similares que carece de trascendencia el cambio o mutación de la incriminación dentro de los números del art. 302 del C. Penal (actual art. 390), siempre que no exista mutación fáctica esencial, ya que no se altera la unidad del objeto normativo ni la conceptualización penal del hecho, y la aplicación de distintos números del art. 302 como elemento tipificador no infringe el principio acusatorio (SSTS 1580/1998, de 17-12; 493/2001, de 20-3; 1954/2002, de 29-1-2003; 35/2010, de 4-2; y 1090/2010, de 27-11, entre otras).

Por último, en la sentencia de instancia se descarta la aplicación del art. 290 del C. Penal con argumentos poco convincentes. La decisión no ha sido objeto de impugnación, sin embargo, sí procede efectuar algunas observaciones al respecto. En primer lugar, que el referido precepto dispone que la falsedad puede referirse a cualquier documento que deba reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad, supuesto que sí concurre en este caso, dado que las certificaciones se

refieren a unas juntas realmente no celebradas en las que se habrían adoptado decisiones relevantes para la marcha de la empresa. Y, en segundo lugar, requiere la norma que los documentos sean idóneos para perjudicar económicamente a la entidad, a sus socios o a un tercero. Y lo cierto es que en

este caso las certificaciones espurias se confeccionaron para perjudicar económicamente a un tercero: las entidades querellantes FINHIP S.L. y Construcciones Menut Griso S.L., ya que se pretendía suspender las ejecuciones hipotecarias que estas sociedades habían instado.

Sentencia 287/2013, Sala Segunda del TS, de 3 de abril

Ponente: **Don Manuel Marchena Gómez**

Resumen: **Acusación particular: derecho al ejercicio de la acción penal**

Recurso de Casación: **n.º 1327/2012**

Artículos: **24 CE, 21 Ley de Asistencia Jurídica Gratuita y 101 LECrim**

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sufrida por quien al inicio de las actuaciones se había constituido en parte como acusador particular, a quien se excluye del proceso por medio de una diligencia de ordenación inmotivada y no notificada al interesado. Se anulan las resoluciones lesivas y se obliga a la celebración de un nuevo juicio ante distinto tribunal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. (...) Considera la defensa del recurrente que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida en que se le ha impedido el ejercicio de la acusación particular y se le ha generado indefensión. Se argumenta la defensa que el procedimiento penal se inició por denuncia del ahora recurrente, para la investigación y enjuiciamiento de la agresión sufrida por el condenado Mauricio. La lectura de los folios (...) permite concluir la existencia de esa infracción de alcance constitucional, al haberse privado del derecho de ejercer la acción penal mediante diligencia de ordenación (...) a pesar de haber solicitado el recurrente (...) la designación de abogado y procurador de oficio, en respuesta al requerimiento efectuado en La Coruña, el día 9 de junio de 2010. Tanto su representación procesal como su defensa habían renunciado a continuar como acusación particular, con fecha 28 de abril de 2010 (...)

Tiene razón el recurrente y su queja ha de ser estimada.

2. La diligencia de ordenación de fecha 22 de junio de 2010, por la que se acuerda, sin más, apartar del ejercicio de la acusación particular a quien desde el inicio de las actuaciones se había mostrado parte, implicó una vulneración flagrante del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de derecho de acceso al proceso. Además, conllevó una vulneración del derecho a una resolución motivada, en la medida en que se trata de una decisión cuasitelegráfica, no notificada a quien iba a resultar gravemente perjudicado por su exclusión del proceso.

Como recuerda el Ministerio Fiscal, en respuesta al requerimiento formulado mediante exhorto, el lesionado manifestó de forma bien clara su deseo de seguir en el ejercicio de la acción penal, pese a la renuncia de los dos profesionales que, hasta ese momento, habían asumido la defensa de sus intereses (folio 301).

El art. 21 de la Ley de Justicia Gratuita (ley 1/1996, 10 de enero), bajo el epígrafe <requerimiento judicial de designación de abogado y procurador>, dispone que «... si, conforme a la legislación procesal, el órgano judicial que esté

conociendo del proceso estimara que, por las circunstancias o la urgencia del caso, fuera preciso asegurar de forma inmediata los derechos de defensa y representación de las partes, y alguna de ellas manifestara carecer de recursos económicos, dictará una resolución motivada requiriendo de los Colegios profesionales el nombramiento provisional de abogado y de procurador, cuando las designaciones no hubieran sido realizadas con anterioridad.

El Secretario judicial comunicará dicha resolución por el medio más rápido posible a los Colegios de Abogados y de Procuradores, tramitándose a continuación la solicitud según lo previsto en los artículos precedentes».

La diligencia de ordenación a que se refiere el motivo tuvo un intenso efecto expropiatorio del estatus jurídico consolidado que, hasta ese momento, había disfrutado la acusación particular.

3. La STC 23/2008, 11 de febrero, recuerda que el reconocimiento de un diferente status constitucional entre acusaciones y acusados no implica negar a la acusación particular la protección constitucional dispensada por el art. 24 CE, por lo que, ponderando el reforzado estatuto constitucional del acusado y la necesidad de no excluir de las garantías del art. 24 CE a la acusación particular, este Tribunal ha establecido la posibilidad de anular una resolución judicial penal materialmente absoluta, con orden de retroacción de actuaciones, sólo en aquellos casos en que se haya producido la quiebra de una regla esencial del proceso en perjuicio de la acusación, ya que, en tal caso, propiamente no se puede hablar de proceso ni permitir que la sentencia absoluta adquiera el carácter de inatacable (por todas, STC 4/2004, de 16 de enero, F. 4).

(...)

La jurisprudencia constitucional y de esta misma Sala ha condicionado la viabilidad de una alegación similar a que se haya producido una efectiva indefensión que perjudique a quien considera vulnerado su derecho a mostrarse parte. Pues bien, en el escrito de formalización del recurso de casación, el Letrado que asume los intereses de Fausto, en un modélico ejercicio de técnica casacional, señala como manifestaciones de esa indefensión constitucionalmente proscriba, las siguientes: a) no pudo repreguntar al principal

testigo, Bienvenido, acerca de los hechos y lo contradictorio de sus declaraciones en fase de instrucción y en el plenario; b) no pudo traer a juicio a la empresa en la que el agresor presta sus servicios profesionales — Atlanti Segur S.L.—, con el fin de que pudiera hacerse responsable de las consecuencias civiles fijadas en la sentencia respecto del autor principal; c) tampoco pudo por medio de un Letrado profesional poner de manifiesto los distintos informes y documentación médica obrante en autos; d) no pudo demostrar los graves daños y perjuicios sufridos en su persona tras la brutal agresión sufrida y que ha provocado su actual situación de invalidez permanente, según la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de La Coruña, de fecha 7 de mayo de 2008 y que figura al folio 213 de las actuaciones; y e) mediante escrito de fecha 10 de noviembre de 2006 —folio 82—, durante la fase de investigación, se interesó la práctica de diligencias encaminadas a depurar las posibles responsabilidades civiles dimanantes del delito cometido. Una de estas diligencias fue denegada. Frente a esa negativa se interpusieron los correspondientes recursos de reforma y apelación. La Audiencia Provincial, mediante auto de fecha 20 de enero de 2009, desestimó el recurso con el argumento de que esas pruebas podían ser interesadas en el acto del juicio oral, petición que no pudo reproducirse al haber sido injustamente excluida del proceso.

En definitiva, la arbitraria exclusión del proceso penal de quien venía ejerciendo su condición de parte acusadora fue mucho más allá de una irregularidad procesal y no puede justificarse con un supuesto desinterés por parte de Fausto en la defensa de sus intereses. El derecho a la tutela judicial efectiva —recuerda la STC 44/2013, 25 de febrero —excluye que la normativa procesal se interprete de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican cuando se trata del acceso a la jurisdicción, y que tal derecho fundamental no exige necesariamente seleccionar la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las que resulten posibles (por todas, SSTC 60/1985, de 6 de mayo, FJ 3; 206/1987, de 21 de diciembre; 134/1990, de 19 de julio, FJ 5; 311/2000, de 18 de diciembre, FJ 3; 228/2006, de 17 de julio, FJ 2; 76/2012, de 16 de abril, FJ 3, y 155/2012, de 16 de julio, FJ 3). Tam-

bién hemos dicho —ATS 4 de diciembre de 2008, recaído en el recurso de casación 10997/07—, en línea con esa doctrina del Tribunal Constitucional, que el derecho a la tutela judicial efectiva no puede ser comprometido u obstaculizado mediante la imposición de formalismos que puedan conducir de modo irremediable a una vulneración de aquel derecho. Es menester, pues, ponderar el grado de diligencia procesal de quien pretende ver atenuado el rigor formal en su favor (cfr. SSTC 102/1986, 16 de julio, 57/1984, 8 de marzo, 60/1985, 6 de mayo, 110/1995, 8 de octubre y 120/1986, 22 de octubre).

Por cuanto antecede, procede la estimación del recurso, ordenando la retroacción de las actuaciones hasta el momento en que la víctima fue apartada del procedimiento durante la fase intermedia, más concretamente, desde el trámite para la formulación del escrito de acusación ante el Juzgado de instrucción. La necesidad de evitar que el órgano decisorio que ya ha conocido del enjuiciamiento y ha valorado las pruebas practicadas pueda ver comprometida su imparcialidad objetiva, impone que el nuevo juicio deba celebrarse ante una Sala integrada por Magistrados distintos a los que suscriben la sentencia recurrida.

Sentencia 294/2013, Sala Segunda del TS, de 4 de abril

Ponente: **Don Manuel Marchena Gómez**

Resumen: **Apropiación indebida y administración desleal societaria**

Recurso de Casación: **n.º 1296/2012**

Artículos: **253 y 295 Código Penal**

Apropiación indebida y administración desleal societaria. Se ofrece en la sentencia un buen resumen de la doctrina jurisprudencial relativa a la separación y relaciones entre estos dos delitos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

5. El segundo motivo, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, denuncia error de derecho en el juicio de subsunción.

A) Razona la defensa que el criterio de la Audiencia, referido a la concurrencia de dos tipos penales —arts. 252 y 295 del CP—, que ha de ser resuelta conforme a la doctrina del concurso normativo del art. 8.4 del CP, no puede sostenerse a la luz de la doctrina jurisprudencial más actualizada. La calificación de los hechos no debería haber tenido como desenlace la aplicación del art. 252, pues la fórmula de aplicar el tipo que contemple pena mayor, ha de reservarse para supuestos de concurso de leyes que no se da en el presente caso. Los hechos no tienen nada de apropiación indebida —se razona— y se acercarán más al abuso de funciones que caracteriza la administración

desleal del art. 295 del CP. En definitiva, la solución del concurso aparente ha llevado a descartar este último precepto y a aplicar el art. 252, con la consiguiente agravación por razón de la cuantía prevista en el art. 250.1.6 del CP.

La cuestión suscitada en el presente motivo encierra cierta controversia doctrinal que ha tenido un reflejo en la jurisprudencia de esta Sala. La existencia de una aparente superposición entre la respectiva porción de injusto abarcada por ambos preceptos (arts. 252 y 295 del CP), ha dificultado su exégesis, existiendo resoluciones que se han esforzado, no siempre desde la misma perspectiva, en ofrecer unas pautas interpretativas dotadas de seguridad y certeza.

Es preciso puntualizar —cfr. STS 91/2013, 1 de febrero— la existencia de una línea jurisprudencial que explica que la relación de ambos preceptos se entiende y soluciona a partir de un aparente con-

curso de normas que ha de ser resuelto con arreglo al criterio impuesto por el principio de alternatividad, esto es, conforme al delito que ofrece mayor pena. Debe tenerse en cuenta —decíamos en nuestra sentencia 1217/2004 de 22 de enero— que el antiguo art. 535 no ha sido sustituido por el nuevo art. 295, sino por el art. 252 que reproduce substancialmente, con algunas adiciones clarificadoras el contenido del primero de los citados, por lo que en la nueva normativa subsiste el delito de apropiación indebida con la misma amplitud e incluso con una amplitud ligeramente ensanchada, a la que tenía en el CP. 1973. En efecto, el art. 295 del CP ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252, pero no a establecer un régimen sancionador más benévolo para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetran en un contexto societario. Será inevitable en adelante que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el art. 252, y en el 295 del CP vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. Pero este concurso de normas, se ha de resolver, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8.4 CP, es decir, optando por el precepto que imponga la pena más grave (SSTS. 2213/2001, 27 de noviembre; 867/2002, 29 de septiembre; 1835/2002, 7 de noviembre y STS 37/2006, 25 de enero).

No faltan, sin embargo, resoluciones que han buscado un criterio de diferenciación entre la deslealtad en que incurren los autores de la acción prevista en el art. 252 del CP —distrayeren dinero— y la que está presente en el art. 295 —dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad—, atendiendo para ello a los límites del título jurídico en virtud del cual se efectúa el acto dispositivo. Es ejemplo de esta línea interpretativa la STS 915/2005, 11 de julio. En ella se razona que cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero reci-

bidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación.

Y como elementos del tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede de sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada.

En ocasiones se ha dicho que esta conducta supone una especie de gestión desleal. Es cierto que quien actúa de esta forma defrauda la confianza de quien ha entregado algo en virtud de títulos como la administración, el depósito o la comisión u otros similares, en tanto que todos ellos suponen una cierta seguridad en que la actuación posterior de aquél a quien se hace la entrega se mantendrá dentro de los límites acordados, y que en esa medida se trata de una actuación que puede ser calificada como desleal. En realidad cualquier apropiación indebida lo es en cuanto que supone una defraudación de la confianza.

Pero, cuando se trata de administradores de sociedades, no puede confundirse la apropiación indebida con el delito de administración desleal contenido en el artículo 295 del Código Penal vigente, dentro de los delitos societarios. Este delito se refiere a los administradores de hecho o de derecho o a los socios de cualquier sociedad constituida o en formación que realicen una serie de conductas causantes de perjuicios, con abuso de las funciones propias de su cargo. Esta última exigencia supone que el administrador desleal del artículo 295 actúa en todo momento como tal administrador, y que lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas. Por el contrario, la apropiación indebida, conducta posible también en los sujetos activos del delito de administración desleal del artículo 295, supone una disposición de los bienes cuya administración

ha sido encomendada que supera las facultades del administrador, causando también un perjuicio a un tercero. Se trata, por lo tanto, de conductas diferentes, y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio de las facultades del administrador que, con las condiciones del artículo 295, resulta perjudicial para la sociedad, pero que no ha superado los límites propios del cargo de administrador (cfr., en el mismo sentido SSTS 841/2006, 17 de julio y 565/2007, 4 de junio).

De acuerdo con esta idea, es perfectamente posible resolver la aplicación de los arts. 252 y 295 del CP sin necesidad de recurrir a la solución sugerida por la existencia de un aparente concurso de normas. Se trata de preceptos que no implican una doble valoración de un mismo hecho típico. En uno y otro caso, existiría una visible diferencia respecto del significado jurídico del desbordamiento de los poderes conferidos al administrador individual o societario.

En el ámbito doctrinal, decíamos en nuestra STS 462/2009, 12 de mayo, también se han propugnado pautas interpretativas encaminadas a diferenciar claramente el espacio típico abarcado por ambos preceptos. Así, por ejemplo, se ha afirmado que la verdadera diferencia podría obtenerse atendiendo al objeto. Mientras que el art. 252 del CP se referiría a un supuesto de administración de dinero, esto es, llamado a incriminar la disposición de dinero o sobre activos patrimoniales en forma contraria al deber de lealtad, el art. 295 abarcaría dos supuestos diferentes: a) la disposición de bienes de una sociedad mediante abuso de la función del administrador; b) la causación de un perjuicio económicamente evaluable a la sociedad administrada mediante la celebración de negocios jurídicos, también con abuso de la condición de administrador. No existiría, pues, un concurso de normas, porque el mismo hecho no sería subsumible en dos tipos a la vez.

El rechazo del concurso de normas como fórmula de solución también ha sido defendido a partir de la idea de que, en la apropiación indebida del art. 252, apropiarse y distraer son dos formas típicas que exigen un comportamiento ilícito como dueño y el incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver. Sin embargo, el que se

apropia desvía los bienes —también el dinero— hacia su propio patrimonio, el que distrae, lo hace en beneficio del patrimonio de un tercero. Sólo la primera de las modalidades exige el *animus rem sibi habendi* y el propósito personal de enriquecimiento. En el art. 295 del CP, las conductas descritas reflejan actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero que no implican apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no son actos apropiativos sino actos de administración desleal y, por tanto, menos graves —de ahí la diferencia de pena— que los contemplados en el art. 252 del CP.

Acaso resulte especialmente ilustrativo el criterio que sitúa la diferencia entre ambos preceptos desde la perspectiva de la estructura y del bien jurídico protegido. Así, mientras que en el art. 252 del CP, el acto dispositivo supone una actuación puramente fáctica, de hecho, que desborda los límites jurídicos del título posesorio que se concede, en el delito societario del art. 295 quien obliga a la sociedad o dispone de sus bienes, lo hace en el ejercicio de una verdadera facultad jurídica, una capacidad de decisión que le está jurídicamente reconocida. El desvalor de su conducta radica en que lo hace de forma abusiva, con abuso de las funciones propias del cargo. Su exceso funcional no es de naturaleza cuantitativa, por extralimitación, sino de orden teleológico, por desviación del objeto perseguido y del resultado provocado.

El bien jurídico también sería distinto en ambos casos. Mientras que en la apropiación indebida del art. 252 del CP, el bien protegido por la norma sería la propiedad, el patrimonio entendido en sentido estático, en la administración desleal del art. 295, más que la propiedad propiamente dicha, se estaría atacando el interés económico derivado de la explotación de los recursos de los que la sociedad es titular. Tendría, pues, una dimensión dinámica, orientada hacia el futuro, a la búsqueda de una ganancia comercial que quedaría absolutamente defraudada con el acto abusivo del administrador.

B) Pues bien, en el supuesto de hecho que es objeto de examen, el acto de transmisión de seis locales comerciales, sitos en un edificio ubicado en la localidad de Vecindario, llevado a cabo por ambos acusados a favor de la entidad por ellos

participada —Bellavista Gestión de Inmuebles S.L.— tiene más adecuado encaje en el delito de apropiación indebida descrito por el art. 252 del CP. Según expresa el hecho probado, la venta a favor de la sociedad participada en exclusiva por ambos imputados, se realizó por a un precio de 240.000 euros, cuando su valor de mercado ascendía, según tasación pericial a 672.513, 47 euros. Nada de ese importe fue ingresado en la caja social de la entidad titular de los inmuebles. Por si fuera poco, ya como dueños de aquellos locales, constituyeron una hipoteca por valor de 600.000 euros, de los que 177.274,90 euros fueron destinados a pagar una hipoteca constituida a favor de la entidad La Caixa. El negocio jurídico traslativo del dominio de esos inmuebles no puede entenderse como la concreción de los poderes jurídicos otorgados por la entidad Carpinki S.L a ambos acusados. Cuando Borja y Evaristo venden a un precio sensiblemente inferior al de mercado los locales de negocio que formaban parte del patrimonio de la sociedad que les había concedido el apoderamiento, están yendo mucho más allá de un acto de deslealtad en perjuicio de la entidad poderdante. Están desbordando los límites del apoderamiento, hasta el punto de utilizar sus facultades de administración y disposición como una simple coartada

para ejecutar un acto expropiatorio del patrimonio social en su propio y exclusivo beneficio. En definitiva, ambos acusados no se limitan a ejercer con deslealtad sus facultades de representación, otorgando un negocio transmisivo que priva a la sociedad Carpinki S.L de uno de sus activos.

El Tribunal de instancia ha entendido que el acto apropiatorio recayó sobre el importe total del dinero que pudo haberse obtenido como consecuencia de la venta, como se desprende de la simple lectura del FJ 2.º de la sentencia cuestionada y del pronunciamiento de responsabilidad civil que encierra el fallo. Así delimitados los términos del debate y a la vista del desarrollo del motivo, esta Sala no considera oportuno adentrarse en la controversia acerca de la posibilidad —carente, por otra parte, de trascendencia punitiva en el presente caso— de calificar los hechos como constitutivos, no ya de una apropiación indebida de inmuebles, sino de un acto de administración desleal en relación con el activo patrimonial que esos inmuebles representaban en el patrimonio de la entidad Carpinki S.L. Esa vía de subsunción, exigida de importantes matices, ha sido abierta por algunos precedentes de esta Sala, de los que los AATS 5 septiembre 2001, 15, abril 2004, 11 noviembre 2004 y STS 954/2005, 28 de junio, son elocuentes ejemplos.

Sentencia 347/2013, Sala Segunda del TS, de 9 de abril

Ponente: **Don Luciano Varela Castro**

Resumen: **Libertad vigilada y prohibición de aproximación**

Recurso de Casación: **n.º 1843/2012**

Artículos: **57, 106 y 192 Código Penal**

Libertad vigilada y prohibición de aproximación. Frente al criterio de la Sala de instancia, entiende compatibles el Tribunal Supremo la pena de prohibición de aproximación a la víctima y la medida de libertad vigilada, por no coincidir en su ámbito temporal de aplicación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—1. Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncia el Ministerio Fiscal la no imposición de la pena acce-

soria prevista en el artículo 57 del Código Penal para los delitos objeto de condena.

La sentencia excluye la imposición de las penas accesorias previstas en ese precepto como

facultativas por considerar que «sus fines y efectos» ya son realizables mediante la libertad vigilada que, estima la sentencia, habría de coincidir en el tiempo.

No se expresa por el Tribunal de instancia que otras razones hayan sido consideradas para la denunciada exclusión de pena accesoria.

Frente a esa tesis el Ministerio Fiscal esgrime en su recurso que la pena de prohibición de aproximación, en los términos que la solicitó resulta no excluible por la razón que la sentencia expone.

Y ello después de dar por establecido que el Tribunal de instancia, dada la motivación de su decisión, habría impuesto esa prohibición de aproximarse por considerarla adecuada de no estimar que sus fines ya estaban garantizados por la libertad vigilada. 2. Y efectivamente, tal como con buen tino y precisa argumentación expone el recurso, no existe esa duplicidad innecesaria que la sentencia predica entre las dos consecuencias que deben acarrear los delitos imputados.

En efecto no tienen que coincidir en el tiempo de cumplimiento. La libertad vigilada, prevista en los artículos 105.1.a) y 192 del Código Penal se

cumplirá con posterioridad a la pena privativa de libertad. La prohibición de aproximación, prevista en el artículo 48 del Código Penal se cumplirá, cuando se imponga la pena de prisión, de forma simultánea con ésta, según impone el artículo 57, por más que la duración de aquélla exceda del de ésta.

Tal previsión legal acredita la funcionalidad de la prohibición durante la ejecución de la privación de libertad. Que por otra parte el Ministerio Fiscal razona con especial acierto. Y aquella coincidencia temporal, de la prisión y la prohibición de aproximación, no alcanza a la libertad vigilada, por lo que la argumentación de la sentencia decae.

Por ello dado que de la sentencia deriva que conviene el alejamiento del acusado en los términos pedidos incluso después de ejecutada la prisión bajo el régimen de la libertad vigilada, con mayor razón ha de considerarse que la estima para antes de tal momento.

Lo que nos lleva a estimar el motivo del recurso del Ministerio Fiscal, con las consecuencias que establecemos en la sentencia que dictamos a continuación

Sentencia 378/2013, Sala Segunda del TS, de 12 de abril

Ponente: **Don Antonio Del Moral García**

Resumen: **Apropiación indebida**

Recurso de Casación: **n.º 1544/2012**

Artículos: **253 Código Penal**

Apropiación indebida. El arrendamiento de obra, que en casos excepcionales que se indican en la sentencia, no constituye título idóneo para fundamentar la responsabilidad penal por el delito de apropiación indebida.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Los dos motivos que se anunciaban en el escrito de preparación del recurso se han refundido en fase de formalización en un único discurso impugnativo. Y es que, en efecto, el primero de ellos (infracción de precepto constitucional por la vía de los arts. 852 LECrim y 5.4

LOPJ) carecía de autonomía: se limitaba a conferir ropaje constitucional a una genuina infracción de ley penal. Basta el art. 849.1.º LECrim para introducir el debate en casación.

Se considera que el art. 252 CP ha sido indebidamente aplicado. Los hechos probados no serían incardinables en tal precepto. Serían atípicos. Pese

al carácter de *numerus apertus* de los títulos mencionados en el art. 252 como presupuesto de tal infracción penal, no cualquier relación que lleve aneja una obligación de reintegrar o devolver es idónea para cubrir las exigencias del delito de apropiación indebida. El arrendamiento de servicios, figura a la que quiere reconducirse la relación civil entre denunciante y recurrentes, no sería uno de esos títulos en la medida en que no hubo aportación de materiales por parte de quien realizó el encargo. El metálico se entregó como pago del precio. El contratista lo recibió a título de dueño, en pago —en su caso, anticipado— de los trabajos a realizar.

Se cita la STS de 27 de octubre de 1986. Contempla un supuesto con innegables analogías con el aquí analizado. «La comisión, el depósito y la administración —se lee en aquél ya lejano pronunciamiento evocado con toda pertinencia por los recurrentes— son títulos apropiados para engendrar, en su caso, delito de apropiación indebida; mas como la fórmula contenida en el artículo 535 del Código Penal no es «*numerus clausus*», sino, por el contrario, abierta o ejemplificativa, serán títulos aptos e idóneos para generar u originar el hecho punible citado todos aquellos adecuados para transmitir la legítima posesión de dinero, efectos o cualesquiera cosas muebles, siempre y cuando el «*accipiens*», asumiendo unas facultades dominicales que no le corresponden o ejerciendo, al menos, un «*ius disponendi*», facultad inherente al dominio según el artículo 348 del Código Civil, que tampoco tiene, transmute, trueque o transforme su legítima posesión en antijurídico dominio, adueñándose de las cosas muebles antedichas, transmitiéndolas a tercero, incorporándolas a su patrimonio, dándoles un destino distinto al procedente o convenido o negando haberlas recibido; así pues, con arreglo a la doctrina de esta Sala, entre los títulos de la índole dicha, figuran, v.g., el mandato, la sociedad, el arrendamiento de cosas muebles, el arrendamiento de servicios la prenda, la aparcería y otros más. Sin embargo, de modo uniforme y constante, este Tribunal, ha venido sosteniendo y declarando que, en las hipótesis en las que el título no es sólo capaz de transmitir la legítima posesión de los bienes, sino también el dominio de los mismos, esto es, cuando se trate de un título traslativo de la propiedad, tal como, por ejemplo, el mutuo, la compraventa —salvo la

venta a plazos con reserva de dominio—, la permuta o la donación, no es posible incardinar la conducta del «*accipiens*» en el artículo 535, pues no dispone sino de lo que es suyo ni enajena, en su caso, más que lo que está en disposición legal de hacer, puesto que ostenta la facultad de transferir su derecho propia de todo dueño».

Desde ese planteamiento general desciende el discurso a la relación contractual concreta analizada: un arrendamiento de obra de configuración en todo simétrica al supuesto contemplado en la sentencia sometida ahora a la censura casacional:

«En lo que respecta al arrendamiento de obras, definido, a la par que el arrendamiento de servicios, en el artículo 1544 del Código Civil y regulado por los artículos 1588 a 1600 del mismo, la doctrina científica y esta Sala, en sentencias de 4 de mayo de 1904, 8 de noviembre de 1960, 20 de mayo y 30 de septiembre de 1961, 12 de febrero de 1962, 13 de marzo de 1963, 20 de octubre de 1976, 21 de marzo de 1978 y 27 de abril de 1979, entre otras muchas, efectúan la siguiente distinción: si el «*dominus*» entrega al artífice, constructor o empresario, el material o los materiales precisos para que realice la obra pactada y el recipiendario de dichos material o materiales les da un destino distinto al convenido, se adueña de ellos, los incorpora a su patrimonio, los transmite, gratuita u onerosamente, a otro, o niega haberlos recibido, perfecciona una figura de apropiación indebida, puesto que, habiendo recibido del «*tradens*» la legítima posesión de los objetos antedichos, no se le transfirió la propiedad de los mismos, no pudiendo, por tanto, asumir facultades dominicales de las que carecía; si, por el contrario, lo entregado es el precio total del arrendamiento de obras, cantidades a cuenta o anticipadas o fracciones o plazos del mismo, la transmisión, y no porque se trate de cosas fungibles, se refiere, no a la posesión legítima de dicho precio o parte del mismo, sino al dominio de ellos y, por consiguiente, aunque se aprovechen las especiales facilidades que la tenencia del dinero dicho depara, y se disponga, en provecho propio, de lo recibido, no se perpetrará delito de apropiación indebida puesto que no se halla criminalizada la conducta de quien dispone o se adueña de lo que es propio.

En el caso enjuiciado, y según se inserta en la narración histórica de la sentencia impugnada, la ofendida, mejor dicho, la supuesta ofendida,

concertó con los acusados la reconstrucción de una pequeña casa de su propiedad, mediante precio de 1.450.000 pesetas, más otras 50.000 para trámites, las cuales se harían efectivas en sucesivas entregas de 250.000 pesetas, la primera de ellas anticipada, y las demás consecuentes con el progreso o progresión paulatina de las obras convenidas, llegando a efectuar cuatro entregas, que ascendieron a un total de 1.000.000 de pesetas, parte de las cuales invirtieron los imputados en las obras estipuladas, si bien, otra parte, que asciende a 370.000 pesetas, la destinaron a otros fines que se especifican en dicho relato. No constituyendo, lo narrado, delito de apropiación indebida sino mero incumplimiento contractual, reclamable en vía civil, puesto que los acusados no recibieron el dinero, como sostiene la combatida sentencia, en concepto de administración, sino en el de arrendamiento de obras y, por lo tanto no se les transfirió la posesión legítima de las sumas recibidas en concepto de precio, sino la propiedad de las mismas, pudiendo disponer de ellas tanto en provecho de la arrendataria como en provecho propio, sin que esa última hipótesis pueda ser criminalizada, si bien quepa, como ya se ha dicho, deducir una reclamación civil fundamentada en lo convenido y conculcado».

Tal doctrina sería aplicable al presente supuesto. Solo cabría apropiación indebida si hubiese existido una aportación de materiales por parte del principal o dueño de la obra; pero no es viable conformar tal tipo penal cuando es el contratista quien está encargado por su cuenta y riesgo de acopiar los materiales. El dueño se obliga a entregar el precio global pactado; el contratista, a efectuar la obra y a todas las aportaciones necesarias para culminarla. Ambas modalidades de arrendamiento de obra merecen regulación divergente en los arts. 1588 y siguientes del Código Civil. Las diferencias obedecen a esa idea. Si el contratista se obliga a poner el material además de su trabajo, la pérdida fortuita de los materiales, su obtención a precio más o menos alto en relación a lo presupuestado o previsto, o cualquier otra incidencia carecerá de repercusión en el precio convenido.

Según relatan los hechos probados los acusados recibieron dos entregas de 12.385 euros (dos tercios del total presupuestado). Como consecuencia de dificultades en la obtención de la licencia de

obra, abandonaron el trabajo iniciado (cuyo valor peritado asciende a 6.696,25 euros). Solventado ese inconveniente, los acusados ni han retomado los trabajos ni han devuelto cantidad alguna de lo percibido.

Las acusaciones pública y particular sostenían que estábamos ante un delito de estafa. Querían demostrar la concurrencia de un dolo antecedente, es decir la intención previa de incumplir. Habrían simulado un inexistente propósito de cumplimiento que escondería la deliberada intención de, una vez recibido el dinero, abandonar los trabajos. En el trámite de conclusiones definitivas el Ministerio Fiscal, a la vista de la prueba desplegada, modificó con toda corrección la calificación inicial estimando que no podía hablarse de estafa. No existiría prueba suficiente de un engaño previo, nervio de la estafa. Introdujo como propuesta alternativa a la de la acusación particular la figura de la apropiación indebida.

La Sala de instancia rechaza acertadamente el delito de estafa. El inicio de las obras junto a la presencia de una razón objetiva — no obtención de la licencia— que explicaba el abandono provisional de la tarea comenzada, eran elementos suficientes para concluir que los acusados no habían actuado animados por el propósito previo de incumplir. A continuación, hace suya la posición de la acusación pública: entiende que el hecho de no haber reemprendido las obras, ni devuelto el dinero, una vez superadas las trabas burocráticas constituye la «distracción» que sanciona el art. 252 CP.

Segundo.—La cadencia de fechas es relevante. Las cantidades se perciben en el verano de 2009. Esas «trabas burocráticas», en la plástica terminología del Tribunal a quo, que podrían disculpar, aunque quizás no justificar, el abandono del trabajo emprendido, no quedaron definitivamente superadas hasta el mes de junio de 2010 (art. 899 LECrim). En ese momento sitúa la Audiencia la aparición de la acción distractiva. Ha de hacerse notar que el núcleo del delito no radica en el incumplimiento contractual (no continuar los trabajos); sino en la «distracción» del dinero recibido. Si esa es la conducta que el CP castiga, el delito habría de existir desde que se dispone de ese dinero (muy probablemente antes de ese mes de junio de 2010). No puede sostenerse que la disposición del dinero ya realizada se convertirá o no

en delictiva según se realicen o no las obras con posterioridad. La asimilación que pretende hacer la sentencia de instancia a las cantidades entregadas a cuenta de la construcción de viviendas al promotor o constructor no es correcta. Existe una normativa especial que introduce peculiaridades no proyectables a un arrendamiento de obra como el aquí examinado.

Tercero.—El precedente jurisprudencial transcrito parece zanjar la cuestión de manera tajante: el contrato de arrendamiento de obra no es título idóneo para erigirse en el presupuesto que reclama un delito de apropiación indebida. A la referencia jurisprudencial aportada por los recurrentes cabe añadir otra, tan clara como aquella, que el Fiscal, pese a impugnar el recurso y con la objetividad que ha de caracterizar su posición institucional, no tiene empacho en traer a colación. Es la STS 33/2007, de 1 de febrero: «En la sentencia recurrida se estima que los hechos se subsumen bajo el tipo del art. 252 CP, porque los acusados «habiendo recibido ambos de manos del querellante la total suma de 8.000 euros a cuenta de las obras de remodelación de la vivienda» y que «con patente ánimo de lucro y sin llegar siquiera a principiar las dichas obras, incorporaron a su patrimonio aquellas sumas». Estimó la Audiencia que estos hechos eran constitutivos del delito de apropiación indebida (en realidad de distracción de dinero) del art. 252 CP, dado que obtuvieron el dinero legítimamente, que el título por que lo obtuvieron es de los que obligan a entregar o devolver, que «rompieron la confianza» y que lo hicieron con ánimo de lucro.

El criterio de la Audiencia lleva a considerar que todo incumplimiento de un contrato sinalagmático es constitutivo del delito del art. 252 CP, conclusión que no es compatible con nuestra jurisprudencia ni con el principio de que «no existe prisión por deudas», es decir por simple incumplimiento de contratos. En todo caso, la cláusula abierta del art. 252 CP («otro título que produzca obligación de entregar o devolver») requiere que los títulos innominados a los que hace referencia sean análogos a los expresamente mencionados. En este sentido, el pago de un servicio por adelantado no es equivalente a una comisión, a un depósito o al otorgamiento de poderes para administrar, dado que sólo tiene la función de pagar, es decir, de extinguir la obligación de una parte

del contrato. El cumplimiento de la otra parte, en este caso los acusados, no consiste en entregar el dinero recibido en pago o en destinarlo a un fin determinado, sino en una obligación de hacer (art. 1098 C.Civ.), obligación que incumplieron por no haber hecho aquello a lo que se obligaron. Es claro que el art. 252 CP no alcanza a las obligaciones de hacer. Consecuentemente, el hecho probado no se subsume bajo el tipo del art. 252 CP, pues en él las partes no estaban vinculadas por una de las relaciones jurídicas previstas en dicha disposición».

La interpretación del delito de apropiación indebida ha evolucionado. Lo recuerda el Fiscal. Durante años se consideró mayoritariamente que el verbo «distracer» no añadía nada realmente diferencial a la conducta típica de «apropiarse». Pero en los últimos años el vocablo «distracer» ha servido para enriquecer los espacios de la apropiación indebida. Si antes se llegaba a afirmar que por mucha extensión que se quisiese dar al término «distracer» en oposición al término «apropiarse» el delito exigiría siempre el *animus rem sibi habendi* es decir la intención de incorporar al propio patrimonio una cosa ajena, hoy el panorama exegético imperante en la jurisprudencia llega a conclusiones mucho más matizadas en las que indaga el Fiscal en el solvente dictamen evacuado ante esta Sala impugnando el recurso.

Los títulos enumerados en el art. 252 de forma ejemplificativa —depósito, comisión, administración— tienen un denominador común: son títulos traslativos de la posesión pero no de la propiedad. No cualquier título que produzca la obligación de devolver o entregar es apto para integrar esa tipicidad; solo aquellos que habiendo transmitido la posesión no transmiten a la vez el dominio. Por eso ni el préstamo o mutuo, ni el depósito irregular, por más que generen una obligación de devolver, darán nunca vida a una infracción penal incardinable en el art. 252. Autor ha de ser el poseedor no propietario. La primera condición para apropiarse de algo es no ser dueño. Nadie puede apropiarse de lo que ya le pertenece.

Esas premisas son nítidas y evidentes, pero valen solo para la modalidad de apropiación. En los últimos años la jurisprudencia ha querido dotar al término *distracer* de un significado propio, distinto y complementario: si el legislador ha incluido los dos verbos hay que pensar que no es una mera

redundancia. Para algunos se trataría de recoger los casos en que el objeto son bienes fungibles, esencialmente el dinero. Distraer, en otra línea, en la concepción hoy mayoritaria en la jurisprudencia significaría desviar del fin pactado. Por esa senda discurre la argumentación del bien fundado informe del Fiscal que se hace eco con fidelidad de la doctrina jurisprudencial: distraer es destinar lo recibido a un fin diferente al pactado con el tradens. Su objeto serían cosas fungibles, singularmente el dinero. El delito consistiría no tanto en incorporar el dinero recibido al propio patrimonio —donde ya quedó integrado aunque de forma condicionada— cuanto en invertirlo en fines distintos de los establecidos, irrogando con ello un perjuicio patrimonial a quien según lo acordado tenía derecho a que el dinero le fuese entregado o devuelto (STS 2339/2011, de 7 de diciembre).

La STS 513/2007 de 19 de junio, resume la interpretación jurisprudencial de este delito: «el artículo 252 del vigente Código Penal sanciona dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance.

En lo que concierne a la modalidad clásica, tiene declarado esta Sala, como es exponente la sentencia 1274/2000, de 10 de julio que la estructura típica del delito de apropiación indebida parte de la concurrencia de los siguientes elementos:

a) Que el sujeto activo reciba uno de los objetos típicos, esto es, dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial. En este elemento se requiere que el sujeto activo tenga el objeto del delito en virtud de una legítima posesión por haberlo recibido de otro.

b) Que el objeto haya sido entregado al autor por uno de los títulos que genera la obligación de entregarlos o devolverlos, definición que incluye a los títulos que incorporen una obligación condicionada a entregarlos o devolverlos, excluyendo aquéllos que suponen la entrega de la propiedad. En este sentido la jurisprudencia de esta Sala ha declarado el carácter de *numerus apertus* del precepto en el que caben, dado el carácter abierto de la

fórmula «aquellas relaciones jurídicas, de carácter complejo y atípico que no encajan en ninguna de las categorías concretadas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido por la norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver» (SSTS 31.5.93; 1.7.97).

c) Que el sujeto activo realice una de las conductas típicas de apropiación o distracción del objeto típico, que se producirá bien cuando el sujeto activo hace suya la cosa que debiera entregar o devolver, con ánimo de incorporarla a su patrimonio.

d) Que se produzca un perjuicio patrimonial, lo que caracteriza al delito de apropiación indebida como delito de enriquecimiento.

En la modalidad de apropiación consistente en la administración desleal, el elemento específico, además de la administración encomendada, radica en la infracción de un deber de fidelidad, deducible de una relación especial derivada de alguno de los títulos consignados en el artículo 252 del Código Penal y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad (STS 16.9.03), y el tipo se realiza, aunque no se prueba que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado, como consecuencia de la gestión desleal de aquél, esto es, como consecuencia de una gestión en que él mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su status, como se dijo literalmente en la sentencia de esta Sala 224/98, de 26 de febrero. La acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona física o jurídica titular del patrimonio administrado, sin que sea imprescindible en este tipo —aunque tampoco quepa descartarla— la concurrencia del *animus rem sibi habendi*, sino sólo la del dolo genérico, que consiste en el convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona. (SSTS 3.4 y 17.10.98).

Esta consideración de la apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal parte de la distinción establecida en los verbos nucleares de tipo penal, se apropiaren y distrajeren y se conforma sobre un distinto bien jurídico, respectivamente, contra la propiedad y contra el patrimonio. La doble dimensión de la apropiación indebida permite una clarificación sobre las apropiaciones de

dinero, que el tipo penal prevé como objeto de apropiación, toda vez que la extremada fungibilidad del dinero hace que su entrega suponga la de la propiedad, recibiendo el transmitente una expectativa, un crédito de recuperar otro tanto, construcción difícil de explicar desde la clásica concepción de la apropiación indebida.

Para solventar este problema, la jurisprudencia de esta Sala, ha diferenciado dos modalidades en el tipo de la apropiación indebida, sobre la base de los dos verbos nucleares del tipo penal, apropiarse y distraer, con notables diferencias en su estructura típica, como antes hemos expuesto, de manera que «en el ámbito jurídico-penal apropiarse indebidamente de un bien no equivale necesariamente a convertirse ilícitamente en su dueño, sino a actuar ilícitamente sobre el bien, disponiendo del mismo como si fuese su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones establecidas en garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron».

En definitiva, apropiarse significa incorporar al propio patrimonio la cosa que se recibió en posesión con la obligación de entregarla o devolverla. Distraer es dar a lo recibido un destino distinto del pactado. Si la apropiación en sentido estricto recae siempre sobre cosas no fungibles, la distracción tiene como objeto cosas fungibles y especialmente dinero. La apropiación indebida de dinero es normalmente distracción, empleo del mismo en atenciones ajenas al pacto en cuya virtud del dinero se recibió, queredundan generalmente en ilícito enriquecimiento del detractor aunque ello no es imprescindible para que se entienda cometido el delito.

Por ello, cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos de tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación.

Y, como elementos de tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades de titular sobre el dinero o la cosa entregada».

La STS 664/2012, de 12 de julio constituye otra muestra más reciente de esa concepción de la conducta consistente en «distraer»: «La doctrina de esta Sala referida a la modalidad de apropiación indebida objeto de condena en la sentencia impugnada, que es la distracción de fondos percibidos por el autor por cualquier título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, considera que constituye una modalidad típica, prevista en el art. 252 del Código Penal, que tiene como presupuesto la traslación legítima de dinero, u otra cosa fungible que comporte para el receptor la adquisición de su propiedad, aunque con la obligación de darle un determinado destino, conforme a los términos, explícitos o implícitos, de la relación contractual asumida.

Cuando, como sucede en el presente recurso, se trata de dinero, y dada su acusada fungibilidad, la acción típica no consiste tanto en incorporar el dinero recibido al patrimonio propio, —puesto que esta incorporación, aunque condicionada, se produce por el hecho de haberlo recibido legítimamente—, sino en darle un destino diferente al pactado, irrogando un perjuicio a quien hizo la entrega o a quien le estaba destinada, que es lo que ha sucedido en el supuesto actual, en el que casi diez años después de concluida la obra, el querellado sigue sin hacer entrega al querellante del dinero recibido para abonar las dos últimas certificaciones de la misma, habiendo incorporado el dinero recibido a su patrimonio y utilizado todo tipo de falsas excusas que ponen de relieve su ánimo expropiatorio, desde la negativa (falsa) de haber recibido el dinero (que dio lugar a la reclamación judicial del perjudicado al promotor de la obra, con los costes y demoras subsiguientes, infructuosa porque el promotor ya había pagado), hasta la alegación (también falsa) de exceso de precio o exceso de obra, y finalmente la invención de unas supuestas deudas que debían ser objeto de compensación».

Cuarto.—Los acusados recibieron el dinero como pago parcial y anticipado de la obra que se comprometían a realizar. La obra encargada no fue construida. Pues bien, con estos «materiales»

fácticos tampoco podemos construir un delito de apropiación indebida. Un arrendamiento de obra como base de una apropiación indebida a través de la modalidad de distracción solo cabría a través de un tortuoso camino: cuando dentro de la cantidad recibida, se diferencia entre lo destinado específicamente a hacer acopio de los materiales que debían emplearse y el monto destinado específicamente a la retribución anticipada por el trabajo. Pero si el presupuesto como sucede aquí es global y no discrimina entre cantidades destinadas a uno u otro fin (folios 14 y ss y 25 y ss), porque en definitiva son los contratistas los obligados a recabar esos materiales no importa a qué precio, ni de qué forma, es imposible rellenar la tipicidad del art. 252, ni siquiera en la modalidad de distracción. Se puede hablar de incumplimiento de las propias obligaciones; y de incumplimiento doloso e inexcusable; pero no de desvío de unas cantidades que se recibían como retribución por el trabajo a realizar (en ellas quedaban integros también los gastos que asume el contratista), remuneración que no variaría fuera cual fuera la forma en que se recabasen los materiales, ni fuesen cuales fuesen los importes invertidos en tales materiales. Nunca podrá constituir una apropiación indebida el incumplimiento de una obligación de hacer retribuida anticipadamente. Por eso, en la más forzada de las interpretaciones, a lo más que podría llegarse es a un delito de apropiación indebida pero nunca por el total percibido, como ha afirmado la Audiencia, sino por las cantidades que específicamente se hubiesen recibido para invertir las en la provisión de los materiales para la obra. Ni parece ni de lejos que se acomodase a esas con-

diciones el pacto entre querellantes y acusados; ni la sentencia, ni las actuaciones proporcionan base alguna para entrar en esas disquisiciones. La oscuridad en estos casos obliga a reconducir los hechos al ámbito de otras jurisdicciones (STS 7/2008 de 17 de enero). Los acusados recibieron el dinero para hacerlo suyo, como retribución anticipada por obras que estaban realizando y debían concluir. El incumplimiento, si se quiere contumaz, de esa obligación carece de relieve penal (vid STS 1567/2004, de 27 de diciembre).

Se entiende por ello perfectamente la posición procesal de la acusación particular. Si en la instancia trató de defender el delito de estafa, fue posiblemente porque intuía las serias dificultades con que tropezaba una condena por el delito de apropiación indebida esgrimido por la acusación pública. En casación al impugnar el recurso de contrario, no solo desliza de nuevo en su discurso la actitud mendaz previa de los acusados que la sentencia no ha considerado probada, sino que sobre todo subraya que la cantidad se entregó específicamente para hacer acopio de materiales. Pero eso ni se refleja en los hechos probados, ni sería compatible con una apropiación por el total entregado (es obvio que una buena parte del coste se anuda al trabajo personal), ni resulta de las actuaciones; máxime cuando efectivamente se llegaron a iniciar las obras.

La obligación de devolución de lo percibido por razón del contrato tiene por causa un hecho posterior a la entrega: la justa resolución del contrato por incumplimiento. No es viable apoyar en esa plataforma el delito del art. 252 CP.

Sentencia 290/2013, del TS, de 16 de abril

Ponente: **Dona Cándido Conde-Pumpido Tourón**

Resumen: **Retroactividad de la ley posterior más favorable**

Recurso de Casación: **n.º 10333/2012**

Artículos: **2 y 368 Código Penal y D.T. 2.ª de la Ley 5/2010, de 22 de junio**

Retroactividad de la ley más favorable. Se ofrece completa información sobre los problemas interpretativos que suscita la Disposición Transitoria Segunda de la LO 5/2010, de reforma del Código Penal, a la hora de proceder a la revisión de sentencias.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Como ha señalado, en síntesis, la STS núm. 538/2012, de 25 de junio, el principio de retroactividad de las disposiciones penales más favorables alcanza en nuestro ordenamiento penal a las sentencias ya firmes siempre que no estén totalmente ejecutadas (art. 2.2.º del Código Penal).

El Legislador puede modular esa retroactividad con algunos condicionantes haciendo depender la revisión del estado del proceso. Así lo hizo en el régimen transitorio establecido en el Código Penal de 1995, en técnica que ha reproducido en las sucesivas reformas.

Siguiendo sintéticamente la STS núm. 538/2012, de 25 de junio, se podrían distinguir cuatro situaciones diferentes: a) hechos en que la sentencia está ya ejecutada en el momento en que entra en vigor la reforma: se niega la retroactividad de la norma más favorable, salvo a efectos de reincidencia; b) sentencias firmes cuya ejecución no ha finalizado: es el caso presente; c) sentencias pendientes de recurso en el momento de la entrada en vigor: la disposición transitoria tercera habilita para aplicar sin limitaciones la nueva legislación al resolver el recurso, cumplidos ciertos trámites; d) hechos pendientes de enjuiciamiento: no hay límite alguno y el enjuiciamiento deberá efectuarse tomando como referente la legislación más favorable, aunque no estuviese en vigor en el momento de su comisión: disposición transitoria primera que expresa que para decidir qué legislación es más favorable ha de estarse a la pena que correspondería atendiendo al cuerpo legal completo.

En el supuesto actual nos encontramos ante un caso de revisión de sentencias firmes no totalmente ejecutadas que genera una problemática específica. El Legislador ha diferenciado dos grupos diferentes: aquellos casos en que la pena impuesta fuese también imponible con arreglo a la nueva Legislación, y los que no. En los primeros se veda la revisión (salvo que junto a la pena privativa de libertad la nueva norma añada otra pena como alternativa), y en los segundos, en los que la pena impuesta sería de todo punto impropcedente en el nuevo marco penal, debe procederse a la revisión.

Esta diferenciación se establece en la reiteradamente citada disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 5/2010 que es reproducción de previsiones idénticas de anteriores reformas, y de la que se desprende en una interpretación literal que no cabe la revisión en tanto la pena impuesta sea imponible con el nuevo Código y la rebaja depende del arbitrio judicial.

Por tanto, tratándose de sentencias firmes hay que comparar ambas Legislaciones, en texto completo: la derogada conforme a la que se efectuó el enjuiciamiento y la vigente. En esta comparación se excluye por imperativo legal el arbitrio judicial: solo cabe considerar más favorable la nueva disposición cuando en ningún caso podría amparar la pena impuesta y siempre determinaría una penalidad inferior.

Eso es lo que quiere decirse cuando se habla de la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. Esa última expresión se refiere a los parámetros con los que se debe operar para la comparación. Se utilizan como términos de comparación la pena efectivamente impuesta y la pena máxima permitida por la nueva legislación. No significa que la Legislación más favorable se aplique taxativamente y prescindiendo del arbitrio judicial; sino que para ponderar si es o no más favorable no pueden tenerse en cuenta hipótesis posibles que se anudan al arbitrio judicial y no a la determinación taxativa de la Ley.

Como señala la STS núm. 538/2012, de 25 de junio, en abstracto hay supuestos en que pueden surgir dudas sobre qué Ley penal es más ventajosa. El Legislador, con la intención de limitar el número de sentencias firmes que han de ser revisadas, ha incluido esta regla que simplifica la operación de comparación al excluir de los términos de ponderación el factor «arbitrio judicial». Así como en el enjuiciamiento de hechos anteriores con posterioridad a la entrada en vigor de la norma, no rige limitación alguna, por el contrario la revisión de sentencias firmes solo se abre, en principio, y con las matizaciones a las que más tarde aludiremos, si se concluye que la Legislación nueva no permitía de ninguna forma la pena impuesta.

Esto es lo que se desprende del párrafo segundo del punto primero de la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley Orgánica 5/2010, que tiene el rango de Ley Orgánica y que constituye ley especial y posterior respecto del art. 2.2.º del Código Penal, que podría propiciar regulaciones más flexibles.

Cuarto.—En consecuencia, aplicando literalmente dicho precepto al presente caso, el auto impugnado, denegatorio de la revisión de la sentencia de instancia, no presenta tacha casacional alguna.

En efecto, la vigente redacción del artículo 368 del Código Penal no constituye norma más favorable que exija imperativamente la aplicación del principio de retroactividad, por cuanto la pena impuesta de seis años de prisión es también imponible en abstracto con arreglo a la reforma (que abarca hasta los seis años de prisión, como pena máxima) teniendo en cuenta el hecho con sus circunstancias.

No concurriendo en el presente caso circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, el artículo 66.1.6.º del Código Penal de 1995 permite aplicar la pena establecida en la ley para el delito cometido en la extensión que estimen adecuada los Tribunales en atención a las circunstancias personales del hecho y a la mayor o menor gravedad del hecho.

Quinto.—La STS 633/2012, de 19 de julio, señala que, a estos efectos, las circunstancias que determinan la pena se refieren a las atenuantes o agravantes, o a presupuestos como el delito continuado, concurso ideal o instrumental de delitos, grados de ejecución (tentativa, consumación) o de participación (autor o cómplice), etc. Es decir a circunstancias que determinan condicionamientos normativos con capacidad de alterar el marco penológico básico o de contribuir a formarlo.

Cuando las circunstancias que caracterizan o acompañan al hecho no provocan una limitación o condicionamiento del marco penológico, sólo pueden intervenir como referencias para el ejercicio del arbitrio judicial, lógicamente dentro de determinados criterios (arbitrio normado: circunstancias del hecho y del culpable), pero en cualquier caso dependientes del arbitrio, que no de la arbitrariedad judicial.

En consecuencia, en nuestro caso y a pesar de los argumentos del recurrente, es factible, por no impedirlo la ley, recorrer todo el tramo de pena de 3 a 6 años para sancionar el hecho enjuiciado, por lo que la pena impuesta en la sentencia de instancia, considerada taxativamente y sin tomar en consideración el ejercicio del arbitrio judicial, como dispone la citada disposición transitoria, es también imponible con arreglo a la reforma del Código, no siendo legalmente procedente la revisión.

Sexto.—En la doctrina de esta Sala, sin embargo, también se ha estimado que el principio de proporcionalidad impone una interpretación menos literal y formalista de la expresada Disposición Transitoria Segunda, que, al exponer que «en las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código», puede interpretarse en el sentido de que la pena imponible resultante de tal operación de revisión no sea valorada absolutamente en abstracto, sino en concreto, es decir pena que también resulte imponible en el caso enjuiciado, tomando en consideración todos los elementos concurrentes, y teniendo en cuenta el criterio individualizador fijado por el Tribunal sentenciador en la resolución judicial precedente (STS 884/2011, de 22 de julio). Esta interpretación se estima por dicha línea jurisprudencial más conforme con el principio de proporcionalidad en la respuesta penal, ofreciendo la ventaja de que corrige efectos perversos de agravios comparativos entre diversos partícipes del delito, los que se han visto beneficiados, por ejemplo, por una rebaja de pena por su colaboración con la Justicia, en comparación con otros inculpados que no se han comportado del propio modo, y sin embargo, a la hora de la revisión de las penas por aplicación de los nuevos preceptos penales, se pueden encontrar injustamente igualados, en tanto que la penalidad de los primeros no sería revisable, por tratarse de pena igualmente imponible, mientras que la de los otros acusados, condenados a penas de entre 6 y 9 años de prisión —hoy no imponibles— podría verse beneficiada con una reducción que los equiparase a los anteriores.

Del propio modo, en los casos de concurrencia de la agravante de reincidencia, se podrían produ-

circunstancias desproporcionadas, al trasladar el nuevo marco penológico a una situación juzgada con anterioridad, en perjuicio de aquellos en quienes no concurre dicha circunstancia, a quienes se les habría aplicado la mitad inferior de la pena, hoy también imponible con el nuevo marco legal, cuya pena no se revisaría.

Quiere decirse, conforme a este criterio jurisprudencial, que la penalidad imponible no puede ser considerada bajo parámetros estrictamente abstractos, sino de concreta imposición en el caso que se revisa, pues la pena debe ser medida con todas «sus circunstancias», que, en esta interpretación, serían las tenidas en consideración en la sentencia que se revisa a la hora de la imposición concreta de la pena, como ejercicio de motivación de la dosimetría penal aplicable (STS 884/2011, de 22 de julio, entre otras). En definitiva, se vuelve al arbitrio judicial, en contra del criterio expresado por la norma legal.

Séptimo.—La referida sentencia STS 884/2011, de 22 de julio, considera que la aplicación de este principio de proporcionalidad en la revisión de sentencias firmes por aplicación del principio de retroactividad de la norma más favorable, se puede justificar también:

a) Porque lo contrario constituiría un tratamiento discriminatorio en relación a los penados cuya sentencia no sea firme para quienes sí está previsto una adaptación a la nueva legalidad de acuerdo con la Disposición Transitoria Tercera de la L.O. 5/2010.

b) Porque aun cuando el principio de proporcionalidad no está recogido en la Constitución, no puede dudarse de su vigencia en nuestro sistema jurídico penal en su doble proyección frente al Legislador a la hora de fijar los delitos y las penas, y frente al juzgador a la hora de individualizar judicialmente la pena, recordando la STS 827/2010 que dicho principio se proyecta en dos ámbitos: el grado de culpabilidad del sujeto y la gravedad del hecho, pues en definitiva la culpabilidad y la gravedad son las medidas de la respuesta penal.

c) También la doctrina del Tribunal Constitucional ha reconocido la vigencia de este principio, y en relación al Legislador, declara la STS 53/1985 que «...el Legislador ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento.

d) La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su art. II-109 — Título VI, reconoce los principios de legalidad y de proporcionalidad de delitos y penas señalando que «...la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción...».

e) Del propio modo, la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, y por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado el 13 de diciembre de 2007, en su art. 49, tras disponer la aplicación retroactiva más favorable al reo («si con posterioridad a esta infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse ésta»), proclama en su apartado 3 que «la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción».

Octavo.—A los referidos argumentos, la sentencia de esta misma Sala núm. 633/2012, de 19 de julio, opone otros, extraídos de diversas resoluciones que presentan una esencial coincidencia, y que apoyan una interpretación más literal de la citada disposición transitoria segunda, más conforme con su concepción tradicional, y con la forma en la que ha sido aplicada la regla correlativa en reformas penales anteriores.

Entre estos argumentos podemos destacar:

a) Aclarado el sentido y alcance de la Disposición Transitoria Segunda de la L. O. 5/2010 (fundamento jurídico tercero), dejar de aplicarla supondría volver la espalda al criterio establecido por el Legislador. En definitiva, los Tribunales están sometidos al imperio de la Ley, y es al Legislador a quien corresponde dictar las disposiciones transitorias de aplicación en una reforma legislativa. En estos supuestos el Legislador, por la vía de las disposiciones transitorias, suele realizar especificaciones y limitaciones para su aplicación, como ha ocurrido con la LO 5/2010, que deben ser respetadas.

b) Si la comparación entre las normas que se sucedieron en el tiempo, en el delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud (supuesto que nos atañe), se establece conforme a una proporcionalidad entendida en sentido rígido o matemático, todas las resoluciones firmes en las que se condenó por delito contra la salud pública deberían ser objeto de revisión, con independencia

de que la pena impuesta también estuviese comprendida en el nuevo marco legal, estableciendo una especie de regla de tres para la imposición de la nueva pena, y dando lugar con ello a una nueva individualización punitiva en todos los casos, por parte del Tribunal revisor, lo que no responde al criterio establecido por el Legislador ni al aplicado en anteriores reformas penales.

c) La voluntad del Legislador no consiste en que se efectúe una nueva individualización de la pena si ésta resulta imponible con la legalidad reformada, ya que esa función sólo corresponde al Tribunal de instancia. Habría que distinguir entre las funciones que corresponden al Tribunal sentenciador y las que competen al Tribunal revisor, que son distintas.

d) En toda sucesión de leyes el Legislador debe señalar un hito temporal, que resuelva la aplicación de una u otra normativa, con las especificaciones que estime procedentes, y al igual que ocurrió con motivo de la promulgación del actual Código de 1995, el Legislador la fijó en la L.O. 5/2010 en la firmeza de la sentencia, momento en que los Tribunales con la debida intermediación ya se habían pronunciado sobre la individualización penológica.

e) Si indagamos las motivaciones de la reforma operada en los delitos contra la salud pública (especialmente arts. 368 y 369 C.P.) no serían extrañas las razones referidas a la excesiva punición de tales conductas. Pero esta gravedad ya se tomaba en cuenta con anterioridad por los Tribunales al individualizar la pena, por lo que aplicar mecánicamente los mismos criterios individualizadores a dos marcos punitivos de gravedad muy diferente es imponer una ficción.

La experiencia del foro nos muestra que la mayoría de las condenas por delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, en la regulación anterior, oscilaban entre los tres y los seis años de prisión, y que el espacio entre los seis y los nueve años prácticamente no era utilizado, precisamente por su excesivo rigor. Se solían imponer 6 años y 1 día si el sujeto era reincidente, y la pena de 7 años usualmente se reservaba para casos en que la cantidad de droga se aproximaba a la cualificación de notoria importancia (art. 369-5 C.P.). Deducir de ello que con el nuevo marco punitivo, que precisamente mitiga ese excesivo rigor, es necesario revisar las penas impuestas entre tres y seis años,

ya adaptadas al marco punitivo de la nueva Ley, a la mitad inferior del nuevo marco, (de tres a cuatro años y seis meses), porque este tramo inferior es el que utilizó el Tribunal con la regulación anterior, no solo es prescindir del criterio genérico del Legislador, sino atender a una pura ficción.

Imponer más de 7 años resultaba en la regulación anterior absolutamente excepcional y su significación porcentual prácticamente simbólica. Lo ordinario era que la casi totalidad de las condenas oscilaran entre los 3 y 7 años y si no se imponía más pena en las hipótesis de cierta gravedad es porque los Tribunales consideraban la pena notoriamente elevada en un juicio de proporcionalidad: hecho delictivo-sanción asociada.

Consiguientemente no sería aceptable en trance de revisar la pena, afirmar que si conforme a la Legislación derogada se impuso al recurrente la pena en su mitad inferior, en la nueva normativa debe igualmente imponerse en esa misma medida, pues la nueva regulación lo que hace es acoger, precisamente, la moderación punitiva anteriormente realizada por el propio Tribunal.

f) Esa matemática consideración del principio de proporcionalidad choca con su consideración conceptual, no exactamente bien delimitada, lo que hace que dos Tribunales distintos ante hechos similares y circunstancias concurrentes análogas lleguen a resultados diferentes según la sensibilidad jurídica de cada uno en orden a dar mayor o menor relevancia a unos u otros factores o ponderar de un modo u otro las razones objetivas o personales que hacen a un sujeto merecedor de una pena determinada.

Noveno.—Por ello, continúa la sentencia núm. 633/2012, de 19 de julio, en esta Sala de casación se han barajado diversos criterios acerca de la aplicación de la Disposición Transitoria segunda de la L.O. 5/2010, que (simplificando y reordenando la sistematización efectuada en la referida sentencia), podrían resumirse del modo siguiente:

a) Aplicar en su literalidad la citada norma transitoria, dada la claridad de sus términos, en todo caso y sin atender a las disfunciones a que ocasionalmente pueda dar lugar.

b) Revisar todas las sentencias afectadas por la ley reformadora, para llevar a cabo una renovada individualización punitiva, dirigida a justificar la pena impuesta o a modificarla, adaptándola

aritméticamente al nuevo marco punitivo (si se ha impuesto la pena de cinco años de prisión en el marco anterior de tres a nueve, sustituirla por cuatro años, si se han impuesto seis años, sustituirlos por cuatro años y seis meses, etc).

c) Aplicar la disposición transitoria como norma general, pero excepcionar algunos supuestos, con la aplicación en casos específicos del principio de proporcionalidad.

Estos supuestos excepcionales podrían ser, conforme a los casos ya analizados por esta Sala:

1) Supuestos de sentencia previa errónea en la imposición de la pena (por ejemplo, imposición de la pena de nueve años de prisión en un subtipo agravado, que impide la revisión al ser imponible con la nueva legislación, cuando lo procedente sería un mínimo de 9 años y 1 día, que si permite la revisión, STS núm. 661/2012, de 18 de julio).

2) Supuestos de agravios comparativos entre los distintos condenados con lesión del principio de igualdad, pervirtiendo las normas dosimétricas ordinarias de nuestro Código (por ejemplo, imponer, como consecuencia de la revisión, menos pena a un reincidente que al que no lo es, porque la pena impuesta al primero permite la revisión y la impuesta al segundo se encuentra incluida en el nuevo marco punitivo).

3) Supuestos en que manifiestamente se produzca una intolerable distorsión del principio de proporcionalidad, porque la pena impuesta conforme al anterior marco punitivo resulta claramente desproporcionada y absolutamente injustificada en el nuevo marco legal (por ejemplo, cuando la pena impuesta fuese la máxima conforme al nuevo marco punitivo, seis años de prisión, sin que se justifique en absoluto dicha sanción).

Décimo.—De estas opciones, la última e intermedia es la que se estima más adecuada, y la que consideramos debe ser aplicada.

Así, en la reciente sentencia núm. 266/2013, de 19 de marzo, se establece como doctrina que la revisión de sentencias firmes por aplicación retroactiva de la ley penal más favorable cuando la pena impuesta en la sentencia revisada también es imponible en el nuevo marco legal no debe dar lugar a un nuevo ejercicio de individualización caso por caso, ni tampoco a una mecánica adaptación de las penas anteriormente impuestas en proporción aritmética al nuevo marco punitivo, pero debe introducir las prevenciones necesarias para evitar que la aplicación literal de la disposición transitoria segunda de la LO 5/2010 provoque resultados contrarios al principio de proporcionalidad.

Sentencia 342/2013, Sala Segunda del TS, de 17 de abril

Ponente: **Dona Manuel Marchena Gómez**

Resumen: **Intervención y registro de ordenadores**

Recurso de Casación: **n.º 1461/2012**

Artículos: **18 y 24 CE, 11 LOPJ, 476 y 558 LECrim**

Con cita de la doctrina general que ha de presidir la diligencia de entrada y registro domiciliario e incautación en él de ordenadores, avala la sala la corrección del procedimiento seguido para su intervención y posterior volcado y tratamiento de su contenido.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

8. El recurrente somete a un tratamiento sistemático unitario los motivos decimoquinto, decimosexto, decimooctavo, decimonoveno y vigésimo primero.

La línea argumental que inspira estos motivos puede sistematizarse, siguiendo al propio recurrente, conforme a los siguientes enunciados: a) el primer auto de entrada y registro al domicilio del interesado no especifica la autorización de

las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para intervenir los ordenadores; b) Pese a ello, los agentes intervinieron el ordenador del acusado, en su presencia, siendo este material el que sirve de base al informe policial que ha sido clave para la condena; c) el volcado de todo ese material fue realizado sin presencia del secretario judicial ni, por supuesto, auto habilitante. Pese a la petición expresa de los agentes de la Brigada de Investigación Tecnológica de que el volcado de información se hiciera a presencia judicial, no intervino fedatario alguno; d) ese volcado ser verificó, además, sin presencia del interesado ni de su defensa; e) no consta la herramienta utilizada por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado para proceder a ese volcado.

Ninguno de estos motivos puede llegar a prosperar.

A) El acceso de los poderes públicos al contenido del ordenador de un imputado, no queda legitimado a través de un acto unilateral de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. El ordenador y, con carácter general, los dispositivos de almacenamiento masivo, son algo más que una pieza de convicción que, una vez aprehendida, queda expuesta en su integridad al control de los investigadores. El contenido de esta clase de dispositivos no puede degradarse a la simple condición de instrumento recipiendario de una serie de datos con mayor o menor relación con el derecho a la intimidad de su usuario. En el ordenador coexisten, es cierto, datos técnicos y datos personales susceptibles de protección constitucional en el ámbito del derecho a la intimidad y la protección de datos (art. 18.4 de la CE). Pero su contenido también puede albergar —de hecho, normalmente albergará— información esencialmente ligada al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. El correo electrónico y los programas de gestión de mensajería instantánea no son sino instrumentos tecnológicos para hacer realidad, en formato telemático, el derecho a la libre comunicación entre dos o más personas. Es opinión generalizada que los mensajes de correo electrónico, una vez descargados desde el servidor, leídos por su destinatario y almacenados en alguna de las bandejas del programa de gestión, dejan de integrarse en el ámbito que sería propio de la inviolabilidad de las comunicaciones. La comunicación ha visto ya

culminado su ciclo y la información contenida en el mensaje es, a partir de entonces, susceptible de protección por su relación con el ámbito reservado al derecho a la intimidad, cuya tutela constitucional es evidente, aunque de una intensidad distinta a la reservada para el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones.

En consecuencia, el acceso a los contenidos de cualquier ordenador por los agentes de policía, ha de contar con el presupuesto habilitante de una autorización judicial. Esta resolución ha de dispensar una protección al imputado frente al acto de injerencia de los poderes públicos. Son muchos los espacios de exclusión que han de ser garantizados. No todos ellos gozan del mismo nivel de salvaguarda desde la perspectiva constitucional. De ahí la importancia de que la garantía de aquellos derechos se haga efectiva siempre y en todo caso, con carácter anticipado, actuando como verdadero presupuesto habilitante de naturaleza formal.

La ponderación judicial de las razones que justifican, en el marco de una investigación penal, el sacrificio de los derechos de los que es titular el usuario del ordenador, ha de hacerse sin perder de vista la multifuncionalidad de los datos que se almacenan en aquel dispositivo. Incluso su tratamiento jurídico puede llegar a ser más adecuado si los mensajes, las imágenes, los documentos y, en general, todos los datos reveladores del perfil personal, reservado o íntimo de cualquier encausado, se contemplan de forma unitaria. Y es que, más allá del tratamiento constitucional fragmentado de todos y cada uno de los derechos que convergen en el momento del sacrificio, existe un derecho al propio entorno virtual. En él se integraría, sin perder su genuina sustantividad como manifestación de derechos constitucionales de nomen iuris propio, toda la información en formato electrónico que, a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntariedad o sin ella, va generando el usuario, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos. Surge entonces la necesidad de dispensar una protección jurisdiccional frente a la necesidad del Estado de invadir, en las tareas de investigación y castigo de los delitos, ese entorno digital.

Sea como fuere, lo cierto es que tanto desde la perspectiva del derecho de exclusión del propio

entorno virtual, como de las garantías constitucionales exigidas para el sacrificio de los derechos a la inviolabilidad de las comunicaciones y a la intimidad, la intervención de un ordenador para acceder a su contenido exige un acto jurisdiccional habilitante. Y esa autorización no está incluida en la resolución judicial previa para acceder al domicilio en el que aquellos dispositivos se encuentran instalados. De ahí que, ya sea en la misma resolución, ya en otra formalmente diferenciada, el órgano jurisdiccional ha de exteriorizar en su razonamiento que ha tomado en consideración la necesidad de sacrificar, además del domicilio como sede física en el que se ejercen los derechos individuales más elementales, aquellos otros derechos que convergen en el momento de la utilización de las nuevas tecnologías.

(...)

B) El auto de fecha 20 de octubre de 2088, dictado por el Juez de instrucción núm. 34 de Madrid, es la respuesta jurisdiccional al oficio dirigido por la Brigada de Investigación de Delitos Tecnológicos, con la misma fecha, a fin de obtener autorización para la entrada y registro en las viviendas (...)

Como puede observarse, en la petición cursada por los agentes se concreta la solicitud de «... inspeccionar y proceder a la intervención» de equipos y soportes informáticos, correspondencia postal y electrónica que pudiera tener relación con los hechos. Pues bien, la autorización judicial que accede a autorizar la entrada y registro en los domicilios interesados, legitima a los agentes facultados —como puede leerse en la parte dispositiva— «... para averiguar si en dichos domicilios, sus locales, anejos, garajes y dependencias incluidas en su perímetro (...) pudieran encontrarse objetos como pudieran ser equipos y soportes informáticos, cámaras teléfonos móviles, documentación, anotaciones personales y fotografías, agendas, correspondencia postal y electrónica o cualquier otro que pudiera tener relación con los hechos que están siendo investigados».

La necesidad de que toda resolución judicial llamada a legitimar un acto de injerencia en los derechos fundamentales del investigado sea interpretada conforme a su estricta literalidad, forma parte de las notas definitorias de nuestro sistema constitucional. En esta materia no caben las inter-

pretaciones extensivas ni la elasticidad como fuente inspiradora a la hora de delimitar los exactos términos de la autorización concedida. Nuestro sistema no ampara autorizaciones implícitas, ni mandamientos de intromisión en el espacio de exclusión que definen los derechos fundamentales que no estén dibujados con la suficiencia e indispensable claridad. Sin embargo, este irrenunciable punto de partida no está reñido con la necesidad de relacionar el documento policial en el que se postula la concesión de la autorización y el acto jurisdiccional habilitante. Sólo así podrá concluirse si lo que se concede es lo mismo que lo que se pide o si, por el contrario, la decisión jurisdiccional restringe o pone límites a la petición cursada.

Pues bien, en el presente caso, la lectura combinada de ambos documentos (folios 25-27, 34-35, 45-46) no avala la interpretación microliteral que abanderara la defensa. Carecería de todo sentido —de hecho en la fundamentación jurídica del auto de entrada y registro nada se menciona al respecto— que la autorización judicial se limitara a facultar a los agentes a la práctica de una inspección ocular que les permitiera «averiguar» la existencia de los equipos técnicos desde los que se estaba cometiendo graves delitos contra menores y que, una vez averiguada esa existencia, se obligara a los agentes a marcharse del domicilio registrado, dejando esos elementos de prueba de primer orden en poder del imputado. No cabe duda alguna de que esa averiguación sólo adquiere sentido como medio para, una vez constatada su existencia, intervenir lo que, como exponía la solicitud policial no eran sino instrumentos de graves delitos para cuyo esclarecimiento se había concedido, precisamente, el mandamiento de entrada y registro. En definitiva, desde este punto de vista, es claro que para «averiguar» si los ordenadores y demás dispositivos intervenidos tenían o no relación con el delito que estaba siendo objeto de investigación, resultaba indispensable su intervención y, claro es, su ulterior examen.

Esta diligencia fue practicada en presencia del Secretario judicial, quien levantó el acta que obra al folio 65 de las actuaciones (tomo I). En este documento se da cuenta de la intervención, en el dormitorio usado por José, de tres ordenadores, dos de ellos portátiles. El acusado ofreció a los agentes la clave —trascrita en el acta— que permitió el encendido y una primera constatación de conte-

nidos. Los agentes procedieron a la intervención de los tres ordenadores, debidamente precintados.

Ninguna objeción puede formularse a ese acceso inicial de prospección de los contenidos. El consentimiento inequívoco del interesado actúa en este caso como verdadera fuente de legitimación. Estamos en presencia, además, de un acto expresamente autorizado por el Juez de instrucción, durante cuyo desarrollo se produce la entrega voluntaria de la clave por parte de José. En la STC 173/2011, 7 de noviembre, se proclama que «... corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno, por lo que el consentimiento del titular del derecho fundamental legitimará la inmisión en el ámbito de la intimidad e impedirá, por tanto, considerarlo vulnerado. En lo relativo a la forma de este consentimiento hemos puesto de relieve que puede manifestarse de forma expresa, prestándose entonces verbalmente, o bien tácita (...). Se conceptúan estas declaraciones como tácitas, porque resultan, no de expresiones, sino de hechos (actos concluyentes), siendo preciso, para conocer su verdadero significado, acudir a conjeturas o presunciones».

(...)

Mediante resolución dictada el 24 de octubre de 2008, el órgano judicial acordó autorizar «... el desprecinto del material intervenido en el domicilio de José a fin de proceder al volcado del material intervenido, a fin de realizar un informe de investigación sobre los hechos» (folio 118, tomo II).

Al amparo de esa autorización, los policías nacionales núms. NUM067 y NUM068, comparecieron ante el Juzgado de instrucción núm. 34, con fecha 18 de noviembre de 2008 y, en presencia de la Secretaria del juzgado, procedieron al desprecinto de los discos duros de los tres ordenadores y al volcado de su contenido, con la excepción del ordenador portátil de la marca ACER, con núm. NUM069. Una vez terminada la diligencia, el material intervenido quedó nuevamente precintado y en poder de los agentes de policía intervinientes.

La defensa pone el acento en el hecho de que el acta en el que fue recogida la diligencia de volcado no aparezca debidamente firmada por la Secretaria. Es cierto que se trata de una irregularidad formal que debió haber sido subsanada. Pero no olvidemos que no estamos en presencia de un

documento ajeno al proceso que se incorpora al mismo para su valoración probatoria. Se trata de un documento judicial, unido formalmente a la causa, que describe la presencia de los dos agentes de policía en las dependencias judiciales para la práctica de un acto de volcado que había sido previamente autorizado por el Juez. Dudar de la integridad de ese documento por la falta de firma del Secretario ante el que se practica la diligencia carecería de sentido. A esa diligencia siguen otras muchas a lo largo de la instrucción, sin que nadie haya cuestionado —ni siquiera denunciado— la validez formal de ese acto procesal por la ausencia de firma del fedatario judicial ante el que se desarrolla. Pero aun en el caso en que se pretendiera extraer de esa falta de firma algún efecto en orden a la validez del acto, conviene recordar que la jurisprudencia de esta Sala no ha considerado que la práctica de las operaciones técnicas de volcado exija como presupuesto de validez la intervención del Secretario judicial.

(...)

C) El motivo también reprocha la ausencia del interesado y su Letrado en el acto del volcado, así como la falta de expresión de los instrumentos técnicos empleados por los agentes para hacer realidad ese volcado.

Ninguna de estas objeciones tiene alcance constitucional.

El acusado no estaba detenido, ni en el momento del registro que permitió la intervención de los ordenadores, ni cuando se verificó el volcado. La posibilidad de designar a un perito que esté presente en ese acto (art. 476 de la LECrim) forma parte de las facultades que le asisten en su calidad de imputado. Sin embargo, esa presencia no es presupuesto de validez del acto. Nada de ello se desprende de la literalidad de aquel precepto. Y, lo que es más importante, el acusado contaba con la posibilidad —formalmente ejercida en el plenario— de proponer su propio perito para cuestionar todos aquellos aspectos del volcado que considerara oportuno. Forma parte ya de la valoración probatoria atribuir al dictamen pericial elaborado por los agentes a partir del volcado, la virtualidad incriminatoria que la Audiencia le ha adjudicado.

Lo propio puede decirse respecto de la falta de mención de la metodología técnica que presidió el volcado. No se trató, en modo alguno, de un

volcado clandestino. Se verificó en dependencias judiciales, en presencia de la Secretaría judicial y pudo ser contradicho en el plenario mediante el interrogatorio de los agentes de policía que lo verificaron y con el dictamen del perito aportado por la propia defensa.

(...)

No se produjo, por tanto, ninguna de las infracciones constitucional denunciadas. De ahí que debamos desestimar los motivos decimocuarto, decimosexto, vigesimoprimer, decimoséptimo y decimonoveno.

Sentencia 301/2013, Sala Segunda del TS, de 18 de abril

Ponente: **Don Cándido Conde-Pumpido Tourón**

Resumen: **Intervenciones telefónicas. Diligencias indeterminadas**

Recurso de Casación: n.º 593/2012

Artículos: 18 y 24 CE, 11 LOPJ y 579 LECrim

Se recuerda la doctrina general sobre la intervención de las comunicaciones deteniéndose en particular en la incorrección de su adopción en «diligencias indeterminadas», defecto procesal que, como en el caso de autos, desemboca en la nulidad si tales diligencias indeterminadas no se transforman o incorporan de inmediato a unas diligencias previas, notificando la intervención al Ministerio Fiscal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Decimosexto.—Es cierto que una doctrina tradicional de esta Sala ha considerado que aunque la adopción de una intervención telefónica en diligencias indeterminadas constituye una grave irregularidad procesal, no necesariamente determina la nulidad de la medida (SSTS núm. 20/1996, de 28 de marzo, y núm. 467/1998, de 3 de abril, entre otras).

Esta Sala viene recordando reiteradamente a los Instructores, desde hace más de quince años, (STS núm. 273/1997, de 24 de febrero, entre otras), que lo ortodoxo es dictar el auto habilitante de la intervención en diligencias previas, al no estar previstas específicamente en nuestra Legislación las llamadas indeterminadas, y que, por ello, estas diligencias no constituyen un proceso legal hábil para adoptar una medida de esta naturaleza.

Es, por tanto, procesalmente incorrecto adoptar medidas tan relevantes para los derechos fundamentales como la intervención de comunicaciones en «diligencias indeterminadas», que

deben ser desterradas a estos efectos de la práctica judicial, aun cuando esta irregularidad, por sí sola, no necesariamente determina la nulidad de las intervenciones.

Asimismo el Tribunal Constitucional estimó inicialmente que el hecho de que la decisión judicial se lleve a cabo en las denominadas diligencias indeterminadas no implica, per se, la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, pues lo relevante a estos efectos es la posibilidad de control, tanto de un control inicial (ya que, aun cuando se practiquen en esta fase sin conocimiento del interesado, que no participa en ella, aquél ha de suplirse por la intervención del Ministerio Fiscal, garante de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos por lo dispuesto en el art. 124.1 CE), como de otro posterior (esto es, cuando se alza la medida, control por el propio interesado que ha de poder conocerla e impugnarla) (SSTC núm. 49/1999, de 5 de abril; 126/2000, de 16 de mayo).

Pero ha de tenerse en cuenta que el problema de las diligencias indeterminadas es, precisamente, que su incoación no se notifica necesariamente al

Ministerio Fiscal, a diferencia de las diligencias previas, lo que impide el ejercicio por éste de la relevante función de control que le corresponde desempeñar, y a la que específicamente se refiere el Tribunal Constitucional, por lo que en aquellos casos en que las diligencias indeterminadas no se transforman de inmediato en diligencias previas, o se incorporan a un proceso legal ya incoado, notificándose la intervención telefónica al Ministerio Público para posibilitar el eventual recurso y el control externo de la medida, y por el contrario se continúa practicando el desarrollo de la intervención en absoluto secreto, se está vulnerando el derecho constitucional y se impone necesariamente la nulidad de la prueba.

(...)

Decimoctavo.—En efecto estima el TC que no se quiebra la garantía constitucional cuando las diligencias indeterminadas se unen, sin solución de continuidad, al proceso incoado en averiguación del delito, satisfaciendo así las exigencias de control a través, obviamente, de la notificación al Ministerio Fiscal, que es preceptiva en la incoación de las diligencias previas, pero que no se realiza en las indeterminadas.

En definitiva, la doctrina del Tribunal Constitucional, en esta materia (STC 197/2009, de 28 de septiembre y STC 72/2010, de 18 de octubre, entre otras), se puede concretar:

1.º—El auto de intervención telefónica ha de ser dictado en un proceso, único cauce que permite hacer controlable, y con ello jurídicamente eficaz, la propia actuación judicial.

2.º—Las diligencias indeterminadas no constituyen en rigor un proceso legalmente existente.

3.º—La falta de notificación al Ministerio Fiscal de los Autos de intervención o prórroga, cuando no existe constancia de que efectivamente se produjera tal conocimiento, vulnera el art 18 3.º en la medida en que dicha ausencia impida el control inicial de la adopción, desarrollo y cese de la medida, en sustitución del interesado, por el garante de los derechos de los ciudadanos.

4.º—Esta vulneración constitucional no se produce cuando la medida se adopta en diligencias previas, pues con independencia de la notificación formal, el Ministerio Público está personado y tiene conocimiento de las actuaciones.

5.º—Pero si se produce la vulneración constitucional cuando la intervención se ha adoptado en diligencias indeterminadas, pues la incoación de estas diligencias no se ponen en conocimiento del Fiscal, por lo que la medida se acuerda, se ejecuta y se mantiene en un secreto constitucionalmente inaceptable, ya que no se realiza en el seno de un auténtico proceso que permita el control de su adopción, desarrollo y cese.

De todo ello se deriva, necesariamente, que, por imposibilidad de recurso y control externo, la adopción de una intervención telefónica en diligencias indeterminadas es inconstitucional, a no ser que de manera inmediata y previa al desarrollo o ejecución de la medida, se incorpore a unas diligencias previas o a otro proceso legalmente admitido, del que necesariamente se tiene que dar cuenta al Ministerio Público para posibilitar el recurso y el control.

La ejecución, desarrollo y cese de la intervención en diligencias indeterminadas, con absoluto secreto incluso para el Fiscal, determina en todo caso la nulidad de la prueba.

Decimonoveno.—En el caso actual, el análisis de las actuaciones permite comprobar: (...) que (...) la inserción de las intervenciones telefónicas en un procedimiento de diligencias indeterminadas no constituye una cuestión meramente procedimental, que podría resultar indiferente para la tutela efectiva del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, sino que por su duración y ejecución, con información de su resultado, ampliación a nuevos teléfonos y distintos titulares e incluso cese de alguna de las intervenciones iniciales, dentro de las propias diligencias indeterminadas y en absoluto secreto, incluso para el Fiscal, ha producido un efecto material negativo de indefensión que es el de impedir el control inicial de la adopción, desarrollo y cese de las intervenciones exigido por la doctrina del Tribunal Constitucional, que establece que al practicarse las intervenciones sin conocimiento de los interesados, este control ha de suplirse por el Ministerio Fiscal, garante de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos (art. 124.1 CE).

Procede, en consecuencia, la estimación de los motivos de recurso que interesan la nulidad de las intervenciones telefónicas por vulneración del derecho constitucional al secreto de las comunica-

ciones, apartando del acervo probatorio todas las diligencias probatorias que traigan causa, directa

o indirecta, conforme al art. 11 de la LOPJ, de las referidas intervenciones.

Sentencia 353/2013, Sala Segunda del TS, de 19 de abril

Ponente: **Don Alberto Jorge Barreiro**

Resumen: **Delito electoral**

Recurso de Casación: **n.º 1805/2012**

Artículos: **143 Ley Orgánica 5/1985, 19 junio, Régimen Electoral General y 14 Código Penal**

Delito electoral. Error de prohibición. Pese a que en un momento dado, la Presidenta abandona la mesa electoral, se entiende presente, dadas las particulares circunstancias del caso, un error de prohibición que excluye la culpabilidad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—1. La Sala de instancia, después de plasmar los hechos probados anteriormente referidos, expone como argumentos para dictar un fallo absolutorio que las pruebas testificales permiten concluir que en la situación de desconcierto generada ante el descuadre del recuento de los votos, la presidenta se alteró mucho y no supo qué hacer, entregando un sobre con documentación a un funcionario de Correos que allí había. Y matiza que si bien esa no era la manera adecuada de proceder, difícilmente puede reprochársele en vía penal su desacertado comportamiento, pues si algo resulta probado es que ni ella ni ninguno de los allí presentes sabía cómo actuar en tal situación. Hubo desacuerdo entre las vocales de la mesa, que, al parecer por indicación de persona no identificada de la Junta Electoral, pretendían continuar efectuando escrutinios sucesivos con el fin de cuadrar los resultados, y el criterio de la presidenta, que quería dar por finalizado dicho escrutinio y marcharse, vista la imposibilidad de solventar el problema suscitado. Pues, como señaló la interventora de CIU, no es nada habitual que en una mesa sobren 60 votos, lo que hacía imposible cuadrar el escrutinio por más recuentos que se hicieran.

Atendidas las anteriores circunstancias, concluye la Audiencia afirmando que, aun cuando la presidenta debió hacer valer su autoridad en la

mesa y formalizar su cierre cualquiera que fuere el resultado del escrutinio, haciendo constar las incidencias habidas, y solo tras ello abandonar el Colegio Electoral, su incumplimiento solo debe calificarse de «defectuoso o incluso negligente», ya que no concurre dato alguno que permita acreditar que obró siendo consciente de su indebido proceder, lo que impide el reproche penal de su conducta.

A tenor de lo que antecede, y en contra de lo que expresa el Ministerio Fiscal, sí argumenta la Sala de instancia las razones en las que apoya la absolució. Pues, aunque no utiliza la terminología técnica adecuada para fundamentar jurídicamente el fallo absolutorio, es claro que se está refiriendo en sus argumentos a un error de prohibición cuando dice que la acusada «no obró siendo consciente de su indebido proceder», circunstancia que señala el Tribunal de instancia como impedimento para acudir al reproche penal.

Según se especifica en la fundamentación de la sentencia, que, tal como señala el propio Ministerio Fiscal, complementa en este caso la premisa fáctica, en la mesa electoral se generó ya a última hora de la noche un problema grave con el escrutinio, cual era la imposibilidad de cuadrar un resultado groseramente discordante (sobraban 60 papeletas con arreglo a los votos que constaban emitidos). Ante esta situación, que se mantenía después del segundo recuento sin visos de solución, no había

una salida idónea, puesto que la repetición de escrutinios no parecía ser la solución, como se acabó finalmente constatando. En vista de lo cual, la acusada entendió que había que dar por finiquitado el recuento y cerrar la sesión extendiendo la correspondiente acta, criterio que, al parecer, no compartieron sus compañeros de mesa. Ante una discrepancia de tal naturaleza, aquella decidió entonces marcharse a su domicilio.

La Audiencia considera que esa reacción, después de cumplir la acusada durante todo el día y parte de la noche con sus deberes de ciudadana, no puede reprochársele en la vía penal, toda vez que no tenía conciencia de las consecuencias de su indebido proceder. Así pues, y aunque sin mucha precisión en su terminología jurídica, es claro que el Tribunal sentenciador nos viene a decir que la acusada no consideraba que estuviera incurriendo en un delito. En primer lugar, porque entendía que la opción jurídica correcta en ese momento era cerrar la sesión de escrutinio y levantar el acta con el resultado electoral por muy discordante que este fuera con arreglo a la lista de votantes. Y en segundo lugar, porque, una vez que ello no le fue admitido por sus compañeros de mesa, la Sala, después de escuchar a la acusada y a los testigos que depusieron en el plenario, estimó que la decisión de marcharse para casa después del desempeño de sus funciones durante casi toda la jornada electoral no la consideraba la acusada prohibida por una norma penal.

2. Sobre el error de prohibición tiene establecido esta Sala que constituye uno de los avances del Derecho Penal contemporáneo de los diferentes países el reconocimiento de la conciencia de la antijuridicidad como elemento de la culpabilidad, necesario pues para que una determinada conducta pueda considerarse merecedora de reproche penal. Si falta tal conciencia de antijuridicidad, bien directamente por la creencia de que el hecho no está legalmente castigado, error sobre la norma prohibitiva o imperativa (error directo de prohibición), bien indirectamente por estimarse que concurría una causa de justificación (error indirecto de prohibición o error de permisón), la doctrina penal entiende que no debe ser considerado el sujeto culpable del hecho, si el error es invencible, o que puede ser merecedor de una atenuación de la pena si se considera vencible (art. 14.3 C. Penal). El error de prohibición constituye el reverso de la

conciencia de la antijuridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad cuando el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho (SSTS 1141/1997, de 14— 11; 865/2005, de 24-6; 181/2007, de 7-3; y 753/2007, de 2-10).

En el caso concreto, la Audiencia, después de referir que la acusada no era consciente de su «indebido proceder», no entra a examinar si ese desconocimiento era evitable o era más bien inevitable. De todas formas, es claro que lo considera inevitable, dado que dicta un fallo absoluto, pero sin que entre a examinar la cuestión con razones específicas.

Acerca del error de prohibición en el ámbito de los delitos electorales, y en concreto en lo que concierne a su aplicación con respecto al art. 143 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, la jurisprudencia se muestra notablemente restrictiva, de modo que esta Sala no suele aplicarlo cuando es alegado como motivo de exclusión de la culpabilidad de un acusado. Ahora bien, tal criterio restrictivo se refiere a supuestos en que el imputado está citado como miembro integrante de una mesa electoral y no hace acto de presencia en la misma (SSTS 1301/1998, de 28-10; 1054/2004, de 4-10; 22/2007, de 22-1; 246/2007, de 15-3; 753/2007, de 2-10; y 27/2008, de 23-1).

Sin embargo, en el caso que ahora se juzga se dan unas circunstancias sustancialmente diferentes, toda vez que se trata de una persona que ha acudido a la mesa electoral y que ha desarrollado su función durante todo el día, e incluso ha estado presente en los dos primeros escrutinios. Solo ante la imposibilidad de cuadrar la lista de votantes con las papeletas emitidas, y dada la discordancia surgida con los integrantes de la mesa, decide abandonar el colegio electoral a última hora de la noche cuando no se aceptó su interpretación de la norma electoral para resolver la crisis generada sobre la forma y momento de finiquitar el recuento de votos.

Ante un supuesto de esa naturaleza y de tan singulares circunstancias, no parece que la Sala de instancia haya aplicado incorrectamente los criterios jurisprudenciales sobre el error de prohibición. Pero, es más, dado que en la concurrencia o no del error anida un aspecto psicológico que tiene también cierto componente fáctico al margen del

jurídico, parece claro que ha de ser el Tribunal de instancia el que aprecie las circunstancias específicas del caso concreto con arreglo a los principios de inmediación y de contradicción, y en aras también del derecho de defensa de la acusada. Sobre todo si se tienen en cuenta los criterios restrictivos que viene aplicando la jurisprudencia del TEDH en los últimos años en lo que respecta a la posibilidad de dictar sentencias absolutorias ex novo en la segunda instancia, jurisprudencia acogida también por el Tribunal Constitucional y por esta Sala, y en cuyo análisis no entramos por ser sobradamente conocida (SSTEDH 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero contra España; sentencia de 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras contra España; y la de 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris y Llop García contra España, entre otras; SSTC 167/2002, 170/2002, 3/2009, 16/2009, 21/2009, 118/2009, 120/2009, 184/2009, 2/2010, 127/2010, 45/2011, 46/2011, y 201/2012, entre otras; y SSTS 1215/2011, de 15 de noviembre, 1223/2011, de 18 de noviembre, 698/2011, de 22 de junio, 1423/2011, de 29 de diciembre, 164/2012, de 3-3, 325/2012, de 3 de mayo, y 757/2012, de 11 de octubre, entre otras).

Desde otra perspectiva, también ha de sopesarse que en el presente caso la acusada actuó partiendo de la premisa de que el conflicto surgido con motivo de la aplicación de la normativa electoral debido al notable descuadre en el recuento

de votos debía solucionarse sin acudir ya a más recuentos y haciéndolo constar en el acta. De modo que entendía que la opción jurídica correcta era la que ella postulaba y que por tanto era esa la que debían adoptar. De modo que entendía que su posición era legítima en el ámbito estrictamente electoral. A lo que ha de sumarse el dato relevante de que había cumplimentado durante toda la jornada sus obligaciones como miembro de la mesa electoral.

Ello tenía una doble consecuencia. En primer lugar, que el ilícito consistente en el retiro a su domicilio a última hora de la noche presentaba objetivamente contemplado un grado de incumplimiento atenuado. Y en segundo lugar, que, observado desde una perspectiva subjetiva, lo entendió la acusada ajeno a una sanción penal.

Por consiguiente, no se considera que la Sala de instancia haya inaplicado erróneamente el art. 143 del C. Penal, una vez que ponderó que concurrían unas circunstancias específicas en el caso que impedían apreciar la culpabilidad de la acusada de acuerdo con las pautas relativas al error de prohibición, que no cita expresamente, pero con las que sin duda opera en el supuesto enjuiciado.

No procede, pues, anular el fallo absolutorio recurrido, lo que conlleva la desestimación del recurso, con declaración de oficio de las costas de esta instancia (art. 901 LECr.).

Sentencia 313/2013, Sala Segunda del TS, de 23 de abril

Ponente: **Don Cándido Conde-Pumpido Tourón**

Resumen: **Rectificación de errores. Reincidencia**

Recurso de Casación: **n.º 1626/2012**

Artículos: **267 LOPJ, 22 Código Penal y 849 LECrim**

Imposibilidad de considerar error manifiesto la consignación en el relato fáctico de la sentencia de que no constan antecedentes penales a efectos de reincidencia; se trataría en todo caso de un error material que hubiera exigido acudir en su momento al procedimiento ordinario para la corrección de errores (art. 267 2.º LOPJ), sin que sea la casación momento procesal, ni trámite adecuado para tal corrección en perjuicio del reo, salvo por la vía del 849 2.º Lecrim.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Con carácter previo pone de relieve el Fiscal dos supuestos errores materiales de la sentencia de instancia, la identificación del condenado con un nombre erróneo (Gines) en el relato fáctico y la expresión en los hechos probados de que el acusado carece de antecedentes penales.

Por lo que se refiere al primero su condición de error material manifiesto es evidente, pues el nombre del acusado es Feliciano, persona perfectamente identificada contra la que se dirige la causa, contra la que se formula la acusación y que es quien se ha constituido en esta instancia como recurrente. Dado que, conforme al art 267 3.º de la LOPJ, los errores materiales manifiestos en que incurran las resoluciones judiciales podrán ser rectificados en cualquier momento, y que la defensa asume que se trata de un simple error, procede darlo por rectificado haciendo constar en el relato fáctico de la segunda sentencia que el nombre del acusado es Feliciano, tal y como figura en el encabezamiento y en el fallo de la sentencia recurrida, y también en su propio escrito de recurso.

Por lo que se refiere a la expresión en el relato fáctico de que no constan antecedentes penales del acusado a efectos de reincidencia, no puede ser calificada de la misma forma como error manifiesto, pues constituye una declaración del Tribunal como hecho probado que tiene una indudable repercusión a los efectos del fallo, y que adquiere especial relevancia en la resolución del recurso, pues uno de los motivos del recurso casacional interpuesto por la representación del condenado recurrente, por infracción de ley, impugna precisamente la concurrencia de la agravante de reincidencia, para lo que resulta determinante el contenido exacto del relato fáctico, que debe ser respetado en un motivo de recurso formulado por este cauce.

Si el Ministerio Público consideraba que ese apartado del relato fáctico, de especial importancia para el fallo, respondía a un error material, debió acudir al procedimiento ordinario prevenido para la corrección de errores, y conforme al apartado segundo del artículo 267 de la LOPJ, solicitar la

corrección al propio Tribunal sentenciador, dentro de los dos días hábiles siguientes a la publicación de la resolución. Transcurrido dicho plazo, no es este el momento procesal, ni el órgano jurisdiccional, ni el trámite adecuado, para corregir supuestos errores fácticos de la sentencia impugnada en perjuicio del reo, salvo por la vía del 849 2.º Lecrim.

(...)

Sexto.—En el tercer motivo de recurso, el recurrente alega, al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, infracción de ley por aplicación indebida del artículo 22 8.º del Código Penal. Considera el recurrente que se ha aplicado la agravante de reincidencia cuando el hecho probado declara que no consta que el acusado tenga antecedentes penales a efectos de reincidencia. Considera que el respeto y la intangibilidad de los hechos probados imponen que el motivo prospere.

La jurisprudencia es clara al establecer que los elementos fácticos que sustentan la aplicación de una agravante de reincidencia deben constar en el factum, y si no constan esos datos no puede constatarse si, aun cuando hubiese alguna sentencia condenatoria, la pena podría estar cancelada o rehabilitada.

El motivo debe ser estimado.

(...)

Séptimo.—En el caso actual no constan en el «factum» los referidos requisitos, por lo que no puede aplicarse la agravante de reincidencia.

Es más, en el relato fáctico se declara expresamente que no consta que el acusado tenga antecedentes penales a efectos de reincidencia. Estima el Ministerio Fiscal que se trata de un error material como se deduce del fundamento jurídico quinto de la sentencia, que se refiere a una condena firme de 9 de diciembre de 2004, y que el propio acusado reconoció que tenía antecedentes en su declaración ante el Juzgado obrante en las actuaciones, pero lo cierto es que, si se trataba de un error material, debió solicitarse su subsanación en tiempo y forma ante el Tribunal sentenciador, siendo necesario en este trámite respetar los hechos probados, y en cualquier caso no constan en el relato

factico los datos mínimos para la aplicación de la agravante, conforme a la doctrina jurisprudencial anteriormente expresada.

Aun cuando se aceptase la existencia de la condena a la que se refiere la fundamentación jurídica, no constan en el factum los elementos fácticos imprescindibles para poder constatar si

los antecedentes son computables, pues no consta si están cancelados o hubieran podido estarlo (art. 22.8 CP).

Procede, en consecuencia, la estimación parcial del recurso dictando segunda sentencia en la que se excluya la aplicación de la agravante de reincidencia, con declaración de las costas de oficio.

Sentencia 345/2013, Sala Segunda del TS, de 24 de abril

Ponente: **Don Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

Resumen: **Proposición de prueba en el proceso ordinario**

Procedimiento abreviado: **n.º 11199/2012**

Artículos: **45 LOTJ, 626, 659, 728 y 786 LECrim**

Proposición de prueba: se resume la doctrina jurisprudencial favorable a una interpretación flexible de las normas procesales que extiendan al proceso ordinario la solución prevista para el abreviado y el proceso con jurado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) 1. Las reglas que regulan la tramitación procesal se orientan, entre otros fines, a garantizar un ordenado desarrollo del proceso, pero han de interpretarse de acuerdo con los principios que lo rigen. En el proceso penal, en ese sentido, y ya en la llamada fase intermedia y en la de juicio oral, son decisivos, entre otros, la búsqueda de la verdad material y los principios de contradicción e igualdad de armas y de proscripción de la indefensión, teniendo en cuenta que ésta «... es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales. Por otro lado, para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el art. 24 CE, se requiere que los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado en el proceso el derecho

de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones, esto es, que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional» (STC n.º 62/2009, F 4).

La literalidad de las normas que regulan la proposición de prueba en el procedimiento ordinario de la LECrim, (especialmente, artículos 656, 659 y 728), permitirían afirmar, provisionalmente, que el único momento hábil para proponer pruebas es el correspondiente a la presentación del escrito de conclusiones provisionales. La rigidez de esta conclusión se ha visto atenuada por las sucesivas regulaciones procesales, que admitieron la proposición de nuevas pruebas al inicio de las sesiones del juicio oral, en el curso de la audiencia preliminar contemplada en el actual artículo 786.2 de la LECrim, para practicarse en el acto. De la misma forma, el artículo 45 de la LOTJ permite la proposición de nuevas pruebas al inicio del juicio oral, también siempre que puedan practicarse en el acto.

Estas previsiones se ampliaron jurisprudencialmente admitiendo la propuesta de nuevas pruebas con anterioridad a ese momento, por razones de mera lógica. Pues admitida la posibilidad de su pro-

puesta en la audiencia preliminar, nada debe impedir que se haga con anterioridad a la misma, en tanto que ello supone facilitar el conocimiento de las otras partes y en definitiva, de la tramitación. Siempre que se respeten los principios de contradicción, igualdad de armas e interdicción de la indefensión.

Teniendo en cuenta la importancia que se reconoce en el proceso penal a la búsqueda de la verdad material como objetivo irrenunciable, la jurisprudencia ha extendido esa posibilidad excepcionalmente al procedimiento ordinario, si bien exigiendo que, al igual que ocurre en el abreviado o en el procedimiento ante el tribunal del jurado, existan razones justificadas, no se trate de un fraude procesal, y se respeten los principios de contradicción e igualdad de partes, evitando en todo caso la indefensión. En definitiva, se ha optado por una interpretación flexible de las normas procesales que, garantizando el respeto por los principios y las reglas esenciales del proceso y por los derechos de las partes, contribuya, al mismo tiempo, a un mayor esclarecimiento de los hechos, superando un entendimiento rígido de los formalismos que pudiera resultar injustificado.

Esta es la línea seguida en la STS n.º 1060/2006, en la que «... se resolvía una queja del recurrente por el hecho de que, «tras la conclusión del Sumario y calificación provisional de la acusación pública y las defensas, y tras el dictado del auto de 11 de noviembre de 2004 por el que la Sala resolvió sobre las pruebas interesadas por las partes, el Ministerio Fiscal en un nuevo escrito de 7 de enero de 2005 solicitó una adición de nuevas pruebas cuando ya había precluido el correspondiente momento procesal».

Este Tribunal afirmó entonces que «... hay que declarar expresamente la posibilidad de presentar petición adicional de prueba con posterioridad al escrito de calificación provisional siempre que: a) Esté justificada de forma razonada. b) No suponga un fraude procesal y c) No constituya un obstáculo a los principios de contradicción e igualdad en garantía de la interdicción de toda indefensión», teniendo en cuenta expresamente que la defensa había tenido conocimiento temporáneamente de las nuevas pruebas y pudo proponer otras para contradecir la ampliada.

Esta orientación jurisprudencial ha sido seguida con posterioridad por otras sentencias de

esta Sala, entre ellas, con cita de la anterior, la STS n.º 94/2007, la 1287/2007 y la STS n.º 872/2008, aplicándola no solo a supuestos de nuevos datos probatorios desconocidos al proponer la prueba, sino también a supuestos de error u omisión (STS n.º 872/2008), por lo que puede considerarse doctrina consolidada.

Esta interpretación de la ley procesal ha sido considerada conforme a la Constitución por el Tribunal Constitucional en la STC n.º 12/2011, F 5, en la que se dice que «... el Tribunal Supremo, máximo intérprete de la legalidad ordinaria en el ejercicio de su función jurisdiccional (art. 123.1 CE), se ha pronunciado sobre la cuestión concernida en una interpretación de la legalidad que no cabe tachar de manifiestamente arbitraria o claramente errónea, ni tampoco considerar lesiva de los derechos fundamentales invocados. La traslación al procedimiento ordinario de la posibilidad de proponer prueba hasta el inicio del plenario viene argumentada por la Sala Segunda en virtud de diversas razones. La primera porque, en virtud del principio de unidad del ordenamiento jurídico, resultaría un contrasentido que lo que la Ley permite en un tipo de procesos en aras de potenciar la concentración, la oralidad y, en suma, un incremento de garantías, no pueda extenderse al procedimiento ordinario, cuya regulación en este aspecto no ha variado desde la promulgación de la Ley en 1882. La segunda, porque tal interpretación abona una mayor realización del mandato constitucional previsto en el art. 120 CE acerca del carácter predominantemente oral de los procedimientos, sobre todo en materia criminal. Y la tercera, porque ese proceder exegético ha sido expresamente admitido por la jurisprudencia de la Sala Segunda en otras resoluciones».

2. En el caso, la cuestión ha sido resuelta expresamente en el fundamento jurídico primero de la sentencia de instancia. Del contenido del mismo resulta, en primer lugar, que es razonablemente posible que la omisión de la prueba que ahora se proponía estuviera debida a un mero error de transcripción, dado que en el escrito no constaba prueba testifical, a pesar de que, tal como luego resultó, existían numerosos testigos relevantes para el enjuiciamiento; en segundo lugar, que de la petición del Ministerio Fiscal modificando la prueba propuesta inicialmente

para el juicio oral se dio traslado a la defensa que, por lo tanto, tuvo en todo momento la oportunidad de proponer nueva prueba para contradecir la que proponía la acusación, o la que de ésta fuera admitida. En tercer lugar que contra el auto de admisión de la nueva prueba, debidamente notificado, interpuso recurso de súplica que fue desestimado, por lo que existió contradicción sobre el particular. Y, en cuarto lugar, que la prueba nueva o ampliada no era sorpresiva, pues no era distinta de la ya practicada en la fase de instrucción; es decir, se trataba de testigos que ya habían declarado ante el juez de instrucción con intervención de las representaciones procesales de los acusados ahora recurrentes.

(...)

De ello se deduce que no se ha infringido la normativa procesal al existir razones para actuar

como se actuó, y que no se ha causado indefensión alguna, (de otro lado, no concretada en el motivo), principalmente por el temporáneo conocimiento que tuvo la defensa de las nuevas pruebas de la acusación, pudiendo reaccionar no solo interponiendo recurso contra la resolución judicial, sino, en su caso, proponiendo nuevas pruebas relacionadas con la ya admitida.

Por otra parte, la interpretación realizada por la Audiencia de los preceptos procesales aplicables ha seguido las directrices establecidas por la doctrina consolidada de esta Sala sobre el particular, que ha sido considerada conforme a la Constitución por el Tribunal Constitucional.

En consecuencia, no se aprecia una vulneración del derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías, por lo que el motivo se desestima.

Sentencia 331/2013, Sala Segunda del TS, de 25 de abril

Ponente: **Don Cándido Conde-Pumpido Tourón**

Resumen: **Falsedad documental**

Recurso de Casación: **n.º 1512/2012**

Artículos: **390 Código Penal**

Falsedad documental. Se expone claramente la doctrina jurisprudencial relativa a la (excepcional) punibilidad de las falsedades ideológicas cuando sean reconducibles al número 2.º del artículo 390 CP.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Décimo.—Con respecto a la modalidad delictiva del apartado 2.º del art. 390.1 del C.P. vigente (simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad), ha afirmado esta Sala que resulta razonable incardinar en ese precepto aquellos supuestos en que la falsedad no se refiere exclusivamente a alteraciones de la verdad de algunos de los extremos consignados en el documento, sino al documento en sí mismo, en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico una relación o situación jurídica inexistente.

A tenor de lo cual, debe considerarse delictiva la confección de un documento que recoja un acto inexistente, con relevancia jurídica para terceros e induciendo a error sobre su autenticidad, interpretada en sentido amplio (STS 278/2010, de 15 de marzo).

El Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.ª del TS de 26 de febrero de 1999 se pronunció por mayoría a favor de esta tesis, es decir, a favor de incriminar como falsedad ideológica la creación de documentos falsos en su contenido, al reflejar una operación inveraz por inexistente, aunque no concurrieran falsedades materiales en el documento emitido.

A partir de ese Pleno no jurisdiccional han abundado las sentencias en la línea de que en el art. 390.1.2.º se incluyen falsedades que no tiene carácter material y pueden ser calificadas de ideológicas: SSTS núm. 817/1999, de 14 de diciembre; 1282/2000, de 25 de septiembre; 1649/2000, de 28 de octubre; 1937/2001, de 26 de octubre; 704/2002, de 22 de abril; 514/2002, de 29 de mayo; 1302/2002, de 11 de julio; 1536/2002, de 26 de septiembre y 325/2004, de 11 de marzo, entre otras.

Undécimo.—En toda esta jurisprudencia se sienta como línea interpretativa mayoritaria, tal como se sintetiza en la STS de 29 de enero de 2003 (núm. 1954/2002), y se reitera más recientemente en la de 1 de junio de 2011, el criterio de que:

«En términos generales, un documento es verdadero cuando su contenido concuerda con la realidad que materializa. Y es genuino cuando procede íntegramente de la persona que figura como su autor. Pero no debe confundirse el documento «genuino» con el documento «auténtico», pues el término autenticidad tiene en nuestro lenguaje un significado más amplio y profundo que el mero dato de la procedencia o autoría material. Un documento simulado no es considerado en el lenguaje ordinario ni en el ámbito jurídico como «auténtico» por el mero hecho de que la persona que aparece suscribiéndolo coincida con su autor material».

Auténtico, según el diccionario de la Lengua Española en su primera acepción, significa «acreditado de cierto y positivo por los caracteres, requisitos o circunstancias que en ello concurren», por lo que constituye un término que se vincula también con la veracidad (cierto), mientras que «genuino «significa «puro, propio, natural, legítimo», sin especial vinculación con la veracidad y sí con la procedencia («propio» de quien lo emite).

En este sentido constituye el entendimiento natural del término estimar que es inauténtico lo que carece absolutamente de verdad. En definitiva, se acoge un criterio lato de autenticidad por estimar que es el que refleja más claramente el sentido y finalidad de la norma así como el entendimiento usual del término en nuestro idioma. También se toma en consideración el bien jurídico protegido, ya que estos delitos tutelan la propia funcionalidad

social del documento, que va más allá de su consideración procesal como medio de prueba, resultando relevante para el cumplimiento de esta función la fiabilidad de su objeto y no solamente la de su autoría.

Por otra parte, es la interpretación que permite dotar de contenido incriminatorio propio a esta modalidad falsaria del número segundo del art. 390.1, pues de otro modo habría que calificarla como un mero error del Legislador, ya que la tesis restrictiva únicamente incluye en esta modalidad las falsedades ya penadas en el número tercero.

Los Tribunales de Justicia, vinculados por el principio de legalidad, deben evitar una interpretación que conduzca directamente al absurdo, e interpretar las normas de acuerdo con su finalidad esencial, que es la de producir efectos jurídicos propios.

Por ello —acaba afirmando la sentencia de 29 de enero de 2003, y reitera la de 12 de abril de 2012,— en la opción entre una interpretación reductora, basada en otorgar a un término legal un significado que no se corresponde con el lenguaje usual, y que produce como consecuencia la privación a la norma de cualquier funcionalidad y utilidad, y otra interpretación más lata, que es la conforme a la interpretación usual de los términos empleados por el Legislador, y que además es la que le otorga sentido y efectividad al precepto, hemos de inclinarnos por esta última. Y ello porque ha de estimarse que el Legislador, que únicamente ha dejado vigentes tres modalidades de falsedad para los delitos cometidos por particulares, no iba a tipificar una modalidad desprovista de todo contenido».

Decimosegundo.—Además, como recuerdan las mismas sentencias de 29 de enero de 2003 (núm. 1954/2002) y 12 de abril de 2012 (núm. 309/2012) el Tribunal Constitucional, en su jurisprudencia sobre el caso Filesa, admite expresamente la constitucionalidad de esta interpretación lata del concepto de autenticidad en la aplicación de la modalidad falsaria de la simulación documental, al señalar que debe admitirse que también puede emplearse el término autenticidad en un sentido lato, en el que puede decirse (y se ha dicho muchas veces en la praxis penal y, en concreto, en aplicación de los tipos de falsedad, como ponen de manifiesto tanto la Sentencia como las alegaciones

del Ministerio Fiscal y del Abogado del Estado) que es inauténtico lo que carece absolutamente de verdad (STC 123/2001, de 4 de junio).

Decimotercero.—En las sentencias más recientes dictadas sobre esta conflictiva cuestión se ha consolidado el criterio de que las llamadas falsedades ideológicas siguen siendo penadas, si bien con un carácter más restrictivo, en el actual texto penal.

Y así, en la STS 692/2008, de noviembre, se establece que no cabe confundir lo que es una simple alteración de la verdad en un documento existente o que responde a una operación real cuyos datos se falsean, con la simulación consistente en la completa creación «ex novo» de un documento con datos inveraces y relativos a un negocio o a una realidad inexistente que se pretende simular, pues verdaderamente no existe en modo alguno. En otras palabras, una cosa es que la mentira sea el documento inauténtico y otra muy distinta que la mentira sea lo declarado en un documento auténtico.

La STS 894/2008, de 17 de diciembre, señala que la función probatoria, perpetuadora y garantizadora se han visto afectadas en cuanto se simula unos documentos mercantiles que nunca han existido y ya no se trata de que en las declaraciones que se contienen en los citados documentos se haya faltado a la verdad, se trata sencillamente de que tales declaraciones jamás se han producido.

En la misma línea que las anteriores (con cita de los precedentes establecidos en las SSTS

1302/2002, de 11 de julio; 1212/2004, de 28 de octubre; núm. 1345/2005, de 14 de octubre; 37/2006, 25 de enero; y 298/2006, de 8 de marzo), la STS 324/2009 argumenta que la confección completa de un documento mendaz que induzca a error sobre su autenticidad e incorpore toda una secuencia simulada e inveraz de afirmaciones con trascendencia jurídica, a modo de completa simulación del documento, que no tiene ni puede tener sustrato alguno en la realidad, elaborado con dolo falsario, debe ser considerada la falsedad que se disciplina en el artículo 390.1.2.º del C. Penal, de modo que, según la doctrina de esta Sala, constituye falsedad la simulación consistente en la completa creación «ex novo» de un documento con datos inveraces y relativos a un negocio o a una realidad cuya existencia se pretende simular pues, verdaderamente, no existe en modo alguno.

Finalmente, en la misma línea expresada se pronuncian las sentencias 784/2009, de 14 de julio; 278/2010, de 15 de marzo; 1064/2010, de 21 de octubre y 1100/2011, de 27 de octubre. En todas ellas se subraya que el apartado segundo del art. 390.1 comprende aquellos supuestos en que la falsedad no se refiera exclusivamente a alteraciones de la verdad en algunos de los extremos consignados en el documento, que constituirían la modalidad despenalizada para los particulares de faltar a la verdad en la narración de los hechos, sino al documento en sí mismo en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídica absolutamente inexistente.

Sentencia 398/2013, Sala Segunda del TS, de 26 de abril

Ponente: **Don Julián Sánchez Melgar**

Resumen: **Concurso de delitos**

Recurso de Casación: **n.º 11087/2012**

Artículos: **16, 62, 73, 77, 101, 139 y 351 Código Penal**

Concurso de delitos. En un supuesto de tentativa de asesinato y delito de incendio, cometido por un inimputable, se discute, a los efectos de la fijación del límite máximo de la medida de internamiento, la separación entre concurso ideal y real, con un criterio (más que discutible) que atiende no a la unidad de acción, sino a la pluralidad de resultados.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—El segundo motivo casacional, formalizado por idéntica vía impugnativa que el anterior, denuncia la indebida aplicación del art. 351, inciso segundo, del Código Penal, y reclama la aplicación del art. 77 del Código Penal, censurando la incidencia del art. 73, lo que puede traducirse, en otras palabras, que el recurrente considera que los hechos derivados del incendio intencionado producido por el agente para atentar contra la vida de la víctima (mujer conviviente con aquél) han de ser conceptuados como un concurso ideal pluriofensivo, esto es, cuando un solo hecho constituye dos o más infracciones penales.

En realidad, con este planteamiento interesa rebajar el tiempo de imposición de la medida de seguridad de los quince años que resultan de la sentencia recurrida a un máximo de diez años (menos un día), consecuencia de la aplicación del art. 77 en relación con el art. 138, y la rebaja en un grado del delito de homicidio en función del desarrollo ejecutivo alcanzado con su acción, que permite llegar a su máximo en abstracto (art. 62, y acuerdo plenario anteriormente citado).

Pero la viabilidad del motivo requiere el expreso aquietamiento con la resultancia fáctica de la sentencia recurrida. Y en los hechos probados se relata que cuando la víctima se encontraba en la cama, el acusado, con ánimo de acabar contra su vida, arrojó una sustancia volátil acelerante de la combustión y seguidamente le prendió fuego, cerrando la puerta de la habitación, que quedó atrancada, de manera que impedía la salida de Rocío de tal lugar, ocasionando un incendio de riesgo bajo para los vecinos del inmueble o para los viandantes. Al llegar los agentes de la policía local, Casimiro, que se negaba a salir, gritaba: «aquí no entra nadie, es mi casa», o «aquí morimos todos», o «aquí morimos mi mujer y yo».

Los hechos se descomponen en dos: por un lado, una acción de prender fuego al colchón en donde descansaba Rocío, con intención de acabar con su vida, y por otro lado, una acción de impedir que saliera de la habitación, una vez detectado el incendio, cerrando la puerta de la habitación de

forma que quedara ésta atrancada, impidiéndole la salida, facilitando, en consecuencia, el homicidio.

La relación entre tales dos acciones puede ser calificada en concurso real o ideal, y este es el núcleo de esta censura casacional.

El concurso ideal, es una construcción delictiva que agrupa varias infracciones, bien porque para ejecutar el resultado que busca el autor se haya hecho precisa otra conculcación criminal, con objeto de servir de medio para su comisión, o bien cuando una sola acción infringe varios tipos penales. En consecuencia, es de dos clases: el medial o instrumental y el pluriofensivo. El primero está constituido cuando un delito sea medio necesario para cometer otro; el pluriofensivo, cuando una misma acción sea constitutiva de dos, o más, delitos.

En el concurso ideal pluriofensivo toda la problemática radica en distinguir entre la unidad o pluralidad de acciones que ocasiona la infracción.

En la jurisprudencia ha tenido mucho predicamento lo que se denomina concepto natural de acción; tal concepto, al apegarse demasiado a la realidad natural de las acciones humanas, puede desenfocar en algunos casos el problema, y a veces se llega a resultados no demasiado congruentes con la proporcionalidad del hecho y su consecuencia jurídica. Para evitar tal resultado, que iguala a quien falsifica un documento con el que lo hace, pongamos por caso, con todo un expediente (conjunto de escritos entrelazados entre sí), se ha acudido también a un concepto normativo de acción. Dicho concepto normativo (de la acción típica) atiende sustancialmente al precepto infringido y al bien jurídico protegido, de modo que la acción se consuma cuando el agente actúa, y con tal actuar, se ocasiona el resultado previsto por la norma, cualquiera que sean los hechos naturales (únicos o plurales) que se produzcan en el mundo real (véase la STS de 9 de mayo de 2006).

Se ha dicho, para justificar esta teoría, que una sola acción natural, como lo es un disparo, realizado por quien conoce la potencia mortífera del arma que utiliza y que es capaz de atravesar a dos personas a la vez (que se encuentran una junto a la otra), y que produce la muerte de las dos, mediante

la aplicación del concepto normativo de acción, la calificación jurídica resultante es la comisión de dos delitos (es decir, una acción natural, se convierte en dos acciones típicas: dos homicidios o asesinatos); por el contrario, diversas acciones o actos plurales (como una gran cantidad de golpes de todas clases —una paliza— contra una persona), constituyen un solo delito de lesiones (aquí, sin embargo, diversas acciones naturales, producen una sola acción típica).

En otras ocasiones, el punto de vista debe condicionarse a la teoría de la acción o la de la pena. De nuevo, tanto las aportaciones del concepto natural de la acción, como del concepto normativo de la misma, nos llevan a consecuencias diversas. Históricamente, para los causalistas, habrá tantas acciones cuantos resultados se produzcan; los finalistas, en cambio, ponen el acento en la acción, de manera que argumentan que lo que se castigan son las acciones (humanas), no los resultados, y en consecuencia, habrá tantos delitos como acciones se constaten.

La jurisprudencia ha evolucionado hacia un concepto normativo de acción, y en consecuencia entiende que la causación de dos (o más) resultados han de ser sancionados como dos acciones diversas, sancionándose como dos delitos, y esta es la posición actual. Por ejemplo, una misma bomba causante de diversas muertes, origina diversos delitos causales, como es el caso resuelto en la denominada Sentencia del 11-M (STS 50372008, de 17 de julio).

No siempre se adoptó este punto de vista. Así, la Sala consideró en el caso de una misma acción dolosa que produjo dos muertes que «cuando un solo hecho constituye dos o más delitos como sucede en el presente caso, no deben pensarse éstos separadamente» —Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1872—. La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1909, estableció que no se debían penar separadamente los delitos de asesinato y aborto, por los que se había condenado a la procesada «por haberse realizado en un solo acto los expresados delitos». Dicho de otra manera, la antigua jurisprudencia de esta Sala atendió a idénticos criterios en los delitos dolosos y en los culposos. Por el contrario, en la jurisprudencia más moderna, los precedentes no se han apartado nunca categóricamente del criterio de la

unidad o pluralidad de acciones. En algunos de estos precedentes —Sentencia del TS de 17 de junio de 1988— se hace referencia a las «acciones perfectamente diferenciadas», sobre todo cuando se trata de acciones correspondientes a delitos en los que prácticamente no existe una distinción entre el comportamiento y sus efectos (quebrantamiento de condena, robo, depósito de armas y hurto de vehículo en la mencionada sentencia). En otros precedentes, referidos a delitos con resultado material claramente diferenciable de la acción, la Sala pareciera adoptar otro criterio, pues se sostiene que lo determinante es la variedad de los sujetos pasivos sobre los que recaen los efectos de la acción —Sentencia del TS de 20 de diciembre de 1988—. Consecuentemente, la Sentencia de 29 de abril de 1981, entiende que la unidad de sujeto pasivo de varias lesiones se debe considerar como un solo hecho (en igual sentido la antigua Sentencia de 16 de noviembre de 1889). Este criterio, sin embargo, no contradice, en principio, la tesis de la unidad o pluralidad de acciones como fundamento del concurso de delitos, dado que aplicado —sobre todo— al delito de violación, no hace otra cosa que tomar en cuenta la reiteración del ataque a una diversidad de sujetos atacados, para deducir de ello la existencia de otras tantas decisiones independientes del autor de realizar el tipo penal. Dicho de otra manera: la renovación del ataque ante sujetos diferentes demuestra una pluralidad de acciones naturales. En otras ocasiones, la jurisprudencia ha hecho referencia a los bienes jurídicos protegidos. Así, por ejemplo lo sugiere la Sentencia del TS de 14 de marzo de 1988, en la que se sostiene, sin mencionar la independencia de las acciones ejecutadas por el autor, que la acción de presentar juntamente al cobro dos talones en los que previamente se falsificó la firma del titular «incide en el delito de falsificación de documentos mercantiles por un lado y en el de estafa por otro en cuanto cada uno ofende bienes jurídicos distintos». Este criterio ha sido también frecuentemente utilizado por la Sala, pero para excluir al concurso de normas (o aparente) entre el art. 344 del Código Penal de 1973 y los delitos de contrabando.

De modo que como se lee igualmente en la STS de 23 de abril de 1992, el criterio de la unidad y pluralidad de acciones, se ratificó en la Sentencia de 15 de marzo de 1988, en la que la Sala recurrió expresamente al criterio de la unidad de

acción afirmando que «la base estructural del concurso ideal radica en la unidad de acción, pese a su proyección plural en el área de la tipicidad penal. Si se acusa la presencia de dos o más acciones, constitutiva cada una de un delito (...) se trata de una modalidad o subforma de concurso real» (...). La pena se dirige contra la acción y no contra el resultado. La norma sólo puede ser vulnerada por la acción y, consecuentemente, no se justifica en modo alguno que en los delitos dolosos se considere que la unidad o pluralidad de hechos depende de los resultados producidos, pues «el delito —decía ya en los primeros años de este siglo quien puede ser considerado uno de los padres de la dogmática penal moderna— es acción, es decir, una modificación en el mundo exterior reconducible a un querer humano». Es indudable que si sólo las acciones pueden infringir una norma, el número de infracciones de la norma dependerá del número de acciones. El punto de vista contrario, defendido ocasionalmente en el siglo XIX, antes de 1880, bajo el influjo acentuado del principio de causalidad, se fundamentaba en la concepción del delito como causalidad: la acción, se decía aisladamente,

es causalidad, varios resultados requieren plurales causalidades, por lo tanto, existen varias acciones cuando se dan varios resultados. Tal criterio no mereció aprobación de parte de la teoría.

La STS 861/1997, de 11 de junio reitera este punto de vista.

Consecuentemente, en el caso enjuiciado, no estamos en presencia de una sola acción —en sentido jurídico— que produce varios resultados, sino dos acciones diversas que ocasionan un concurso real de delitos como acertadamente fue calificado por la Audiencia de instancia y claro es que la primera acción no era medio necesario para la segunda. Por un lado, el hecho de prender fuego al colchón es ya constitutivo de un delito de incendio, la acción de atrancar la puerta para impedir la salida a la víctima, y asegurar la muerte de ésta, entra en el estadio de un delito de homicidio, que en el caso se frustró ante la presencia de la policía y los gritos de los vecinos. La conclusión aplicativa de un concurso real de delitos no ha infringido la ley penal.

El motivo no puede prosperar.

Sentencia 304/2013, Sala Segunda del TS, de 26 de abril

Ponente: **Don Carlos Granados Pérez**

Resumen: **Dispensa de la obligación de declarar**

Recurso de Casación: **n.º 1462/2012**

Artículo: **416 LECrim**

Se aplica el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 24.04.2013 que exceptúa de la dispensa de la obligación de declarar los supuestos, como el examinado, en que los hechos se produjeron con posterioridad al cese definitivo de la relación de pareja.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) En el primer motivo parece invocarse, al mencionarse el artículo 24 de la Constitución, que el Tribunal de instancia habría podido vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías al alegarse que la denunciante quiso acogerse al derecho a no declarar no obstante lo cual fue compelida, se dice indebidamente, a

hacerlo, lo que provocó, a juicio del recurrente, que su declaración estuviera viciada y que ello dio lugar a la nulidad de actuaciones.

Examinado el acta del juicio oral puede comprobarse que el Presidente exigió a la testigo y víctima de los hechos enjuiciados que declarase ya que no estaba dispensada para hacerlo en cuanto estaba rota la relación de pareja que mantenía con

el acusado y además los hechos enjuiciados igualmente se habían producido cuando esa relación ya no existía.

Esta Sala se ha pronunciado en varias sentencias sobre el alcance de la dispensa a la obligación de declarar prevista en el artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando se trate de parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261 (los que no están obligados a denunciar). Al existir sentencias con distintos alcance interpretativo del artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el fin de lograr la debida unificación en la interpretación de las normas legales, la cuestión fue sometida a un pleno no jurisdiccional que tuvo lugar el día 24 de abril de 2013, en el que se examinó la exención de la obligación de declarar prevista en el artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y tras el debate correspondiente se tomó, por mayoría, el siguiente acuerdo:

«La exención de la obligación de declarar prevista en el artículo 416.1 de la Ley de Enjuicia-

miento Criminal alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan: a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto; b) supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso».

Los hechos enjuiciados imputados al acusado Jose Antonio consistieron en el incumplimiento de las medidas de prohibición de aproximación y comunicación con quien había sido años atrás su pareja sentimental, por lo que se le acusaba de delito de quebrantamiento de condena, estando ya ejecutoriamente condenado por hechos similares acaecidos con anterioridad, y todo ello pone en evidencia que ya había cesado, años atrás, la relación de pareja cuando se produjeron los hechos ahora enjuiciados, por lo que acorde con jurisprudencia de esta Sala, ratificada en el pleno no jurisdiccional antes mencionado, la testigo y víctima de los hechos no estaba dispensada de su deber de declarar y actuó correctamente el Presidente del Tribunal de instancia cuando así lo entendió, exigiéndole que prestase declaración como testigo.

No se ha producido vulneración constitucional ni legal alguna y el motivo debe ser desestimado.

Sentencia 380/2013, Sala Segunda del TS, de 26 de abril

Ponente: **Don Alberto Jorge Barreiro**

Resumen: **Principio acusatorio. Pena de multa**

Recurso de Casación: **n.º 1406/2012**

Artículos: **24 CE y 789 LECrim**

Tras efectuar un amplio resumen de la evolución jurisprudencial sobre la extensión y significado del principio acusatorio, se declara su vulneración en el caso examinado al haberse impuesto una pena de multa que por no haber sido solicitada por ninguna de las acusaciones debió imponerse solo en su cuantía mínima.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—1. En el motivo tercero, con apoyatura procesal en el art. 849.1.º de la LECr, se

alega la inaplicación del art. 50.5.º del C. Penal en relación con el art. 24.2 de la Constitución, pues entiende la parte recurrente que se han vulnerado el principio acusatorio y el derecho de defensa,

ya que se impone una pena de multa que no ha sido solicitada ni por el Ministerio Fiscal ni por la acusación particular.

En la sentencia de esta Sala 1263/2009, de 4 de diciembre, se contiene la evolución jurisprudencial sobre esta cuestión, atendiendo a los distintos plenos no jurisdiccionales celebrados sobre los límites en la imposición de las penas de acuerdo con el principio acusatorio y el derecho de defensa, y también con el principio de legalidad cuando por error se acaba omitiendo la imposición de penas imperativas o se fijan en cuantías inferiores al mínimo legal.

Según recuerda la referida sentencia 1263/2009, en la STS 504/2007, de 28 de mayo, se exponía que la imposición por el órgano decisorio de una pena superior a la solicitada por las acusaciones encontraba su apoyo en la jurisprudencia de la Sala Segunda que, con criterio calificable como mayoritario, había declarado que el Tribunal puede imponer la pena asignada al delito imputado en extensión distinta a la solicitada por la acusación, ya que tal materia está reservada por la Ley a la facultad discrecional de la Sala sentenciadora (SSTS 661/1995, de 22 de mayo; 951/1995, de 2 de octubre; y 625/1999, de 21 de abril). En palabras de la STS 31 enero 2000 (651/1999), «los Tribunales no tienen obligación de atenerse cuantitativamente» a la pena pedida por la acusación, debiendo únicamente someterse a la naturaleza de la pena desde el punto de vista «cualitativo», pues en este orden de cosas hay que entender, en primer lugar, que el principio acusatorio no se conculca en caso de disfunción entre la simple «cuantía» de la pena propuesta y la después aplicada, pues con ese acuerdo decisorio no cabe hablar de que se haya producido indefensión al acusado, en cuanto que «el delito enjuiciado y los hechos en que se fundamenta no sufren variación alguna respecto a los acogidos por la acusación»; y, en segundo lugar, y redundando sobre lo mismo, también se ha dicho que los Tribunales no deben quedar encorsetados por el «quantum» de la pena solicitada, «pues ello implicará hacer defección o abandono de su propia competencia juzgadora, con sometimiento automático a lo pedido por una de las partes» (en el mismo sentido, SSTS 1881/1999, de 3 enero 2000; y 1246/2005, de 7 de diciembre).

En la jurisprudencia constitucional tampoco habían faltado pronunciamientos que excluían del

contenido del principio acusatorio la fijación del «quantum» de la pena. Tal principio —razona el Tribunal Constitucional— no exige la vinculación estricta del juzgador a las calificaciones jurídicas y al petitum de las partes, sino solo que el hecho objeto del juicio del fallo sea aquel sobre el que se haya sostenido la acusación, puesto que el objeto del proceso no es un crimen sino un «factum», que debe entenderse respetado cuando el órgano judicial se atiene al hecho punible objeto de la acusación, sin incurrir en incongruencia procesal, aunque imponga una pena cuantitativamente superior a la pedida por el Fiscal (ATC 377/1987 y STC 43/1997, 10 de marzo). La STC 163/2004, de 4 de octubre, denegó el amparo ante la imposición de una pena de multa no contemplada por error al formular la acusación, mientras que la STC 59/2000, 2 de marzo, condicionó la posibilidad de imponer pena superior a la solicitada por el Ministerio Fiscal al hecho de que el Tribunal motivara de forma detallada las razones que justifican la imposición de la pena concreta.

También es cierto, recuerda la STS 1263/2009, que no faltaban pronunciamientos en la jurisprudencia constitucional que razonaban en sentido contrario. Así, la STC 347/2006, de 11 de diciembre —con invocación de la doctrina jurisprudencial que se desprende de la STC 228/2002, de 9 de diciembre—, ya había incluido la vinculación al «quantum» de la pena entre las exigencias del principio acusatorio: «...hemos afirmado —razona el Tribunal Constitucional— que el Juez puede condenar por un delito distinto que el sostenido por la acusación o acusaciones siempre y cuando se trate de un delito homogéneo con el que fue objeto de acusación y siempre y cuando no implique una pena de superior gravedad. Pero, en todo caso, como límite infranqueable en el momento de dictar Sentencia, al Juez le está vedado calificar los hechos de manera que integren un delito penado más gravemente si este agravamiento no fue sostenido en juicio por la acusación, ni imponer una pena mayor que la que corresponda a la pretensión acusatoria fijada en las conclusiones definitivas, dado que se trata de una pretensión de la que no pudo defenderse el acusado».

Sea como fuere, en el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala para la unificación de criterios, celebrado el día 20 de diciembre de 2006, se sometió a debate mantener o modificar esta línea jurisprudencial.

dencial, obteniendo el respaldo mayoritario de la Sala un Acuerdo del siguiente tenor literal: «El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa».

Tal criterio ha sido ya aplicado por esta misma Sala en numerosas resoluciones. La STS 393/2007, 27 de abril, se refiere de modo expreso al ya mencionado acuerdo del Pleno, fechado el día 20 de diciembre de 2006, justificando el cambio de doctrina en la necesidad de un entendimiento más estricto de las exigencias inherentes al principio acusatorio. Con cita de la STS 1319/2006, de 12 de enero de 2007, se recuerda que, respecto a la posibilidad de imponer pena superior a la más grave de las solicitadas por las acusaciones, la razón que justifica un cambio en el punto de vista seguido hasta ahora y que produzca la vinculación del juzgador a la pena en concreto solicitada, como ámbito delimitador de las facultades del Tribunal sentenciador, deriva de la esencia misma del principio acusatorio, y en suma, de la estructura del proceso penal, denominado acusatorio, en donde quedan perfectamente escindidas las funciones de acusar y de juzgar, de modo que no puede nunca un mismo órgano arrogarse ambas, bajo pretexto alguno. Del mismo modo que el Tribunal sentenciador no puede condenar por un delito que no haya sido imputado por la acusación, tampoco puede imponer una pena que no le haya sido solicitada por acusación alguna, pues ambos mecanismos se basan en el respeto al principio acusatorio, y sus correlativas derivaciones de congruencia y defensa.

Como tiene señalado el Tribunal Constitucional en reiterada doctrina —sigue diciendo la STS 1319/2006—, entre las exigencias derivadas de tal principio acusatorio, «se encuentra la de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por «cosa» no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un «factum», sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica» (SSTC 12/1981, 95/1995, 225/1997, 4/2002; 228/2002;

35/2004; y 120/2005). La íntima relación existente entre el principio acusatorio y el derecho a la defensa ha sido asimismo señalada por tal Tribunal al insistir en que del citado principio se desprende la exigencia de que el imputado tenga posibilidad de rechazar la acusación que contra él ha sido formulada tras la celebración del necesario debate contradictorio en el que haya tenido oportunidad de conocer y rebatir los argumentos de la otra parte y presentar ante el Juez los propios, tanto los de carácter fáctico como los de naturaleza jurídica (SSTC 53/1987 y 4/2002). De manera que «nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse en forma contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa que en última instancia ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia» (SSTC 11/1992; 95/1995; 36/1996; y 4/2002).

Dicho principio acusatorio —prosigue afirmando la STS 1263/2009— deriva del derecho fundamental al proceso debido (proceso con todas las garantías: art. 24.2 CE), y es manifestación, como decimos, del principio de congruencia y defensa. De modo que este principio ha de quedar restringido no solamente al «factum» sino a la misma calificación jurídica, y dentro de esta, tanto al título de imputación (delito), como a la propia petición punitiva contenida en la más grave de las acusaciones. Ciertamente es que, con respecto a la calificación, han de tenerse en cuenta los conceptos de identidad fáctica y de homogeneidad en la calificación jurídica, pero lo relevante ahora es la vinculación respecto a la pena en concreto solicitada, pues nuestra jurisprudencia anterior había sostenido que no se produce vulneración de tal principio cuando el Tribunal sentenciador se aparta de la concreta petición acusatoria y desborda su umbral, manteniéndose dentro de la banda prefijada por el legislador en el correspondiente tipo penal, si aquél motiva justificadamente tal elevación en consideraciones atinentes al caso enjuiciado, desenfocando en cierta manera el contenido del art. 851.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Es, por otro lado, una consecuencia obligada de la misma aplicación del art. 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su redacción actual

(idéntico al anterior art. 749.3), que para el ámbito del procedimiento abreviado, como es el caso, establece: «... la sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones...» Obsérvese que la ley acentúa sobre la pena a imponer la cuantificación solicitada por las acusaciones, lo que, por otro lado, deja poco margen al intérprete, y responde además a la verdadera filosofía legal y estructural de todo el proceso penal, que se fundamenta en el principio acusatorio. Y no es posible argumentar que la motivación puede convalidar la vulneración de tal principio, cuando es el propio Tribunal, desbordando el umbral de lo pedido por las acusaciones, quien justifica la razón de tal comportamiento, pues entonces habrá quiebra del principio de defensa, ya que es obvio que las razones eventualmente aducidas por el juzgador no han sido evidentemente discutidas por las partes, ni pueden estas por consiguiente tener oportunidad de refutarlas. En tal sentido, la oportunidad del debate contradictorio es la esencia del principio, ya que, como dice el Tribunal Constitucional: «lo que resulta esencial al principio acusatorio es que el acusado haya tenido oportunidad cierta de defenderse de una acusación en un debate contradictorio con la acusación» (ad exemplum, STC 278/2000 de 27 de diciembre). De modo que el marco penal que sirve de presupuesto al principio acusatorio no puede consistir solamente en la calificación delictiva, sino en la propia penalidad solicitada, que condiciona las expectativas del derecho de defensa, y los concretos mecanismos que lo relacionan (como la posibilidad de suspensión o sustitución de condena, entre otros). Por lo demás, esta conclusión interpretativa se aplicará a todos los procesos penales, cualesquiera que sean las normas procesales que lo regulen, o su ámbito de aplicación, porque en todos ellos el fundamento es el mismo, sin que podamos decir que un procedimiento es más acusatorio que otro. Y, finalmente, siempre el Tribunal podrá plantear la tesis a que se refiere el art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la moderación que este Tribunal Supremo ha interpretado para su utilización, al efecto de corregir los manifiestos errores u omisiones en la estructuración de la pena solicitada por las acusaciones, dando oportunidad a todas las partes a un debate contradictorio.

Con idéntico criterio, las SSTS 159/2007, de 21 de febrero, 424/2007, de 18 de mayo, y

20/2007, de 22 de enero, han proclamado como principio general la vinculación del órgano jurisdiccional a la petición de pena formalizada por el Ministerio Público.

Recuerda después la misma sentencia 1263/2009 que al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 20 de diciembre de 2006, le ha seguido el de 27 de noviembre de 2007, que dice así: «el anterior acuerdo de esta Sala, de fecha 20 de diciembre de 2006, debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de la pedida por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena».

Se viene así a permitir que el juzgador corrija al alza —si bien solo hasta el límite punitivo mínimo del tipo penal objeto de acusación y condena— la petición errónea de pena efectuada por las acusaciones, ya fuere por la solicitud en una extensión menor de la legal o inclusive por la omisión de petición de una de las penas precedentes.

El nuevo Acuerdo ha sido aplicado, entre otras, en las SSTS 11/2008, de 11 de enero, y 89/2008, de 11 de febrero, ambas en supuestos de omisión por la acusación de la petición de la pena de multa aparejada al delito del art. 368, lo que se corrigió en sentencia.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 155/2009, de 25 de junio, ha considerado oportuno, una vez constatadas algunas oscilaciones en su propia jurisprudencia, «... replantear la cuestión y avanzar un paso más en la protección de los derechos de defensa del imputado y en la preservación de la garantía de la imparcialidad judicial en el seno del proceso penal, en el sentido de estimar que, solicitada por las acusaciones la imposición de una pena dentro del marco legalmente previsto para el delito formalmente imputado, el órgano judicial, por exigencia de los referidos derechos y garantías constitucionales, en los que encuentra fundamento, entre otros, el deber de congruencia entre acusación y fallo como manifestación del principio acusatorio, no puede imponer pena que exceda, por su gravedad, naturaleza o cuan-

tía, de la pedida por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancia la causa, aunque la pena en cuestión no transgreda los márgenes de la legalmente prevista para el tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso». Y añade después que «...esta doctrina constitucional, en los términos en los que ha quedado expuesta y perfilada, sobre el deber de correlación, como manifestación del principio acusatorio, entre la acusación y el fallo en el extremo concerniente a la pena a imponer, viene a coincidir sustancialmente, como el Ministerio Fiscal pone de manifiesto en sus alegaciones, con el criterio que al respecto mantiene actualmente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo».

2. La traslación de los criterios precedentes al caso enjuiciado determina la estimación parcial del motivo, pues, tal como se dice en el escrito de recurso, al acusado se le impuso una pena de multa sin que hubiera sido solicitada por las acusaciones

pública y particular, y además no se le aplicó en la cuantía mínima de seis meses, sino en la de ocho.

Por consiguiente, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala anteriormente reseñada, si bien era factible imponer la pena de multa ya que venía imperativamente prevista en los arts. 252 y 250.1.5.º del C. Penal, tenía sin embargo que haber sido impuesta en su cuantía mínima: seis meses, y no los ocho que se le aplicaron, pues al no haber sido solicitada por ninguna de las acusaciones y no haber sido sometida por tanto a debate y a contradicción en la vista oral del juicio el aspecto de su cuantificación, no resultaba factible superar el límite mínimo.

Y en lo que respecta a la cuota diaria, se fija en seis euros, ya que las cuantías inferiores a esa cifra solo se aplican para personas indigentes y en circunstancias sumamente extraordinarias.

Se estima por tanto parcialmente este motivo de impugnación.

Sentencia 384/2013, Sala Segunda del TS, de 30 de abril

Ponente: **Don Alberto Jorge Barreiro**

Resumen: **Apropiación indebida**

Recurso de Casación: **n.º 1394/2012**

Artículo: **253 Código Penal**

Apropiación indebida. La ejecución provisional de una sentencia civil en favor del demandante, otorgando una indemnización por accidente no es uno de los títulos específicos que comporte obligación de entregar o devolver en el sentido del tipo de la apropiación indebida.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—1. Razones de orden lógico procesal determinan que se examine en segundo lugar el motivo tercero, que se refiere a la infracción sustantiva del art. 252 del C. Penal (art. 849.1.º de la LECr.), que regula el tipo penal de apropiación indebida, sobre el que se sustenta la condena. Y es que en caso de que se estimara este motivo sería ya innecesario el examen del segundo, centrado en

la falta de motivación de la condena y de la pena concreta impuesta.

La parte recurrente alega que no se dan los elementos del tipo penal de la apropiación indebida, fundamentalmente el elemento subjetivo. El motivo lo apoya el Ministerio Fiscal, si bien centrándolo en que no concurre el elemento objetivo relativo a que el título por el que percibió el dinero sea uno de los que prevé el art. 252 del C. Penal y la jurisprudencia que lo interpreta.

Este motivo sí ha de prosperar, en los términos en los que lo postula el Ministerio Fiscal, a tenor de los argumentos que se exponen a continuación.

2. Según la jurisprudencia de esta Sala, «en el tipo de apropiación indebida se unifican a efectos punitivos dos conductas, de morfología diversa, perfectamente discernibles: la que consiste en la «apropiación» propiamente dicha y la legalmente caracterizada como «distracción». La primera tiene lugar cuando, con ocasión de las operaciones previstas —expresamente o por extensión— en el art. 252 CP, el sujeto activo de la acción presuntamente inculparable ha recibido, con obligación de entregarla o devolverla, una cosa mueble no fungible cuyo dominio no le ha sido transmitido. La segunda tiene como presupuesto la traslación de la posesión legítima de dinero u otra cosa fungible que comporta, para el receptor, la adquisición de su propiedad aunque con la obligación de darle un determinado destino. Téngase en cuenta que, a causa de la extrema fungibilidad del dinero, la propiedad del mismo se ejerce mediante la tenencia física de los signos que lo representan. En este segundo supuesto —el de la distracción que es donde la parte recurrente pretende se debió incardinar el hecho enjuiciado— la acción típica no consiste tanto en incorporar el dinero recibido al propio patrimonio —puesto que por el mero hecho de haberlo recibido legítimamente ya quedó integrado en él si bien de forma condicionada— sino en no darle el destino pactado, irrogando un perjuicio en el patrimonio de quien, en virtud del pacto, tenía derecho a que el dinero le fuese entregado o devuelto».

«Naturalmente si el tipo objetivo del delito se realiza, cuando se trata de la distracción de dinero u otros bienes fungibles, de la forma que ha quedado expresada, el tipo subjetivo no consiste exactamente en el ánimo de apropiarse la cantidad recibida, sino en la conciencia y voluntad de burlar las expectativas del sujeto pasivo en orden a la recuperación o entrega del dinero o, dicho de otra manera, en la deslealtad con que se abusa de la confianza de aquél, en su perjuicio y en provecho del sujeto activo o de un tercero. La concurrencia, en cada caso, de este elemento subjetivo del delito tendrá que ser indagada, de la misma forma que se indaga el ánimo de lucro en la modalidad delictiva de la apropiación, mediante la lógica inferencia que pueda realizarse a partir de los actos concre-

tamente realizados por el receptor y de las circunstancias que los hayan rodeado y dotado de una especial significación (STS de 7 de diciembre de 2.001). Ratificando esta doctrina, hemos subrayado el distinto significado que tienen las expresiones «se apropiaren» y «distrajeran» utilizadas por el art. 252 CP —y por los que le precedieron en textos anteriores— en la definición del delito cuestionado. Apropiarse significa incorporar al propio patrimonio la cosa que se recibió en posesión con la obligación de entregarla o devolverla. Distracer es dar a lo recibido un destino distinto del pactado. Si la apropiación en sentido estricto recae siempre sobre cosas no fungibles, la distracción tiene como objeto cosas fungibles y especialmente dinero. La apropiación indebida de dinero es normalmente distracción, empleo del mismo en atenciones ajenas al pacto en cuya virtud el dinero se recibió, que redundan generalmente en ilícito enriquecimiento del detractor, aunque ello no es imprescindible para que se entienda cometido el delito («(SSTS 47/2009, de 27 de enero; 625/2009, de 16 de junio; 732/2009, de 7 de julio; y 547/2010, de 2 de junio).

En cuanto a los títulos idóneos para aplicar el tipo penal por recibir en virtud de ellos el autor del delito el bien de que se acaba apropiando, la ley relaciona el de depósito, comisión o administración y termina con una fórmula abierta que permite incluir todas aquellas relaciones jurídicas por las cuales la cosa mueble pasa a poder de quien antes no la tenía, bien transmitiendo la propiedad cuando se trata de dinero u otra cosa fungible, en cuyo caso esta transmisión se hace con una finalidad concreta, consistente en dar a la cosa un determinado destino (por esto se excluyen el préstamo mutuo y el depósito irregular, porque en estos la cosa fungible se da sin limitación alguna a quien la recibe, para que este la emplee como estime oportuno), o bien sin tal transmisión de propiedad, esto es, por otra relación diferente, cuando se trate de las demás cosas muebles, las no fungibles, lo que obliga a conservar la cosa conforme al título por el que se entregó (STS 830/2004, de 24-6). En la sentencia de esta Sala 727/2009, de 29 de junio, se afirma que para la existencia del tipo penal es menester que el dinero o las cosas fungibles de que se trate tuvieran al recibirse un destino previamente fijado (STS de 11 de octubre de 1995). Y también se recuerda en ella que los títulos a que

se refiere el art. 252 del C. Penal tienen en común transferir la posesión y no la propiedad de la cosa mueble, de ahí que sea unánime —tanto en la doctrina como en la jurisprudencia— la exclusión de los contratos de préstamo mutuo, habida cuenta de que, en tales supuestos, se adquiere la propiedad por parte del que recibe el dinero (art. 1753 C. Civil). Según reiterada jurisprudencia, tampoco puede ser considerados títulos idóneos para esta figura penal la compraventa, la permuta, la dación en pago y la donación.

Y en la misma línea se pronuncia la sentencia 259/2013, de 19 de marzo, cuando subraya que en numerosos precedentes de esta Sala se ha señalado como títulos que han de ser descartados a efectos de integrar la tipicidad del delito del art. 252 todos aquellos que transmiten la propiedad, como son la compraventa, el préstamo mutuo, la permuta o la donación (SSTS 914/2007, 16 de noviembre; 1020/2006, 5 de octubre; 165/2005, 10 de febrero, entre otras).

3. Pues bien, en el caso que ahora se juzga el acusado recibió el dinero por un título que no le limitaba la disposición del mismo por tener la obligación de dejarlo afectado o adscrito a un fin concreto. De modo que no se trataba de un caso en el que por no ser definitiva la entrega de ese dinero estuviera obligado a guardarlo a disposición de la entidad aseguradora para el supuesto de que la sentencia de apelación resultara contraria al acusado y favorable para la entidad demandada recurrente en vía civil, como finalmente acabó sucediendo. El acusado sí tenía la obligación de entregar una cantidad de dinero igual a la recibida en el caso de que la Audiencia Provincial revocara la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y estimara íntegramente el recurso, pero ello no significa que mientras ello estuviera pendiente el título por el que se le entregó el dinero le obligara a no utilizarlo y a dejarlo adscrito a la expectativa de lo que se decidiera en la apelación, ya que el dinero no tenía un destino previo específicamente asignado.

Siendo así, deviene incuestionable que no se está ante uno de los títulos que fundamenta la aplicación del tipo penal de la apropiación indebida, sino que sucede en este caso como con aquellos títulos mediante los que se entrega el dinero sin limitación alguna a quien lo recibe, para que este

la emplee como estime oportuno, como serían los casos del préstamo mutuo, del depósito irregular, de la donación o la dación en pago que cita la jurisprudencia anteriormente reseñada. El acusado tenía derecho a disponer de la suma indemnizatoria recibida como consecuencia del siniestro de tráfico del que fue víctima, sin perjuicio de que en un futuro tuviera que abonar a la compañía aseguradora la misma cantidad en el caso de que la Audiencia estimara íntegramente el recurso de apelación, hipótesis que acabó materializándose en la práctica.

Ello queda corroborado por la regulación jurídica de las ejecuciones provisionales de sentencias en la Ley de Enjuiciamiento civil. En efecto, ya en la exposición de motivos (apartado XVI) se advierte que «la regulación de la ejecución provisional es, tal vez, una de las principales innovaciones de este texto legal. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil representa una decidida opción por la confianza en la Administración de Justicia y por la importancia de su impartición en primera instancia y, de manera consecuente, considera provisionalmente ejecutables, con razonables temperamentos y excepciones, las sentencias de condena dictadas en ese grado jurisdiccional».

«La ejecución provisional será viable sin necesidad de prestar fianza ni caución, aunque se establecen, de una parte, un régimen de oposición a dicha ejecución, y, de otra, reglas claras para los distintos casos de revocación de las resoluciones provisionalmente ejecutadas, que no se limitan a proclamar retóricamente la responsabilidad por daños y perjuicios, remitiendo al proceso ordinario correspondiente, sino que permiten su exacción por la vía de apremio».

«...Si la condena es dineraria, no se permite la oposición a la ejecución provisional en su conjunto, sino únicamente a aquellas actuaciones ejecutivas concretas del procedimiento de apremio que puedan causar una situación absolutamente imposible de restaurar o de compensar económicamente mediante el resarcimiento de daños y perjuicios. El fundamento de esta oposición a medidas ejecutivas concretas viene a ser, por tanto, el mismo que el de la oposición a la ejecución de condenas no dinerarias: la probable irreversibilidad de las situaciones provocadas por la ejecución provisional y la imposibilidad de una

equitativa compensación económica, si la sentencia es revocada».

«...Es innegable que establecer, como regla, tal ejecución provisional de condenas dinerarias entraña el peligro de que quien se haya beneficiado de ella no sea luego capaz de devolver lo que haya percibido, si se revoca la sentencia provisionalmente ejecutada. Con el sistema de la Ley de 1881 y sus reformas, la caución exigida al solicitante eliminaba ese peligro, pero a costa de cerrar en exceso la ejecución provisional, dejándola sólo en manos de quienes dispusieran de recursos económicos líquidos. Y a costa de otros diversos y no pequeños riesgos: el riesgo de la demora del acreedor en ver satisfecho su crédito y el riesgo de que el deudor condenado dispusiera del tiempo de la segunda instancia y de un eventual recurso extraordinario para prepararse a eludir su responsabilidad».

«Con el sistema de esta Ley, existe, desde luego, el peligro de que el ejecutante provisional haya cobrado y después haya pasado a ser insolvente, pero, de un lado, este peligro puede ser mínimo en muchos casos respecto de quienes dispongan a su favor de sentencia provisionalmente ejecutable. Y, por otro lado, como ya se ha dicho, la Ley no remite a un proceso declarativo para la compensación económica en caso de revocación de lo provisionalmente ejecutado, sino al procedimiento de apremio, ante el mismo órgano que ha tramitado o está tramitando la ejecución forzosa provisional».

«...La presente Ley opta por confiar en los Juzgados de Primera Instancia, base, en todos los sentidos, de la Justicia civil. Con esta Ley, habrán de dictar sentencias en principio inmediatamente efectivas por la vía de la ejecución provisional; no sentencias en principio platónicas, en principio inefectivas, en las que casi siempre gravite, neutralizando lo resuelto, una apelación y una segunda instancia como acontecimientos que se dan por sentados».

Por consiguiente, la Ley Procesal Civil deja claro en su exposición de motivos la disponibilidad por parte del ejecutante provisional del dinero que se le pueda asignar en una indemnización concedida en una sentencia de primera instancia pendiente de un recurso de apelación, disponibi-

lidad que no queda limitada por el hecho de que la sentencia no sea firme, sin perjuicio, claro está, de que si después se revoca el ejecutante tenga que aportar el dinero en que se haya reducido la indemnización.

Y así queda refrendado también en las normas de la Ley de Enjuiciamiento. En concreto en los arts. 526 y ss. se dispone que quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en sentencia de condena dictada en primera instancia podrá, sin simultánea prestación de caución, pedir y obtener su ejecución provisional, excepto en los supuestos en los que lo excluye específicamente la Ley, entre los que no se hallan las indemnizaciones por accidentes de tráfico. Y si la condena fuere dineraria, el ejecutado no podrá oponerse a la ejecución provisional, sino únicamente a actuaciones ejecutivas concretas del procedimiento de apremio, cuando entienda que dichas actuaciones causarán una situación absolutamente imposible de restaurar o de compensar económicamente mediante el resarcimiento de daños y perjuicios.

Por lo demás, esta Sala en un supuesto de la misma naturaleza y contenido que el ahora enjuiciado también ha entendido que el hecho de que estuviera pendiente un recurso de apelación no impedía al ejecutante provisional, a tenor de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, disponer de la suma dineraria, al no estar obligado a dejarla adscrita a la expectativa de lo que se decidiera en la apelación.

En efecto, en la sentencia 727/2009, de 29 de junio, se dirimió la posible aplicación del delito de apropiación indebida a un caso de ejecución provisional de una sentencia civil en la que el favorecido por la cantidad anticipada como ejecución provisional no la había devuelto después a la entidad ejecutada cuando fue desestimada finalmente la demanda. Y esta Sala argumentó para descartar la subsunción de la conducta en el art. 252 del C. Penal que la ejecución provisional de una sentencia civil (arts. 524 y ss. LEC) implica una posesión inicial lícita, pero no puede decirse con el necesario fundamento que el dinero entregado en méritos de dicha ejecución, tenga —en el momento de recibirse— un destino previamente fijado, pues la obligación de devolverlo únicamente procederá en el supuesto de que la sentencia de cuya ejecución se trate sea revocada. Consiguientemente, si, de

forma unánime, se excluye de los títulos idóneos para la posible comisión de este delito el contrato de préstamo —en el que la obligación de devolver el dinero recibido es incontestable desde el primer momento—, con mayor razón habrá de excluirse el supuesto de la ejecución provisional de la sentencia civil, en el que tal obligación únicamente surge si dicha sentencia es revocada. A este respecto, es de interés recordar —termina diciendo la STS 727/2009— que la Ley de Enjuiciamiento Civil carece de un precepto similar al art. 59 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión y al art. 12 de la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos, en los que se establece una particular reenvío al delito de apropiación indebida.

En consecuencia, al no hallarnos en el caso que ahora se juzga ante un título que produzca la obligación de devolver o reintegrar el dinero sin poder disponer de él mientras que no se decide definitivamente sobre si la sentencia recurrida se ajusta a derecho, es claro que no concurre el elemento objetivo del delito de apropiación indebida referente a la existencia de uno de los títulos que determinan la aplicación del tipo penal.

En vista de lo cual, ha de estimarse el tercer motivo del recurso de casación y anularse la condena recurrida, sin necesidad de entrar ya a resolver el segundo motivo, relativo a la fundamentación de la sentencia y de la pena, declarándose además de oficio las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr.).

Sentencia 457/2013, Sala Segunda del TS, de 30 de abril

Ponente: **Don Antonio Del Moral García**

Resumen: **Destrucción de efectos judiciales**

Recurso de Casación: **n.º 1792/2012**

Artículo: **367 LECrim**

Destrucción de efectos judiciales: La omisión de la audiencia previa a la destrucción de la sustancia estupefaciente únicamente puede tener alguna incidencia cuando de ella se deriva indefensión.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Décimo.—El cuarto de los motivos del recurso de Arturo Teófilo también ha de desestimarse.

Se queja por la falta de audiencia del recurrente antes de procederse a la destrucción de la sustancia ocupada con vulneración de lo establecido en el art. 367 ter LECrim.

Se trata de una alegación puramente retórica. No se hace el más mínimo esfuerzo por argumentar que se ha originado indefensión.

Nadie ha negado que la sustancia intervenida fuese cocaína: su poseedor, el coacusado Teodulfo Octavio, así lo admite en último término.

Podríamos estar ante una irregularidad, pero en ningún caso se ha causado indefensión. Aun

prescindiendo del informe sobre la droga existiría prueba de esa condición.

Aunque existiese el defecto, ni esa hipotética deficiencia llevaría sin más a declarar la nulidad de la prueba; ni es imprescindible la pericial para llegar a la certeza a que ha llegado la Sala de instancia sobre la naturaleza de la sustancia; ni hay motivos para descalificar el informe sobre la misma.

Esa audiencia prevista por el art. 367 ter es una «garantía» procesal en el más amplio sentido de la expresión. Pero dentro de esa noción cabe una graduación que el propio Tribunal Constitucional ha establecido al señalar insistentemente que el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías no comporta la constitucionalización de

todo el derecho procesal. Hay garantías básicas, irrenunciables, estructurales, esenciales (derecho a no declarar contra sí mismo, principio de contradicción, exigencias del derecho a ser informado de la acusación que respecto de la defensa llevan todavía más lejos el principio de contradicción...). Su afectación inutiliza la actividad procesal contaminada.

Hay otras garantías que se mueven en un plano legal y no constitucional. Entre estas segundas el alcance de sus repercusiones es también dispar. Con unos ejemplos se explicará mejor que con un discurso conceptual lo que se quiere exponer.

La presencia del Secretario Judicial en una diligencia de entrada y registro o la presencia del letrado cuando un detenido presta el consentimiento para que se acceda a su vivienda no son exigencias constitucionales, sino legales. Aunque no sin algunas vacilaciones iniciales, la jurisprudencia ordinaria concuerda en identificarlas como garantías esenciales.

También son garantías la necesidad de que se advierta al testigo de las penas con que está sancionado el delito de falso testimonio (art. 433 LECrim.); la prestación de promesa o juramento (art. 706 y 434 LECrim., aunque sociológicamente esta garantía esté lamentablemente tan devaluada que en algunos países de tradición continental se ha prescindido de ella); la comunicación entre sí de los testigos mientras no presten su declaración (art. 704); o la preferencia del intérprete titulado sobre el que carezca de esa habilitación para actuar como traductor (arts. 441 y 711). Pues bien, su conculcación (se omitieron las advertencias legales o la prestación de promesa; un testigo estaba presente en la sala mientras deponían otros testigos; se acudió por comodidad a un intérprete no titulado cuando había disponibilidad de otros cualificados...) no arrastra la nulidad de las actuaciones que puedan verse afectadas por la irregularidad. Si se trata de una actividad probatoria es exigible que se evalúe en cada supuesto cómo ha podido afectar a la fiabilidad esa deficiencia que, en todo caso, ha de reprobarse. Eso es lo que ha proclamado reiteradamente esta Sala en relación a la previsión del art. 704. No significa que se destierren al limbo de lo intrascendente esas irregularidades procesales. Nunca es nimia o despreciable una garan-

tía procesal. En ocasiones la constatación de la vulneración de esas reglas procesales será justamente la causa en virtud de la cual se niega la fuerza convictiva de un testimonio (el testigo de cargo al declarar había escuchado las respuestas dadas por el acusado por lo que la defensa se vio privada de estrategias de interrogatorio aptas para cuestionar su credibilidad). Pero sería no solo contrario a la norma sino también ilógico, que desde esas irregularidades normativas se diese un acrobático salto a la nulidad radical, atribuyendo efectos sustantivos (al modo de una eximente), por el camino de la presunción de inocencia (privación de valor a la actividad probatoria), a lo que es la contravención de una norma que ocupa un nivel inferior en la escala de las garantías. Hay que respetar todas las previsiones legales cualquiera que sea su alcance; y estimular, alentar y exigir su estricto cumplimiento especialmente cuando tienden a tutelar los derechos de las partes y la corrección del enjuiciamiento. Pero no es lo mismo olvidar que un testigo debe prestar juramento; que no conceder por descuido el derecho a la última palabra; omitir las advertencias previstas en el art. 416 LECrim.; celebrar el juicio en ausencia sin que lo haya reclamado alguna de las acusaciones o sobrepasando la pena solicitada la duración de dos años; o practicar unas intervenciones telefónicas sin que medien unos indicios suficientes (STS 952/2012, de 8 de noviembre).

En ese marco es donde hay que situar las repercusiones que en el caso concreto pueden anudarse a la ausencia de esa audiencia legalmente prevista antes de la alegada destrucción de la droga. No sería una irregularidad invalidante máxime si no se arguye indefensión efectiva. No se justifica qué de singular existe en este caso para haber reclamado otro análisis.

El carácter puramente retórico de la queja se evidencia todavía más, si se constatan estos datos:

a) A los folios 2142 y siguientes constan los análisis de la sustancia.

b) El recurrente desde su detención estuvo personado en las actuaciones con profesionales que demostraron un encomiable celo en su defensa promoviendo la práctica de las pruebas que podían convenir a sus intereses y recurriendo argumentada y legítimamente cuando fueron rechazadas (vid., por ejemplo, folios 2661 y siguientes). Mos-

traron una presencia activa y no puramente testimonial o expectante.

c) Aunque no se descarta que las cosas sean como aduce el recurrente, en un examen no exhaustivo de la causa (es factible que no se haya detectado) no parece constar que la sustancia haya sido destruida.

d) Lo que sí consta es que el recurrente nunca pidió un contraanálisis. Ni siquiera en su escrito de conclusiones obrante a los folios 3225 y siguientes y, en todo caso, fechado en un momento —2011— en que la degradación de la sustancia hacía ya inútil cualquier análisis pues estaría alterado en sus resultados. Era tras la ocupación y examen de los informes obrantes en la causa, cuando debería haber mostrado sus discrepancias si es que

las tenía. Estudios científicos ponen de manifiesto que ulteriores comprobaciones o investigaciones destinadas a la cuantificación del principio activo de la droga, determinarán resultados sensiblemente diferentes de los obtenidos inicialmente y por tanto no fiables si los análisis se demoran más allá de dos meses desde la realización del primer examen.

Estamos, además, ante una cuestión nueva como señala el Fiscal: en sus conclusiones el recurrente no hizo la más mínima alusión a ese dato. La STS 77/2007, de 6 de febrero que remite a la 782/1997, de 2 de julio, citadas con toda pertinencia por el Ministerio Público, así como las SSTS 1133/1999 de 12 de julio, 10/2000 de 20 de enero, ó 1181/2000 de 3 de julio refrendan el criterio plasmado en este fundamento.

Sentencia 386/2013, Sala Segunda del TS, de 6 de mayo

Ponente: **Don Manuel Marchena Gómez**

Resumen: **Tutela judicial efectiva. Motivación de la sentencia**

Recurso de Casación: n.º 1021/2012

Artículos: 24 CE, 849 y 852 LECrim

Tutela judicial efectiva: Falta de valoración por la Audiencia Provincial de un documento cuya ausencia fue determinante para la absolución del acusado y que, sin embargo, obra en la causa. Se declara vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la acusación particular y se obliga a dictar una nueva sentencia por el mismo Tribunal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. (...)

Contra ese pronunciamiento absolutorio se interpone recurso de casación por la entidad que-rellante. Se formalizan dos motivos, ambos por la vía de la infracción legal que habilita el art. 849 de la LECrim.

2. El primero de ellos, al amparo del art. 849.2 de la LECrim, denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, derivado de documentos que obran en la causa y que demostrarían la equivocación del juzgador.

(...)

C) La lectura de ambas impugnaciones, más allá del epígrafe que anticipa su contenido, pone de manifiesto que la queja del recurrente está íntimamente relacionada con la incomprensible falta de valoración por el Tribunal de instancia de un documento que fue incorporado al proceso en un momento hábil y cuya ausencia —según razona la sentencia cuestionada— habría actuado como causa determinante de la absolución del acusado. No se trata, por tanto, de una errónea valoración de la prueba derivada de un documento que obre en la causa y que demostraría la equivocación del

juzgador, sino de la absoluta falta de referencia a un contrato de venta que sirvió para materializar el acuerdo transaccional que habían alcanzado las partes en un proceso civil previo. La sentencia de instancia razona que, de haber existido ese documento, la condena por el delito previsto en el art. 251.1 del CP habría sido inevitable. El problema es —insistimos— en que ese documento existía, estaba incorporado a la causa y no fue, sin embargo, valorado.

De ahí que esta Sala se vea obligada a atender a la verdadera voluntad casacional que anima el recurso, viendo en la impugnación formulada, no la simple invocación de un documento con idoneidad para rectificar el *factum* y, a partir de ahí, modificar también el juicio de subsunción. La estimación del motivo esgrimido, si tuviera por fundamento la angosta vía del art. 849.2 de la LECrim, provocaría como ineludible efecto que el recurso de casación habría actuado como marco de valoración por nuestra parte de un documento —el referido contrato de venta— que la Audiencia Provincial no ha llegado a ponderar.

Y qué duda cabe de que cuando el reproche que se formula al Tribunal a quo es el no haber valorado el material probatorio ofrecido por las partes, la queja que se hace valer tiene alcance constitucional. En los términos en que está formalizado el recurso, la invitación que se formula a esta Sala para que dicte sentencia condenatoria a la vista de la existencia de un documento que la Audiencia no pudo encontrar, pero que advirtió que, de existir, habría llevado a la condena del imputado, pone en riesgo otros principios y derechos que convergen en el recurso extraordinario de casación. No podemos, en fin, rectificar el *factum* y sustituir el pronunciamiento absolutorio por

uno de condena, a partir de la valoración de un documento que no fue, de manera incomprensible, incorporado al material probatorio ofrecido por la acusación. Las dificultades ordinarias para producir ese efecto se multiplican como consecuencia de la doctrina jurisprudencial de esta misma Sala, en sintonía con lo proclamado por el Tribunal Constitucional y el TEDH, respecto de la revocación de sentencia absolutorias (cfr. STS 91/2013, 1 de febrero y SSTC 142/2011, de 26 de septiembre; 167/2002, de 18 de septiembre; 213/2007, de 8 de octubre; 64/2008, de 26 de mayo; 115/2008, de 29 de septiembre; 49/2009, de 23 de febrero; 120/2009, de 18 de mayo; 184/2009, de 7 de septiembre; 215/2009, de 30 de noviembre y 127/2010, de 29 de noviembre, entre otras muchas).

En definitiva, la sentencia recurrida vulneró el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del recurrente, ofreciendo una motivación del pronunciamiento absolutorio alejada de los dictados mínimos impuestos por un sistema racional de valoración de la prueba. El discurso argumental que late en la sentencia cuestionada, conforme al cual, el acusado debería haber sido condenado por el delito de estafa impropia del art. 251.1 del CP si en la causa constara la existencia de un documento de venta que no llegó a otorgarse, no soporta un mínimo análisis crítico. Y es que ese documento existía, había sido aportado por la acusación particular y su propia realidad fue adverbada por algunos de los testigos que declararon en el juicio oral. La motivación sobre la que se asienta la negación del juicio de autoría es clamorosamente errónea y está afectada por una grieta en su armazón lógico que nos obliga a reconocer la vulneración del derecho proclamado en el art. 24.1 de la CE.

Sentencia 402/2013, Sala Segunda del TS, de 13 de mayo

Ponente: **Don/ña Juan Saavedra Ruiz**

Resumen: **Refundición de condenas**

Recurso de Casación n.º 10003/2013

Artículos: **76 Código Penal y 988 LECrim**

Refundición de condenas. Se recoge la doctrina jurisprudencial más reciente relativa a esta materia, incluyendo algún Acuerdo de Sala.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

B) Es admitido por nuestra jurisprudencia el uso del criterio de la conexidad meramente temporal como soporte de toda hipótesis de acumulación, abandonándose así otros criterios de conexidad de carácter material o formal. Una ya consolidada doctrina —de la que son exponentes recientes las SSTS núm. 317/2013, de 18 de abril, ó 47/2012, de 2 de febrero, por remisión a las SSTS núm. 12/2011, 458/2010, 192/2010, 1259/2009 ó 55/2009— ha propiciado una interpretación flexible del instituto de la acumulación de penas derivado de los arts. 76 CP y 988 LECrim, como también de los requisitos de los que depende, sobre todo el de conexidad. De este modo, se viene entendiendo que serán acumulables todas las condenas por delitos que no estuviesen ya sentenciados en el momento de la comisión del hecho que haya dado lugar a la última resolución, con independencia de que tuviesen analogía o relación entre sí, siempre que desde una perspectiva estrictamente temporal hubiera sido posible enjuiciarlos en un solo proceso.

El criterio actual es también suficientemente claro al impedir la inclusión en una determinada acumulación de las penas impuestas por hechos cometidos con posterioridad a la primera de las sentencias que dicha acumulación abarca, pues, evidentemente, resultaría del todo imposible que esos nuevos hechos hubieran podido enjuiciarse en un procedimiento ya finalizado a la fecha de acaecimiento de los mismos. Por el contrario, la acumulación se ve objetivamente posible para aquellos delitos cometidos antes de recaer esa primera sentencia, sin exigencia de requisitos añadidos. Son, por tanto, presupuestos que deben concurrir para la aplicación del art. 76.2 CP: a) que hubiera sido posible enjuiciar los hechos en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión; b) que entre los mismos exista una determinada conexión o analogía, requisito éste — como se ha dicho— flexibilizado al máximo por nuestra jurisprudencia; y c) que se declaren acumulables las penas impuestas a todos los hechos ocurridos antes de la firmeza de la sentencia que adquirió tal

condición, debiendo excluirse de la acumulación los hechos cometidos con posterioridad a dicha fecha, pues los límites del art. 76 CP no pueden operar como una garantía de impunidad para el futuro.

Conviene igualmente aclarar desde la más moderna doctrina jurisprudencial un último aspecto, por su relevancia en este caso. Ciertamente es que pronunciamientos remotos de esta Sala Segunda, de los que se hacen eco nuestras recientes SSTS núm. 317/2013, de 18 de abril, 154/2010, de 10 de febrero, ó 322/2011, de 19 de abril, por citar algunas, habían establecido que las condenas que hubieran sido objeto de una acumulación anterior no podían volver a acumularse, al producirse en esos casos los efectos de la cosa juzgada. Sin embargo, a partir señaladamente del año 2003 esta interpretación se modifica en el sentido de afirmarse desde entonces, de modo uniforme, que la existencia de refundiciones o acumulaciones anteriores no impide un nuevo examen de la situación cuando se conozcan nuevas condenas que pudieran ser susceptibles asimismo de acumulación, sin que por ello sea aplicable la excepción de cosa juzgada. Ello es consecuencia de la adopción del criterio cronológico, que se lleva a la práctica con todas sus consecuencias, de forma que, apareciendo una condena por delitos no contemplados en la acumulación anterior pero que podían haberlo sido, no existen razones suficientes para no incluirlos con posterioridad, ampliando la acumulación ya practicada. Con este criterio, ya en nuestra STS núm. 336/2003 establecimos que «...la firmeza de una resolución dictada en expediente de refundición de penas no impide, por sí sola, una acumulación posterior de otra condena siempre que se dé la conexidad temporal en los términos expuestos al principio. En este sentido también se pronuncia la sentencia 212/2003, de 10 de febrero...». De la misma forma, la posterior STS núm. 937/2003 señaló que «...un auto de acumulación ha de estar abierto siempre a la posibilidad de que aparezca después otra pena no acumulada, pero que tenía que haberlo sido de haber existido una tramitación normal. En estos supuestos no cabe hablar de eficacia de cosa juzgada que pudiera impedir una reconsideración del

caso en beneficio del reo. Si aparecieran nuevas condenas por delitos no contemplados en la anterior resolución sobre acumulación dictada conforme al art. 988 de la LECrim, habrá de dictarse un nuevo auto para hacer un cómputo que abarque la totalidad de las condenas». Así pues, desde el punto de vista procesal no hay obstáculo alguno para dictar nueva resolución sobre incidente de acumulación de condenas o refundición de penas cuando, tras haberse resuelto otro anterior, aparece una nueva condena que, por otros hechos de la misma época que los ya acumulados, podría haber sido objeto del mismo procedimiento precisamente por la fecha del hecho delictivo, lo cual es reiterado en la STS n.º 583/2008». Cabiendo, pues, la posibilidad de que tras el dictado de un auto de acumulación de condenas aparezcan otras sentencias condenatorias contra la misma persona, en ese caso lo que permitirá o impedirá la acumulación entre todas las penas contempladas es, sin más, el cumplimiento de las exigencias legales, tal como han sido interpretadas por la jurisprudencia (SSTS núm. 898/2009 ó 146/2010). La propia naturaleza de los autos de acumulación dictados al amparo del art. 76 CP impone su modificabilidad cuando sobrevienen nuevas condenas susceptibles de acumulación a las ya acumuladas (STS núm. 917/2012, de 19 de noviembre).

Pero un tema sustantivo como es la duración real de la pena de prisión cuando nos enfrentamos a un concurso real de delitos, no puede quedar al albur del mayor o menor rigor con que se hayan aplicado una reglas procesales, en ocasiones muy flexibles y valorativas (piénsese en el supuesto del art. 17.5.º LECrim). A esta razón de justicia de fondo obedeció la inclusión en su día de esta previsión en el art. 988 LECrim y, en fechas más recientes, la extensión de la regla del art. 76 CP a todos los casos de pluralidad de delitos más allá de que pudiesen considerarse procesalmente «conexos», acogándose así la tesis ya cristalizada en la jurisprudencia. Esa realidad impone que los autos de acumulación estén siempre abiertos a posibles variaciones determinadas por la aparición de una nueva condena referida a hechos que, por su cronología, sean acumulables. En los criterios ya plasmados y en lo referido a las condenas contempladas para incluirlas o excluirlas, la decisión no podrá variarse. Pero en lo atinente a esa nueva condena y la eventual posibilidad de agrupamiento

siempre será factible una nueva decisión para integrarla o no, variando en lo que proceda el auto anterior, incluso aunque haya sido confirmado o alterado en casación. No es admisible que las dilaciones en el enjuiciamiento de unos hechos alteren en perjuicio del reo (perjuicio que a veces puede ser muy notable) una norma de derecho penal material como es el art. 76 CP.

Finalmente debemos recordar, a efectos competenciales, lo decidido en Sala General de fecha 27/03/1998, donde se acordó que el Juez o Tribunal que haya dictado la última sentencia deberá, asimismo, acordar lo que proceda respecto a la acumulación entre sí de las penas correspondientes a las restantes causas que, atendiendo a las fechas de las sentencias y de realización de los hechos, no considere acumulables a las emanadas de la causa propia en la que dictó sentencia, conceptuada como la última del listado atribuible al reo (SSTS núm. 569/2009 ó 944/2006).

(...)

D) Con carácter preliminar, debemos dejar constancia de que las ejecutorias núm. 54/2004 y núm. 65/2002 (ordinales 17.º y 18.º del cuatro que precede) no pueden ser objeto de acumulación alguna, pues no consta que las penas de multa en ellas impuestas hayan sido convertidas en días de privación de libertad como consecuencia de su impago (art. 53 CP), como sí consta, en cambio, respecto de las multas impuestas en las ejecutorias núm. 499/2006 (ordinal 11.º) y 15/2001 (ordinal 14.º). Ello ha de ser así porque —según señalaba la STS núm. 954/2006, de 10 de octubre, seguida en los AATS núm. 342/2009, de 5 de febrero, 1642/2008, de 13 de noviembre, ó 2442/2006, de 16 de noviembre, por citar algunos— en toda acumulación hay que partir de tres ideas básicas: 1) la acumulación jurídica ha de ser de penas de la misma especie (art. 73 CP); 2) las penas deben ser ejecutadas sucesivamente, por el orden de su respectiva gravedad (art. 75 CP); y 3) habrá que estar, en todo caso, a los límites temporales del art. 76 CP.

Con esa premisa, deben ser excluidas de la acumulación aquellas ejecutorias que conlleven únicamente pena de multa no transformada en privación de libertad, dado que tal pena es susceptible de ser cumplida de forma simultánea con la privativa de libertad (art. 75) y su impago puede ser

sustituido también por otras penas no privativas de libertad, tales como trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente (art. 53.1 CP). En todo caso, la responsabilidad personal subsidiaria estará sujeta a la condena del impago de la multa impuesta, bien de forma voluntaria bien por la vía de apremio. Y no nos consta tal requerimiento de pago respecto de las dos ejecutorias apuntadas, como tampoco, en defecto de cumplimiento, su conversión en responsabilidad personal subsidiaria. No pueden entrar, por tanto, en la presente acumulación a ningún efecto.

(...)

E) No puede, por el contrario, acogerse la alegación relativa al derecho a la tutela judicial efectiva que, respecto de sí y de la posibilidad de articular quejas casacionales diferentes de las enunciadas por su compañero de profesión en la fase previa, ante el órgano «a quo», plantea el letrado que suscribe el recurso. Olvida, en primer término, que tal derecho compete al penado, y no al letrado que con carácter particular defiende su asunto. Los órganos judiciales han de velar por evitar la indefensión del justiciable en el proceso penal, garantizando una defensa efectiva mediante la oportuna asistencia técnica en defensa de los intereses de aquél. El expediente

de acumulación de condenas responde a la estructura de un proceso contradictorio, en el que el principio de igualdad de partes e interdicción de toda indefensión debe ser igualmente salvaguardado. Se produce, pues, una quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva causante de indefensión cuando dicho expediente se inicia a solicitud del interno sin prestarle en ningún momento del mismo la debida asistencia letrada que, con los conocimientos jurídicos inherentes a tal condición, pueda argumentar eficazmente en favor de su pretensión, en igualdad de condiciones frente a la otra parte procesal necesaria en este incidente, que es el Ministerio Fiscal. Es por ello insuficiente la mera petición personal del condenado para iniciar el procedimiento sin que con posterioridad, asistido técnicamente por letrado, se le dé audiencia a la vista de la documentación unida (hoja histórico penal y testimonio de las sentencias condenatorias) y del dictamen del Ministerio Fiscal. Tal vulneración del derecho de defensa acontece, en suma, cuando se omite el traslado del procedimiento al condenado y no se le dota de asistencia letrada, que deberá propiciarse de oficio a falta de designación particular (SSTS núm. 311/2013, de 10 de abril, ó 758/2012, de 11 de octubre), mas no por el mero cambio en el Letrado que conoce y defiende el expediente.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia 4/2013, AP Badajoz, de 29 de enero

Ponente: **Don Emilio Francisco Serrano Molera**

Resumen: **Daños y vejaciones injustas. Prueba en segunda instancia**

Recurso de Apelación: **n.º 1/2013**

Artículos: **620 y 625 Código Penal, 786, 790 y 973 LECrim**

Estudio de la doctrina constitucional sobre la posibilidad de dictar sentencia condenatoria en segunda instancia cuando la de primera instancia fue absolutoria: Vista en apelación y práctica de prueba en vista ante la Audiencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—En relación a la acusación pública, y mientras no se produzca una reforma procesal que lo habilite, es claro que tras la nueva doctrina constitucional, y con la excepción de los supuestos antes mencionados (inadmisión o falta de práctica de pruebas oportunamente pedidas; debate estrictamente jurídico o apreciación de prueba exclusivamente documental), goza de una única oportunidad para lograr la condena de la persona acusada.

En relación a la posición de los perjudicados por el delito que se hayan personado en la causa, la situación es idéntica, debiendo precisarse además que no ostentan un derecho subjetivo a obtener la imposición de una pena (Sentencias 199/96 de 3 de diciembre EDJ 1996/9676, 67/98 de 18 de marzo EDJ 1998/2919, 215/99 de 29 de noviembre EDJ 1999/36639 y 21/2000 de 31 de enero EDJ 2000/399, en la que se especifica que el derecho de acción penal no forma parte de los derechos fundamentales).

Sentencia 27/2013, AP Ciudad Real, de 29 de enero

Ponente: **Don José María Tapia Chinchón**

Resumen: **Incumplimiento de obligaciones familiares**

Recurso de Apelación: **n.º 162/2012**

Artículos: **50, 61, 66, 116 y 618 Código Penal**

Falta de incumplimiento de obligaciones familiares: Diferencia entre el incumplimiento civil y la infracción penal. Exigencia de dolo con una conducta deliberada y consciente. Rebaja de la pena de día multa por la inexistencia de justificación en la sentencia de instancia de la imposición de una más alta.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Trasladado lo dicho al régimen de visitas, con reiteración he señalado que no todo incumplimiento del mismo puede ser subsumido en el citado tipo penal. Sólo cuando el progenitor custodio despliega una conducta dirigida a impedir el cumplimiento del régimen de visitas con la finalidad de que el no custodio no pueda ejercer su derecho y su deber a relacionarse con sus hijos, o bien cuando no hace nada por garantizar su

adecuada ejecución cuando debía haberlo hecho, podemos hablar de la comisión de una falta. Por el contrario, cuando ese incumplimiento obedece a problemas en la ejecución del régimen de visitas o a discrepancias entre las partes en relación con la forma en el que debe cumplirse, salvo que mediante esa vía, en definitiva, lo que se busque no sea otra cosa que impedir la relación entre el progenitor y el o la menor, la cuestión deberá dilucidarse en el orden civil.

Sentencia 10/2013, AP Cuenca, de 29 de enero

Ponente: **Dona José Ramón Solís García del Pozo**

Resumen: **Conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas**

Procedimiento abreviado: **n.º 64/2012**

Artículos: **47, 50 y 379 Código Penal**

Conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas: Desestimación de la prueba del test de impregnación alcohólica por no haberse aportado el certificado de calibración del medidor. Condena en atención a las declaraciones de los agentes sobre el estado de embriaguez del imputado y a la hoja de sintomatología.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas del artículo 379 del Código Penal se configura como un delito de peligro abstracto que castiga el hecho de conducir con una determinada tasa de alcohol, y también el hecho de conducir bajo el efecto o influencia de bebidas alcohólicas, cuestión esta última que puede probarse a través de cualquiera de los medios probatorios existentes, por lo que el test de alcoholemia no es el único medio de prueba posible sobre la embriaguez (ver, entre otras, sentencias del Tribunal Constitucional de fecha 25 de noviembre de 1991 ó de 14 de febrero de 1992); igualmente la realización del tipo no depende de la verificación de un resultado de peligro concreto para la vida o integridad física de las personas;

sin embargo, ha de tenerse en cuenta que ello no implica una aplicación automática del delito, sino que ha de constatarse que la persona se encuentra bajo la influencia de las bebidas alcohólicas y que dicha influencia es determinante para un modo de conducir que crea o genera dicho peligro. En el presente caso examinadas las actuaciones, concluimos que se ha practicado prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia, así la prueba testifical practicada en el acto de juicio consistente en las manifestación del agente de la Policía local, contundentes y precisas al afirmar que él no estaba en condiciones de conducir un vehículo. En dicha declaración testifical se refiere también los hechos ocurridos antes de que la policía le diese el alto, que fue la razón de la intervención de la fuerza pública y que ponen de manifiesto una circulación irregular que llevó

al recurrente a dar un frenazo cuando vio el coche policial que casi, en expresión del testigo, le hizo colisionar con el mismo. Igualmente se recogen las manifestaciones del testigo en el sentido de que el acusado les manifestó haber ingerido bebidas alcohólicas, lo que se corrobora con las pro-

pias declaraciones del acusado y por último se deja constancia de datos que se consignaron en el hoja de sintomatología que son indicios claros de una significativa ingesta alcohólica: mucho olor a alcohol, deambulación inestable, ojos brillantes y sanguinolentos, ojos congestionados.

Sentencia 148/2013, AP Barcelona, de 3 de abril

Ponente: **Don Juli Solaz Ponsirenas**

Resumen: **Lesiones causadas con medio peligroso y falta de maltrato de obra**

Procedimiento: **n.º 4/2012**

Artículos: **16, 22, 57, 66, 109, 123, 138, 147, 148, 149 y 617 Código Penal**

Condena por lesiones causadas con medio peligroso: Acusaciones de homicidio en grado de tentativa y de lesiones que causan pérdida de miembro principal se desestiman por falta de acreditación de elementos del tipo. No se vulnera el principio acusatorio cuando se condena por un delito homogéneo aunque de menor entidad. No se incluyen en las costas las causadas por la acusación particular porque no se solicitaron.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—En la conducta del acusado no puede apreciarse, de modo indubitado, que tuviera intención de acabar con la vida del agredido. Así, se llega a dicha conclusión teniendo en cuenta diversos datos fácticos, como son, el medio utilizado por la agresión, como es una mancha cuyas características, si era de plástico o metálica, no han quedado acreditadas; la secuencia de los hechos, el acusado ve la presencia del lesionado en un primer momento y, sin hacerle caso, se va a comprar a un supermercado y a su regreso inicia una conversación con otra persona, sin dirigirse al denunciante; las expresiones utilizadas por el acusado momentos antes de la agresión, según la propia víctima ha declarado en el plenario, le dijo que si no se iba «le pegaría con la mancha» o, según lo manifestado por la testigo, Milagrosa, también en el acto del juicio oral, el acusado dijo a Nazario que si no se callaba «et fotaré amb això al cap», es decir, que en cualquier caso, no utilizó ninguna expresión que supusiera una anuncio de una intención homicida, si no que, en todo caso expresó un

deseo de hacerle daño, es decir, de atentar contra su integridad física. Además, pese a lo manifestado por la víctima, en el sentido de que el acusado le golpeó en numerosas ocasiones, la testifical de la citada Milagrosa, corroborada por la pericial médica, ratificada en el acto del juicio, confirma que el acusado acometió en una única ocasión a la víctima, causando dos únicos impactos en la misma, lo cual, tiene sentido y es perfectamente lógico, si se tiene en cuenta que el acusado portaba en la misma mano, con la que golpeó, unas bolsas llenas de productos, circunstancia ésta, por el peso de tales bolsas, que le impedía mover con plena libertad el brazo con el cual realizó la agresión. Por todo ello, se concluye que la intención del acusado no era acabar con la vida de la víctima si no que su conducta iba dirigida a causarle un daño físico, es decir, no existió un «animus necandi» y sí que concurría un «animus laedendi». En segundo término, tampoco puede apreciarse la concurrencia del delito de lesiones consumadas, tipificado en el artículo 149 del Código Penal; por cuanto, para la apreciación de la existencia del citado delito es exigible que la conducta del agre-

sor haya producido de forma directa la pérdida de un sentido, en este caso, la sordera del oído derecho del lesionado. Tal circunstancia, en modo alguno se ha acreditado durante la celebración del juicio oral; por cuanto, la declaración de los peritos que han declarado al efecto no ha aclarado tal circunstancia. Así, por un lado, tres médicos forenses, concretamente el Dr. Leocadia (cuyos informes constan en los folios 139, 312, 323 a 325 y 358), la Dra. Regina y el Dr. Justino (informes en los folios 520 y 521 de la causa), todos ellos ratificados en el plenario, consideran que existe una relación de causa-efecto entre la agresión de autos y la sordera del lesionado; sin embargo, otro médico forense, el Dr. Paulino (informe en los folios 319 a 322) y dos peritos de la defensa, los Drs. Teofilo y Luis Andrés (informes en folios 366 a 369), también ratificados todos ellos en el acto del juicio oral, discrepan de esa opinión i sostienen con toda rotundidad que no puede establecerse esa relación de causalidad entre la agresión y la pérdida de audición que actualmente presenta el lesionado. A la vista de tales informes contradictorios, de la rigurosidad profesional de todos ellos, de las exhaustivas explicaciones dadas por los reseñados facultativos en el plenario y de la no discutida formación profesional de todos los peritos mencionados, la Sala entiende que no puede afirmarse con la rotundidad necesaria que exige el ámbito penal en el que nos encontramos que la pérdida de audición que presenta el lesionado, Nazario, haya sido producida por la agresión de la que es autor Jesús. En consecuencia, al no quedar acreditado tal nexos causal, no es posible calificar las lesiones sufridas por la referida víctima como constitutivas del delito, previsto y penado en el artículo 149 del Código Penal, tal y como sostienen el Ministerio Fiscal, de forma única, y la acusación particular, con carácter alternativo... es evidente que los hechos que se declaran probados son constitutivos de un delito de lesiones dolosas con uso de objeto peligroso, tipificado en los artículos 147 y 148.1 del Código Penal, del que es autor responsable del mismo Jesús; sin que ello suponga una vulneración del principio acusatorio; por cuanto, tal calificación no implica una modificación sustancial de los hechos objeto de los correspondientes escritos de acusación, se trata de delitos homogéneos y, en cualquier caso, implican la imposición de una pena inferior a las reclama-

das por las correspondientes acusaciones... Pues bien en relación a los puntos de sutura, el acto de costura con que se reúnen los labios de una herida, precisa para restañar el tejido dañado y volverlo al estado que tenía antes de producirse la agresión, supone tratamiento quirúrgico, aunque se trate de cirugía menor... En último término, es de aplicación la modalidad agravada del delito de lesiones dolosas, descrito en el apartado primero del artículo 148 del Código Penal, es decir, haberse utilizado en la agresión algún objeto o instrumento peligroso para la vida o salud del lesionado; por cuanto, es un hecho no discutido y admitido por todos que el acusado utilizó una mancha para agredir al lesionado y, dicha mancha, si bien no se ha podido determinar si era de plástico o metálica, en cualquier caso, supone la utilización de un objeto contundente, y prueba de ello es el resultado lesivo objetivamente producido, que por sus características es potencialmente peligroso para la integridad física de las personas.

En último término, es de aplicación la modalidad agravada del delito de lesiones dolosas, descrito en el apartado primero del artículo 148 del Código Penal, es decir, haberse utilizado en la agresión algún objeto o instrumento peligroso para la vida o salud del lesionado; por cuanto, es un hecho no discutido y admitido por todos que el acusado utilizó una mancha para agredir al lesionado y, dicha mancha, si bien no se ha podido determinar si era de plástico o metálica, en cualquier caso, supone la utilización de un objeto contundente, y prueba de ello es el resultado lesivo objetivamente producido, que por sus características es potencialmente peligroso para la integridad física de las personas.

F.J 6.º: Conforme a lo dispuesto en los artículos 123 del Código Penal y 239 y 240.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las costas procesales han de imponerse, por razón de la condena, a los acusados, concretamente a Jesús las correspondientes al delito y a Rubén las correspondientes a la falta; pero, en cualquier caso, no puede incluirse en dicha condena en costas las correspondientes a la acusación particular, puesto que, las mismas no han sido reclamadas de forma expresa por su representación procesal en su escrito de conclusiones provisionales, elevadas a definitivas en el plenario sin ningún tipo de modificación... Pese a la confusa regulación de las costas en el proceso

penal, tanto la doctrina procesal cita actual como la jurisprudencia coinciden en destacar su naturaleza procesal, cuyo fundamento no es el punitivo sino el resarcimiento de los gastos procesales indebidamente soportados por la parte perjudicada por el proceso, bien sea la acusación particular, la pri-

vada o la acción civil que representan a la víctima o perjudicado por el delito y deben ser resarcidos de gastos ocasionados por la conducta criminal del condenado, bien el condenado absuelto en caso de acusaciones infundadas o temerarias (art. 240.3 de la L.E.Criminal).

Sentencia 42/2013, AP Madrid, de 8 de abril

Ponente: **Don Mario Pestana Pérez**

Resumen: **Responsabilidad civil en juicio de menores**

Recurso de Apelación: **n.º 108/2012**

Artículos: **61, 62, 63 y 64 LORPM**

Responsabilidad civil derivada de infracción penal de menor: Plazo de prescripción de la acción de 15 años. Declaración de nulidad de actuaciones por no haber seguido debidamente los trámites de formación de la pieza de responsabilidad civil con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Distinta suerte debe correr el segundo motivo del recurso, asociado a una pretensión de nulidad. En efecto, el examen de la pieza revela que se ha producido una grave vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, ya que ni consta que se diese traslado del escrito de demanda a la parte demandada y ahora recurrente, ni tampoco que se la citase a la audiencia celebrada en el Juzgado de Menores el día 7 de julio de 2010, acto al que no compareció. Así, consta al folio 26 que por providencia de fecha 26 de octubre de 2006 se acordó dar traslado de la demanda formulada a los demandados para que la contestasen en el plazo de 10 días. Al folio 32 figura providencia de fecha 22 de junio de dicho año, en la que se afirma que no se ha presentado escrito de contestación y se

acuerda convocar a una vista oral para el día 7 de julio de 2006. Al folio 34 consta el acta de audiencia, que se celebró sin la comparecencia de los demandados, y a continuación —folios 35 y ss.— figura testimonio de la sentencia ahora recurrida.

Debe apreciarse, en consecuencia, la lesión del citado derecho fundamental que consagra el artículo 24 de la Constitución Española, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en relación con el artículo 240.1 de dicha Ley—, procede estimar la pretensión articulada por la parte recurrente y declarar la nulidad de la audiencia celebrada en la instancia el día 7 de Julio de 2006 y de la sentencia recurrida, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento previo al traslado del escrito de demanda a los demandados.

Sentencia 181/2013, AP Madrid, de 15 de abril

Ponente: **Don José María Casado Pérez**

Resumen: **Asesinato en grado de tentativa y tenencia ilícita de armas**

Procedimiento: **n.º 7/2012**

Artículos: **16, 62, 139 y 563 Código Penal**

Tentativa de asesinato: condena por concurrencia de los elementos que elevan la calificación de la acción a esa incriminación: intencionalidad homicida y alevosía. Tenencia ilícita de armas: basta mera posesión con disponibilidad de uso para condena.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.— (...) «la doctrina científica y jurisprudencial considera el delito de tenencia ilícita de armas como un delito permanente, en cuanto la situación antijurídica se inicia desde que el sujeto tiene el arma en su poder y se mantiene hasta que se desprende ella; como un delito formal, en cuanto no requiere para su consumación resultado material alguno, ni producción de daño (...); exigiendo tal acción del tipo la disponibilidad del arma, es decir la posibilidad de usarla según el destino apropiado de la misma. Como elemento subjetivo atinente a la culpabilidad se exige el «animus posidendi», esto es, el dolo o conocimiento de que se tiene el arma careciendo de la oportuna autorización, con la voluntad de tenerla a su disposición, pese a la prohibición de la norma». En el caso que nos ocupa, se recuperó, como se ha dicho, una vaina en el lugar de los hechos, que fue objeto del correspondiente informe de balística, estando probado por lo expuesto con anterioridad, que dicha vaina corresponde al arma que utilizó el acusado para disparar a la víctima, por lo que

estaba en posesión de ella, tratándose de arma rectificada, incluida en el Reglamento de Armas

El informe pericial (folios 86 a 102) concluye que la vaina analizada corresponde un cartucho detonante de 9x 22 mm., de fabricación italiana, observado los peritos «una manipulación del cierre de plástico verde, tendente a convertir el cartucho detonante en otro de fuego real cargado con bala, apto para ser disparado en pistolas detonadoras modificadas».

De su hallazgo y características se ha de inferir que el acusado estaba en posesión de una pistola detonadora rectificada o modificada para convertirla en un arma de fuego capaz de disparar proyectiles que pueden causar la muerte, producto de la modificación sustancial de una pistola detonadora, por lo que es de aplicación el artículo 563 del Código Penal, sin que se necesario probar que el acusado fuera la persona que realizó tal modificación, siendo evidente que conocía el poder mortífero del arma que utilizó, que su utilización equivale a su posesión y que el arma estaba modificada por las explicaciones de los peritos sobre la vaina analizada.

Sentencia 270/2013, AP Granada, de 26 de abril

Ponente: **Doña María Aurora González Niño**

Resumen: **Delito de injurias mediante comentario en periódico digital**

Procedimiento abreviado: **n.º 182/2012**

Artículos: **11 LOPJ, 208 y 209 Código Penal y 579 LECrim**

Injurias: Comentario en periódico digital remitido desde un ordenador de uso común a varias personas. Absolución por entender nulo el auto que autorizó la averiguación del origen de las comunicaciones por no tener por finalidad investigar un delito grave, ya que las injurias no pueden considerarse como tal en atención a la pena asignada.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Pero es la propia resolución judicial en sí, el auto citado de 2 de diciembre de 2010, la que no resiste las exigencias de legalidad que impone la ley específica reguladora de la obtención de datos relativos a las comunicaciones efectuadas por medio de la telefonía móvil o fija o por Internet para su conciliación con el derecho a la privacidad e intimidad de las comunicaciones, esto es, la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones (en lo sucesivo, LCDCERPC), sencillamente ignorada por el auto autorizante pese a que se encontraba (y se encuentra) en vigor desde hacía más de tres años, cual demuestra la alusión que en el propio auto se hace a la normativa anterior, esto es el art. 12 (que no el 11 como equivocadamente se cita en el auto) de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (también mal identificada en el auto), expresamente derogado por la nueva Ley, el cual, sin más exigencias, concedía a Jueces y Tribunales y al Ministerio Fiscal la facultad de reclamar los datos a los operadores, y establecía la correlativa obligación de éstos de conservarlos y cederlos. Con la nueva normativa, los datos objeto de conservación y cesión según el art. 3-1-a) 2.º, de la LCDCERP, respecto del acceso a Internet, correo electrónico por Internet y telefonía por Internet, para rastrear e identificar el origen de una comunicación, son la identificación de usuario asignada, el nombre y dirección del abonado o del usuario registrado al

que se le ha asignado en el momento de la comunicación una dirección de protocolo de Internet (IP), una identificación de usuario o un número de teléfono, e incluso conforme a la letra c) del precepto, quedan sometidos al régimen de su regulación la obtención de los datos necesarios para determinar la fecha, hora y duración de una comunicación, es decir, justo todos los que se recabaron y obtuvieron gracias a aquella resolución judicial, y fueron plasmados en el informe pericial que nos ocupa.

Pero la resolución judicial autorizante de la injerencia en nuestro caso incumple abiertamente los fines que debe perseguir la obtención de esos datos según el art 1 de la indicada Ley, puestos en relación con la protección constitucional del derecho a la privacidad e intimidad de las comunicaciones a que se refiere la Exposición de Motivos: la detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales, remitiendo por tanto esa indicación legal al juicio de proporcionalidad que toda injerencia en los derechos fundamentales de las personas debe sopesar la resolución judicial que la autorice para justificar la decisión de sacrificarlos.

A falta de un desarrollo constitucional o jurisprudencial sobre lo que debe considerarse «delito grave» conforme al art. 1 de la LCDCERPC, para lo cual no sirven ninguna de las citas de sentencias que ilustran los escritos de recurso e impugnación al mismo deducidos por Acusación Particular y Defensa, podríamos acudir a la definición del delito grave en el art. 13 del Código Penal como aquél que

lleva aparejada pena grave, con remisión por tanto al art. 33-1 que cataloga las penas graves según su clase o duración; pero tampoco podemos ignorar la evolución de la doctrina constitucional en torno a la exigencia de la proporcionalidad de las injerencias judiciales más intensas en el secreto de las comunicaciones mediante la interceptación de su contenido (vg., escuchas telefónicas), expresamente excluida del ámbito de aplicación de la LCD CERPC, utilizando, además del criterio normativo del propio Código Penal, otros como los ya clásicos de la «relevancia social del hecho» o «el bien jurídico protegido», en una línea expansiva sobre la base de la deficitaria regulación legal en el art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que incluso fue más allá en la STC 104/2006 de 3 de abril, para afirmar la proporcionalidad de la injerencia por la «potencialidad lesiva del uso de instrumentos informáticos para la comisión del delito», debido a la grave dificultad de su persecución por los medios de investigación tradicionales en la lucha contra auténticos santuarios de impunidad, aunque siempre dentro de un contexto de mínima gravedad o relevancia social.

Ignorando cuál será la postura del Tribunal Constitucional ante la expresa reserva del ámbito de aplicación de la LCD CERPC a los delitos graves contemplados en nuestras leyes penales, y si esa restricción legal frenará la laxa interpretación que ha hecho del concepto por la finalidad a la que tiende esta Ley (en definitiva, poner límite a las investigaciones criminales en cuanto comprometen la fluidez y garantía del anonimato en el cada vez más ágil tráfico de comunicaciones telefónicas y por Internet), de lo que no nos cabe duda es que el delito cuya autoría se investigó en el proceso gracias a la autorización judicial de la

injerencia, unas injurias, no merece el calificativo de delito grave ni por la pena que le asigna el art. 209 del Código Penal (multa de hasta catorce meses), ni por su trascendencia social (se trata de un delito que afecta a la esfera puramente privada de la persona ofendida), ni por el bien jurídico protegido —el honor— que, aún tratándose también de un derecho fundamental, encuentra en nuestra legislación una protección penal de segundo orden significadamente menor que la del derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, justo los que aquí se encontraban en conflicto, cuya lesión puede alcanzar una responsabilidad penal de hasta siete años de prisión de acuerdo con su tipificación en el art. 197 del Código Penal. Y éste ha sido el criterio de esta misma Sala (vg., autos de 22 de enero de 2010 ó de 18 de mayo de 2012) negando, al amparo de la LCD CERPC, la procedencia de autorizar judicialmente este medio de investigación a los delitos de calumnias e injurias.

Cuarto.—Las anteriores consideraciones conducen, pues, a declarar la nulidad de todos los actos de investigación practicados en el proceso en averiguación de la identidad del usuario de Internet que remitió el comentario al diario digital, por vulnerar la resolución judicial que autorizó la injerencia los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones del remitente según lo expuesto, y, por ende, constatamos la ineficacia probatoria del informe pericial cuestionado por el apelante, como prueba de cargo obtenida directamente de la ilícita injerencia, en estricta aplicación del art. 11-1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que proclama que «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos o libertades fundamentales».

Sentencia 88/2013, AP Las Palmas, de 3 de mayo

Ponente: **Don Ignacio Marrero Francés**

Resumen: **Conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas**

Recurso de Apelación: **n.º 55/2012**

Artículos: **379 Código Penal, 790 y 791 LECrim**

Conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas: Estudio de las dos modalidades recogidas en el artículo 379 del Código Penal. Si la tasa es superior a 0,60 no es necesario estudiar la influencia de la ingesta de alcohol en la conducción.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sexto.—Se ha de tener presente que el tipo penal del artículo 379.2, inciso segundo, del Código Penal, de nueva creación, constituye un adelanto de la barrera de protección penal en el sentido de que, a diferencia del primero («bajo la influencia») no requiere «el resultado de peligro» atribuible a la ingesta alcohólica previa de una anómala o antireglamentaria conducción, sino que la existencia de este «peligro» para el tráfico rodado se presume ex lege siempre que se conduzca un vehículo con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0'60 mg o una tasa de alcohol en sangre superior a 1'2 gramos (peligro presunto) a partir de la cual se entiende que las facultades del sujeto conductor se hallan siempre objetivamente afectadas, por lo que conducir con la misma integra una conducción temeraria.

Séptimo.—En este sentido, el Juez de instancia en el Fundamento de Derecho Primero explicita los medios de prueba que ha tomado en consideración para alcanzar la convicción que le ha llevado al relato de hechos probados, y, en su consecuencia, al pronunciamiento condenatorio respecto del recurrente por un delito contra la seguridad vial previsto y penado en el artículo 379 del Código Penal. Así, el Juez a quo argumenta que su convicción se ha producido tras la

valoración de las pruebas practicadas en el plenario, y, muy particularmente, valorando por un lado las declaraciones de los agentes intervinientes en su día en la redacción del atestado policial, y, por otro lado, teniendo en cuenta las declaraciones del propio acusado. En tal sentido, significa el Juez a quo que los agentes ratificaron en el plenario el atestado cuya instrucción dio lugar a la incoación de las presentes actuaciones, narrando «... todos ellos que el acusado se hallaba claramente bajo la influencia de bebidas alcohólicas constando además que el acusado fue sometido a la prueba alcohométrica que dio un resultado de 0.93 y 0,90 miligramos de alcohol por litro de aire espirado que el acusado, estando el aparato de medición homologado y sin que conste que el mismo no funcionara correctamente, sin que además dicho resultado haya impugnado de contrario, habiendo reconocido el acusado el resultado de la prueba. Dicho resultado a la luz de lo establecido en la vigente redacción del art. 379 Cp, hace que la conducta del acusado sea constitutiva en todo caso del delito tipificado en dicho precepto y ello al margen de los síntomas que pudiera presentar el acusado, los cuales tal y como reflejan el atestado en el que se han ratificado los agentes actuantes son reveladores igualmente de la influencia de bebidas alcohólicas en el acusado mereciendo pleno crédito las manifestaciones de los agentes...» —sic—

Sentencia 239/2013, AP Burgos, de 15 de mayo

Ponente: **Don Luis Antonio Carballera Simón**

Resumen: **Estafa con medios informáticos**

Procedimiento abreviado: **n.º 10/2013**

Artículos: **248 y 249 Código Penal, 741, 787 y 793 LECrim**

Estafa: Realización de transferencias por medios informáticos sin consentimiento del titular de la cuenta. Sentencia de condena de conformidad para dos acusados. Condena también al tercer acusado que no comparece al juicio oral: Justificación de la existencia de pruebas indiciarias contra él.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—La singularidad del caso, radica en el hecho de que los acusados Edurne y Olegario, y en el trámite inicial del juicio, mostraron su plena conformidad con los hechos y tipos penales imputados por el Ministerio Fiscal, así como con las penas y responsabilidad civil solicitadas, prestando su conformidad su Defensa, lo que hace innecesaria una motivación individualizada de su participación en tales hechos, procediendo, en consecuencia, dictar sentencia de estricta conformidad, sin más trámites, respecto a los mismos, conforme a lo dispuesto en el artículo 793 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Con ello, no se ha vulnerado el derecho a un proceso justo reconocido en el art. 24 de la Constitución, en relación con el también acusado Jose María — el cual estaba citado en legal forma y conocía las consecuencias de su incomparecencia, tal y como consta al folio 444 de las actuaciones—, puesto que el juicio se ha celebrado en plenitud, practicando las pruebas propuestas por las partes y, por tanto, gozando las mismas del derecho de contradicción que inspira el proceso penal, lo cual necesariamente debe llevar a valorar en exclusiva la prueba

practicada en relación con la imputación sustentada contra éste acusado por la Acusación Pública.

Por su parte, la defensa del mismo niega en todo momento la voluntariedad en los hechos imputados y que dan origen a la presente causa, alegando en su defensa el principio de presunción de inocencia, que significa, como indica la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de Julio de 2.008, «el derecho de todo acusado a ser absuelto si no se ha practicado una mínima prueba de cargo acreditativa de los hechos motivadores de la acusación, desarrollada o contrastada y ratificada en el juicio oral, con sujeción a los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad».

Ante ello, la pregunta inicial que deberemos hacernos es si en el presente caso existe prueba de cargo bastante para quebrar la presunción de inocencia indicada. La respuesta debe ser inmediatamente afirmativa, ya que en el acto del Juicio Oral ha quedado razonablemente inferido el conocimiento y la voluntad en el acusado de obtener un enriquecimiento ilícito en perjuicio del denunciante, con virtualidad eficiente como para quebrar la voluntad del mismo.

Sentencia 642/2013, AP Madrid, de 16 de mayo

Ponente: **Don Mario Pestana Pérez**

Resumen: **Delito de homicidio en grado de tentativa**

Procedimiento: **n.º 9/2012**

Artículos: **61, 62, 63 y 64 LORPM**

Tentativa de homicidio: Víctima que es disparada por uno de los condenados mientras el otro anima a continuar la agresión e impide la huida. Consideración como coautor y no como inductor. Diferencia entre ambas figuras.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El transcrito párrafo primero del artículo 28 del vigente Código Penal introdujo de

forma expresa, por vez primera vez en la Historia de la codificación penal española la modalidad de «autoría» consistente en la realización conjunta, por una pluralidad de personas, del hecho tipifi-

cado como infracción penal, conocida tanto en la bibliografía especializada como en la práctica judicial como «coautoría».

La redacción literal del precepto resulta semánticamente muy comprensiva, existiendo un alto nivel de coincidencia entre los penalistas españoles en que es «autor» quien personalmente ejecuta la totalidad del comportamiento típico o quien, actuando como «autor detrás del autor» («Der Täter hinter dem Täter») se vale de un tercero, que la realiza materialmente, sirviéndose de él como de un «instrumento (Werkzeug) humano» («máquina humana», en expresivas palabras de la Sentencia de 21 de diciembre de 1967); pero también no sólo quienes colectiva y simultáneamente ejecutan la totalidad del comportamiento típico (coejecución conjunta total) sino también (caso de la coejecución fraccionada) cada uno de los que se reparten respectivamente la realización separada de la pluralidad de actos en que se desglosa (en un claro ejemplo de división del trabajo criminal), con arreglo a un plan preconcebido, el hecho típico. En términos coincidentes, en el artículo 25.3 del Estatuto de 1998 del Tribunal Internacional de Justicia se establece que «... será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable...»

[1.2] La calificación de la actuación de Nicanor como autoría conjunta fraccionada.

En el presente caso, parece probado que localizaron a Luis María cuando se encontraba en el interior de un coche estacionado en el Camino del Muro de la Leña, en el poblado de Valdemingómez, en el término municipal de Madrid.

No lo está que lo hubieran seguido hasta el lugar de acuerdo con un plan preconcebido o que se hubieran encontrado accidentalmente con él aunque cuando sea más probable la primera hipótesis, dado el resto de las circunstancias concurrentes.

Del modo de proceder José y su acompañante cabe inferir, más allá de toda duda razonable que:

[a] actuaban puestos de común acuerdo;

[b] desde un principio se habían propuesto acabar con la vida de Luis María;

[c] de acuerdo con el plan preconcebido, el acompañante de Nicanor se encargaría de ejecutar el homicidio, disparando contra Luis María con el arma de fuego que llevaba;

[d] Nicanor, tras un primer disparo, se colocó de forma que cerraba la huída de Luis María, impidiéndole salir del vehículo mientras su acompañante efectuaba dos nuevos disparos.

La actitud que en un momento dado adoptó Nicanor pudiera sugerir que también él llevaba otra arma de fuego, pero este extremo no está suficientemente probado.

Sí lo está que Nicanor se comportó como si fuera el jefe o director de la operación, incitando (si no ordenando) a su acompañante a que disparara contra Luis María para acabar con la vida de éste.

De esta forma se infiere, más allá de toda duda razonable, que ambos agresores actuaban de acuerdo con un plan preconcebido (poco importa, a estos efectos si con cierta antelación o al dar accidentalmente con el coche en cuyo interior se encontraba Luis María), con distribución de roles de tal manera que lo ejecutaban parcialmente por lo que está justificado poner a cuenta de cada uno lo llevado a cabo por el otro.

[1.3] La posible consideración cumulativa de la actuación de Nicanor como inducción sobrevenida o incurrerente.

Independientemente de lo anterior, la actitud de Nicanor en el curso de la ejecución (final y afortunadamente frustrada del plan homicida) transmutó (o combinó) su papel de coejecutor por el de inductor de la persona que con él estaba actuando.

De acuerdo con el transcrito artículo 28 del vigente Código Penal, merecen el mismo trato jurídico penal que los autores en sentido estricto «...a) [los] que inducen directamente a otro u otros a... [ejecutar el delito]...».

El artículo 14 del anterior Código Penal disponía:

«... Se consideran autores:

1.º Los que toman parte directa en la ejecución del hecho.

2.º Los que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlo.

3.º) Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado...».

A diferencia del punto de vista inspirador de este precepto, en que se equiparaban a la inducción el empleo de la fuerza para que otro ejecute el hecho delictivo (y que hoy encajaría en la modalidad de la «autoría mediata») actualmente la inducción se concibe como una forma de «autoría intelectual», en tanto que la utilización obligada de un tercero para ejecutar total o parcialmente el hecho delictivo pasa a ser tratada como caso de «autoría mediata».

La inducción, explica la Sentencia 539/2003, de 30 de abril, «... es una forma de participación en un delito ajeno...», que, en buena técnica conceptual ha de diferenciarse de la autoría mediata de acuerdo con el estereotipo del «Hinterman», «el hombre que está detrás», que maneja a su albedrío y en su interés al que «está delante» («Vordermann», agente inocente, «innocent agent», si se quiere utilizar la terminología del Common Law, que presupone su falta de dolo), a las que la asimila discutiblemente la Sentencia 835/2010, de 6 de octubre.

«... Para la existencia de autoría por inducción —precisa la Sentencia 549/1997, de 26 de abril— es preciso una actividad del inductor, que aunque no se refleje en una intervención directa e inmediata en la comisión del delito,... se realiza mediante una influencia eficaz, suficiente y directa, aunque se admite también que pueda ser por persona intermedia, que persuada e impulse el ánimo del inducido a actuar...». EL contenido de la inducción —interpretaba la Sentencia 1312/1994, de 24 de junio, anterior al Código Penal vigente, pero aplicable igualmente a él— «... abarca las formas de mandato orden, consejo, instigación, constitución de sociedades, etc. (SS 30 diciembre 1980, 25 junio 1985, 21 marzo 1986 y 11 enero 1989)...». Meses más tarde, la Sentencia 1978/1994, de 10 de noviembre, coincidía sustancialmente con ella, interpretando que «... [la] inducción criminal equivale a consejo, mandato, inspiración o persuasión que se ejerce sobre una segunda persona...».

La ya calendada Sentencia 539/2003, de 30 de abril (en sintonía con la precedente 421/2003, de 10 de abril), enseña que «... consiste en suscitar

en otro, dolosamente, la resolución de cometer el acto punible. Se exige que éste sea cometido libremente por el inducido, que actúa como autor inmediato con dominio del hecho, aunque no se debe descartar la posibilidad de que el inductor no se limite a hacer que nazca la resolución criminal en el inducido sino que colabore activamente con actos propios en la realización del hecho, en cuyo caso nos encontraríamos ante una participación dual que reuniría elementos de la inducción y de la cooperación necesaria. Por lo demás, cabe recordar, siguiendo la constante jurisprudencia de esta Sala, que la inducción ha de ser:

- a) anterior al hecho punible puesto que es su causa,
- b) directa, es decir, ejercida sobre una persona determinada y encaminada a la comisión de un delito también determinado,
- c) eficaz o con entidad suficiente para mover la voluntad del inducido a la realización del hecho perseguido,
- d) dolosa en el doble sentido de que conscientemente se quiere tanto inducir como que se comete el delito a que se induce

y e) productora de su específico resultado porque el inducido haya, por lo menos, dado comienzo a la ejecución del delito. Desde otro punto de vista, debe decirse que la inducción, como cualquier otra forma de participación está regida por el principio que la doctrina y la práctica judicial denomina de «accesoriedad media o limitada» conforme al cual es suficiente, para que el tipo de inducción quede integrado, que el hecho principal sea típicamente antijurídico aunque su autor no sea culpable por falta de dolo o concurra en él una causa de impunidad como el error de prohibición. La acción del partícipe es punible porque contribuye decisivamente a la producción de un injusto típico y su culpabilidad completa los elementos constitutivos del delito que eventualmente faltaren, por ejemplo, el dolo del autor material o la punibilidad si ésta quedare excluida por el error en que el mismo se encontrare...».

En este sentido, la Sentencia 1502/2004, de 27 de diciembre, advierte que «... basta] que el inductor obre con dolo eventual, lo que constituye el límite de su responsabilidad caso de exceso del inducido...», debiendo ponerse el resultado a

cuenta del primero cuando «... debió representarse como muy posible la acción desarrollada por el autor directo...»; porque, como se lee en la Sentencia 469/2002, de 19 de marzo, «... los límites del dolo del inductor deben tratarse de forma más amplia, que los límites de dolo en la coautoría o en la autoría inmediata, ya que pertenece a la esencia de la inducción que el inductor confiere al inducido los detalles de la ejecución...».

La doctrina jurisprudencial actual entronca con la anterior al vigente Código Penal. Así, la Sentencia 1978/1994, de 10 de noviembre, enseñaba que «... [la] inducción criminal equivale a consejo, mandato, inspiración o persuasión que se ejerce sobre una segunda persona. Por eso en la inducción existe la concurrencia de dos voluntades cuya coincidencia o acuerdo determina la infracción delictiva.

Al respecto ha de señalarse, a) que la inducción no requiere para su existencia la anulación de la «segunda voluntad» aunque la influencia psíquica del inductor incida de modo eficaz y directo sobre ella, b) que esa influencia se puede concebir con independencia de la libertad individual que al inducido corresponde, razón por la cual la responsabilidad del inductor no lleva consigo la irresponsabilidad del inducido, de la misma manera que la concurrencia de alguna circunstancia exoneradora de responsabilidad en éste no afecta a la responsabilidad de aquel, c) que el inductor acaba siendo responsable no sólo de los hechos que había previsto y deseado, sino de las consecuencias que causalmente se produzcan, es decir de sus resultados, lo que no implica que las circunstancias no delictivas de carácter personal, que en el inducido se den, tengan que afectar a la responsabilidad del inductor, d) que la inducción opera, sobre alguien que no estaba decidido a cometer la infracción, de forma intensa, adecuada, directa y suficiente en relación a la comisión de un delito concreto y e) que esa eficacia no implica una imposición de la voluntad de una persona sobre otra, sino de una simple persuasión sobre la libertad de decisión del inducido que, sin estar eliminada o disminuida, acepta la

excitación, al sugerencia o el acicate, con lo cual surge así una especie de coordinación de voluntades ligadas por una evidente relación causal...».

Y añade, poco después: «... Sabido es que el exceso de la inducción («excesus mandati») obliga a distinguir dos supuestos distintos. De un lado el exceso en los fines, o cualitativo, en cuyo caso el delito más grave y distinto cometido por el inducido no es imputable al inductor, salvo que el exceso de aquel se estimase consecuencia previsible de lo provocado. De otro el exceso en los medios, o cuantitativa, en el que el inductor ha de responder si el medio empleado no cambió la naturaleza del delito propuesto, de tal modo que si con esos nuevos medios se consumó una infracción distinta de la propuesta al ejecutor material, se llegaría entonces al exceso cualitativo e antes y a la irresponsabilidad del instigador...».

Tal como refiere lo ocurrido la víctima, Nicanor actuaba desempeñando un rol de jefe o director de la operación. Las voces —de ánimo, de exhortación, de mando— que dirigía a su acompañante tenían el claro propósito de incitarlo a que consumara el homicidio, acaso creyendo que mostraba cierta vacilación. Este esfuerzo por provocar el envalentonamiento («incoraggiamento», en la terminología de un sector de la penalística italiana) de otra persona coincide con uno de las posibles modalidades de inducción, a tenor de su descripción legal, que comprende actualmente la orden, la sugestión o el convencimiento para conseguir que haga lo que el inductor quiere. Así, es posible establecer, como se lee en la Sentencia 815/2011, de 11 de julio, el nexo de «... imputación objetiva entre esa inducción y el resultado producido, que ha sido concreción del peligro creado con... [la] conducta...» de Nicanor...

El acusado, sólo por eso, sería responsable en concepto de coautor; pero a lo anterior hay que añadir que existe prueba convincente de que asumió un papel de director de la operación y encargado de estimular, dar seguridad y envalentonar a su acompañante, encargado de disparar materialmente sobre la víctima.

Sentencia 52/2013, AP Madrid, de 16 de mayo

Ponente: Don Joaquín Delgado Martín

Resumen: Delito contra la salud pública. Sustancias que causan grave daño a la salud

Procedimiento Abreviado: n.º 34/2013

Artículos: 368 y 369 Código Penal y 263 LECrim

Tráfico de drogas: Condena. Sustancia que causa grave daño a la salud pública (cocaína) en notoria importancia. La aplicación del tipo exige el elemento objetivo consistente en la posesión y el subjetivo del ánimo de transmisión. Multa equivalente al valor de venta.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—El tipo penal del artículo 368 CP contiene un elemento objetivo consistente la posesión de las sustancias nocivas; y otro subjetivo o anímico que radica en la intención de transmitir lo poseído a terceros, favoreciendo así el consumo ajeno. En el caso presente resulta plenamente acreditado el elemento objetivo por cuanto, tal y como se ha descrito en el relato de Hechos Probados, la acusada fue detenida tras aceptar la recepción de un paquete en cuyo interior se encontraba un paquete con una pieza metálica que tenía oculta considerable cantidad de cocaína en su interior; este paquete había sido remitido desde Colombia a través de la empresa de transportes TNT, y se había autorizado su circulación y entrega vigilada por el Juzgado de Instrucción competente...

Quinto.—El elemento subjetivo del delito de tráfico de drogas está compuesto por la conciencia de lo que se transporta y posee, y por la voluntad de poseerlo y transportarlo, en definitiva los dos elementos configuradores del dolo. A estos efectos es necesario tener presente que la jurisprudencia viene considerando que el dolo eventual es suficiente, señalando la STS de 16 de julio de 2001, haciéndose eco de la de 19 de febrero de 2000,

que «cuando el desconocimiento de la sustancia realmente objeto del tráfico es consecuencia de la indiferencia del autor, no se excluye el dolo, pues en estos casos el autor sólo tiene una duda, pero no obra por error o ignorancia, ya que sabe que los hechos pueden ser diversos y, sin embargo, acepta realizar la acción delictiva».

(...).

Séptimo.—Cabe constatar la dificultad de probar la concurrencia de un elemento interno consistente en la intención de transmitir lo poseído a terceros favoreciendo el consumo ajeno. Pese a ello, el Tribunal Supremo viene estableciendo de forma reiterada que ese elemento interno puede ser inferido, de indicios o factores externos y objetivos que trasluzcan y evidencien el propósito promocional de la droga, entre los que se hallan la ausencia de la condición de toxicómano en el tenedor, la cantidad de droga aprehendida, la intervención de medios o instrumentos para su comercialización o dosificación (balanzas de precisión, papelines destinadas a servir como envoltorios, etc.), la naturaleza y condiciones intrínsecas de la nocividad de la sustancia, circunstancias de su aprehensión y cualquier otro dato revelador de la intención del sujeto.

Sentencia 239/2013, AP Madrid, de 17 de mayo

Ponente: **Doña María José García-Galán San Miguel**

Resumen: **Tenencia de pornografía infantil**

Recurso de Apelación: **n.º 32/2013**

Artículos: **189 Código Penal y 741, 742, 790 y 791 LECrim**

Posesión de pornografía infantil: recuperación por policía científica de archivos ya borrados en el ordenador. Absolución en la instancia. Recurso del Ministerio Fiscal pidiendo diferente calificación de hechos probados. Aunque la Audiencia entiende que sí existe delito porque existió tenencia del material pornográfico no puede modificar el fallo sin una nueva valoración de las pruebas personales, por lo que mantiene la absolución.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—No se entiende por qué los hechos dejan de ser típicos por el borrado ulterior, una vez se declara probada la posesión y por tanto la comisión del delito. Se argumenta en la sentencia recurrida que «Poseer significa, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua ‘tener uno en su poder una cosa’ y posesión ‘acto de poseer o tener una cosa corporal con ánimo de conservarla para sí o para otro’ y por extensión, se dice también de las cosas incorpóreas las cuales en rigor no se poseen’». No entendemos si a través de esa definición del diccionario se llega a la conclusión que no habría posesión si no se ha tenido la intención de conservar, o tal conclusión se alcanza por tratarse de algo incorpóreo que llega al ordenador por la red. Ambas conclusiones resultan claramente contrarias no sólo a la literalidad, sino también a la finalidad de la norma, que no es otra que la de castigar al consumidor o destinatario final de la pornografía infantil, aunque éste a su vez no la difunda de forma voluntaria, como medio de lucha eficaz contra la explotación de menores, como más adelante analizaremos.

Hay que decir que la posesión es un concepto jurídico, al margen de las definiciones que pueda ofrecer la Real Academia de la Lengua. Sería un contrasentido afirmar que el que pretende adquirir como consecuencia de un contrato de compraventa aunque sea de un bien o derecho prohibido, tras el pago del precio que en este caso ascendía a

la cantidad de 61’43 euros y haber recibido como contraprestación la entrega de la cosa, no haya poseído por el hecho de que esa posesión no sea indefinida o no haya cesado.

No hay razones para entender que el delito se refiere sólo a la posesión actual, y no a la anterior, si bien ésta última de mayor dificultad probatoria, pero que en este caso ha sido declarada probada contundentemente. Y si se excluyera una posesión que no tenía vocación de permanencia durante largo tiempo, el delito quedaría vacío de contenido.

Cuando se tipifica en la reforma legal de 2003 la posesión es una forma de castigar al consumidor. Es cierto que el consumo de productos prohibidos no siempre tiene relevancia penal, como ocurre a modo de ejemplo con los delitos de salud pública en relación a las drogas, en que no se castiga al consumidor; pero esa determinación de su inclusión en el Código Penal es una decisión del legislador democrático. En este caso se ha decidido en la regulación de los delitos de pornografía infantil castigar también al consumidor final o destinatario, como medio eficaz de luchar contra este tipo de conductas.

Tercero.—(...)

Así, nos encontramos en esta segunda instancia, pese a no compartir la conclusión jurídica que sustentó la sentencia absolutoria por considerar atípica la conducta declarada probada en base a la prueba practicada, con la imposibilidad jurídica

de hacerlo sin vulnerar derechos fundamentales. No podemos fundar en derecho la condena del apelado, como pide el Fiscal, pues no podemos sustituir al juzgador de instancia en la necesaria explicitación de la valoración de las pruebas. Con ello nos veríamos obligados a realizar una nueva valoración de las pruebas personales, entre otras, lo que nos está vedado sin volver a practicar las mismas y esto último prohibido en la LECrim.

Tampoco en la sentencia de instancia se da respuesta a cuantas cuestiones incidentales previas se sometieron a la consideración de la juzgadora de instancia y que podrían afectar a la prueba. Se cuestionó por la defensa, reiteradamente, la prueba pericial, con objeciones relativas a la forma en que se llevó a cabo la diligencia de entrada y registro, la cadena de custodia del material informático... y aunque en el juicio fueron varias de las objeciones rechazadas, la Magistrada se reservó el pronuncia-

miento sobre la adquisición de los archivos, para realizarlo en sentencia, cuestiones que afectarían indudablemente a la valoración de prueba, cosa que no realizó, probablemente por haber considerado que en uno u otro caso los hechos serían atípicos y no resultaba necesario.

Llegados a este punto, no es posible dictar fallo condenatorio que es la finalidad del recurso, pues aún acogiendo las razones del Ministerio Fiscal por entender que los hechos que han sido declarados probados son constitutivos del delito previsto y penado en el art. 189.2 CP, no podemos avalarlos al no conocer las razones que llevaron a realizar tal declaración, ni poder sustituir dicho razonamiento sin vulnerar los derechos fundamentales del apelado (STC 167/2002, de 18 de septiembre; 272/2005, de 24 de octubre; 80/2006, de 13 de marzo; 207/2007, de 24 de septiembre; 64/2008, de 29 de mayo; y 108/2009, de 11 de mayo).

Sentencia 162/2013, AP Madrid, de 24 de mayo

Ponente: **Doña María Pilar Oliván Lacasta**

Resumen: **Acoso sexual en el trabajo**

Recurso de Apelación: **n.º 91/2012**

Artículos: **120, 121, 124 y 184 Código Penal**

Acoso sexual: Condena de superior que somete a acoso a empleadas. Dilaciones indebidas. Responsabilidad civil subsidiaria de empresa empleadora por haberse ido objetivando esta responsabilidad. Pago de costas por el imputado en atención a los delitos por los que es condenado y no por los que era acusado. Absolución de delito de agresión sexual.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—Igual suerte de rechazo ha de correr el recurso planteado por la representación procesal del Banco de Santander en su condición de responsable civil subsidiario. El denunciado error en la valoración de la prueba invocado y las impugnaciones que giran en torno a la atipicidad de los hechos, no exige una especial motivación. Solo hay que remitirse a lo razonado en el FD 2.º de esta misma resolución al contestar al recurso planteado por la defensa del acusado.

Por tanto, la única cuestión que debe abordarse es la que afecta directamente al recurrente y relacionada con la condena del Banco de Santander como responsable civil subsidiario.

Pues bien la respuesta es que sí debe responder en tal concepto.

Como se refleja en la STS de 16-6-2004 en que se resuelve un recurso de casación por un delito de acoso sexual, aunque en este caso se cuestione la responsabilidad civil del estado, se hace referencia a que la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal

Supremo ha ido evolucionando pasando de una fundamentación de la responsabilidad civil basada en la culpa in eligendo o in vigilando a la cuasi objetivación de la misma, lo cual es extrapolable a la responsabilidad contemplada en el art. 120.4 cuando, además, las exigencias establecidas en este precepto son prácticamente inexistentes, en la medida en que basta con que se hayan cometido los delitos o faltas en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

En el presente caso, el acusado era Director de la sucursal en la que las perjudicadas eran también empleadas. Y no cabe duda que el primero podía cuestionar la eficacia de sus trabajos, y de hecho

así fue, pues incluso llegó a culpabilizar a una de ellas del mal funcionamiento de su área de trabajo, al igual que intervino en la baremación su rendimiento laboral, como él mismo reconoció, aparte de que como expresaron las víctimas el acusado controlaba todos los negociados.

Por todo ello, no resulta especialmente relevante que el Banco no manejara bien la situación cuando se denunciaron los hechos por las empleadas, ni que la investigación no fuera correcta, sobre todo porque tales actuaciones han sido posteriores a los hechos que se enjuician.

Razones que conllevan a la confirmación de la sentencia recurrida sobre tal particular.

Sentencia 447/2013, AP Madrid, de 27 de mayo

Ponente: **Don Carlos Francisco Fraile Coloma**

Resumen: **Delitos de falsedad en cuentas, societario y de apropiación indebida**

Procedimiento Abreviado: **n.º 29/2012**

Artículos: **74, 249, 250, 253, 290, 295, 390 y 392 Código Penal y 741 LECrim**

Delitos societarios, de falsedad en cuentas y de apropiación indebida: Inexistencia de ilícito penal. Incongruencia de las conclusiones provisionales y las modificaciones realizadas al pasarlas a definitivas. Crea indefensión. No imposición de costas a la acusación particular.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

En definitiva, fijada la pretensión, el Juzgador está vinculado a los términos de la acusación con un doble condicionamiento, fáctico y jurídico (STC 228/2002, de 9 de diciembre). Desde la primera de las perspectivas la congruencia exige que ningún hecho o acontecimiento que no haya sido delimitado por la acusación como objeto para el ejercicio de la pretensión punitiva, sea utilizado para ser subsumido como elemento constitutivo de la responsabilidad penal, siempre y cuando se trate de una variación sustancial, pues el Juzgador conserva un relativo margen de autonomía para fijar los hechos probados de conformidad con el resultado de los medios de prueba inclu-

yendo aspectos circunstanciales siempre que no muten la esencia de lo que fue objeto de controversia en el debate procesal (SSTC 10/1988, de 1 de febrero; 225/1997, de 15 de diciembre; 302/2000, de 11 de diciembre y la ya citada 228/2002).

Ahora bien, lo exigible es que se respete el hecho en su esencialidad, que no se altere su identidad básica, que no se introduzca por el Juzgador material fáctico (en el sentido de conductas relevantes penalmente) distinto del aportado por la acusación. Eso no significa que el Tribunal no pueda añadir matices, y datos complementarios u ofrecer una versión distinta de los hechos invocados por la acusación así como, especificarlos, o concretarlos. Lo que ha de presentar el Tribunal es la esencialidad de los hechos, sin que haya de

ajustarse miméticamente a cada uno de los detalles de la narración presentada por el fiscal. Enriquecer descriptivamente los hechos o incrustar elementos que sin alterar el contenido fáctico nuclear lo adornan, complementan o aclaran no enturbia el derecho a ser informado de la acusación.

Las referencias al derecho a la defensa y a ser informado de la acusación, con las notas jurisprudenciales que acaban de plasmarse, resultan indispensables en el presente caso, a la vista del modo en el que la única parte acusadora ha plasmado los hechos en su escrito de conclusiones, de la extensión de la narración fáctica, de la mezcla de lo imputado con toda suerte de argumentos valorativos y referencias a las pruebas, y de la falta de la claridad mínima para que los acusados puedan saber sin esfuerzo de qué concretas conductas se les acusa y en qué tipo penal encaja cada una de ellas. El proceder de la acusación particular a lo largo del proceso ha hecho difícil, por no decir casi imposible, el acceso a tal información, exigiendo una labor de interpretación que alcanza

niveles prácticamente incompatibles con el derecho constitucional que en tal materia ampara a los acusados.

(...).

Cuarto.—En el presente caso, a pesar de que, como ya ha quedado suficientemente expresado, la acusación particular ha articulado sus pretensiones de manera anárquica e imprecisa, rozando la vulneración de los derechos a la defensa y a la información sobre la acusación de los acusados, no hay elementos que permitan concluir que ha actuado con mala fe. Tampoco para valorar como temerario el ejercicio de las acciones penales contra los acusados, a pesar de que no haya sido secundada por el Ministerio Fiscal, ya que es evidente la presencia de un interés legítimo, derivado del perjuicio económico sufrido por los acusadores como socios de la compañía administrada por los acusados, y también existencia de zonas de oscuras en la actuación de los administradores, que avalan y hacen razonable la acción de aquellos.

Sentencia 416/2013, AP Barcelona, de 30 de mayo

Ponente: **Doña María Magdalena Jiménez Jiménez**

Resumen: **Asesinato con alevosía y tenencia ilícita de armas**

Procedimiento: **n.º 16/2012**

Artículos: **16, 21, 48, 57, 127, 139, 147, 148 y 563 Código Penal**

Asesinato en grado de tentativa: Utilización sorpresiva de arma de fuego con cañones recortados a escasa distancia de la víctima. Alevosía. Los hechos no pueden calificarse ni como homicidio en tentativa ni como lesiones causadas con medios peligrosos en atención a la intención del sujeto, el modo de actuar y el resultado. Tenencia ilícita de armas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—En relación al elemento subjetivo del injusto exigido por el tipo de homicidio / asesinato; para determinar el ánimo que guiaba al acusado, ha de estarse a las circunstancias de los hechos y, esencialmente, del arma utilizada y la zona (el vientre) a la que fue dirigido el disparo a solo un metro de distancia de la víctima.

Se utiliza un arma de fuego, lo que ya es en sí indicativo, pero previamente modificada, es decir con el cañón recortado, lo que permite la dispersión de los perdigones y la facilidad en el acierto, lo que dota a este tipo de armas de gran potencialidad lesiva, máxime cuando se produce a poca distancia del lugar en que se encuentra la víctima, habiéndose acreditado por prueba testimonial y pericial forense, que fue a un metro aproxi-

madamente, concretando los peritos forenses que el disparo no fue «a quemarropa» pero sí a una distancia corta. Dicho disparo se dirige al cuerpo de la víctima, en concreto a su vientre, cuya implicación vital es previsible para cualquier «hombre-medio» con un conocimiento ordinario y aún escaso del cuerpo humano. La ejecución, pues, del único disparo hacia la víctima, en las condiciones anteriormente expuestas, revelan la concurrencia del ánimo de matar o ánimo necandi» o, al menos, el acusado hubo de representarse forzosamente tal resultado (dolo eventual), lo que queda patente

con las múltiples lesiones sufridas por la víctima en zonas vitales de su cuerpo, expuestas en el relato histórico de hechos probados y recogidas en los partes de evolución forense obrante en las actuaciones, Forenses que afirman en juicio oral que Jose Ignacio «muy probablemente» hubiera fallecido de no ser por la pronta atención médica e intervención quirúrgica... De las tres formas en que puede manifestarse la alevosía: la traicionera, la sorpresiva y la de desvalimiento; en el caso presente es de apreciar la segunda.

Sentencia 113/2013, AP Ávila, de 14 de junio

Ponente: **Dona Jesús García García**

Resumen: **Usurpación de funciones y prevaricación administrativa**

Procedimiento abreviado: **n.º 158/2013**

Artículos: **art. 14, art. 403 y art. 404 CP**

Absolución de delitos de prevaricación administrativa y usurpación de funciones. Teniente de Alcalde que sustituye a Alcalde sin delegación expresa de funciones por encontrarse el segundo de baja por enfermedad. Inexistencia de dolo y cobertura legal de su actuación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—En los casos de ausencia, enfermedad o impedimento, las funciones de Alcalde no podrán ser asumidas por el Teniente Alcalde o quien corresponda sin expresa delegación; ello no obstante, en el párrafo siguiente consta: «No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando el Alcalde se ausente del término municipal por más de 24 horas sin haber conferido la delegación, o cuando por causa imprevista le hubiere resultado imposible otorgarla, le sustituirá en la totalidad

de sus funciones, el Teniente de Alcalde o quien corresponda, dando cuenta al resto de la Corporación... En el presente caso, el mismo acusador particular, que, además era el Secretario del Ayuntamiento, cuando el Teniente Alcalde asumió su condición de Alcalde en funciones, por imposibilidad (enfermedad del titular) no le advirtió de la necesidad de la delegación, por lo que el motivo del recurso se rechaza, máxime cuando esas actas se remiten a la Diputación Provincial y a la Subdelegación del Gobierno y en ningún momento apreciaron ilegalidad alguna.

Sentencia 735/2013, AP Barcelona, de 14 de junio

Ponente: **Doña María Elena Iturmendi Ortega**

Resumen: **Agresión sexual y lesiones que causan pérdida de órgano no principal**

Procedimiento: **n.º 32/2012**

Artículos: **21, 22, 23, 48, 57, 149, 150, 152 y 178 Código Penal y 416 LECrim**

Agresión sexual: Absolución por falta de pruebas. La posible víctima se acogió a su derecho a no declarar en las diligencias y no acudió al juicio. Lesiones en órgano no principal: Condena. Ablación parcial del clítoris sin alteración de funciones que puedan privar de placer sexual y con perjuicio estético medio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.— Toda la argumentación esgrimida por el Ministerio Fiscal para considerar acreditada la agresión sexual se basa en lo declarado por Ángela ante los Mossos d'Esquadra y en su primera declaración judicial, habiendo formulado protesta porque no se diera lectura a ésta en el

juicio oral. Pero, como se ha dicho, dichas declaraciones no pueden ser valoradas, porque en la última declaración que prestó, practicada como prueba preconstituida al preverse su incompatibilidad en el juicio oral por tener intención de abandonar España, se acogió a la dispensa de la obligación de declarar por la relación sentimental que la unía con el procesado

Sentencia 407/2013, AP Madrid, de 27 de junio

Ponente: **Doña Caridad Hernández García**

Resumen: **Lesiones y reconocimiento en rueda del imputado**

Procedimiento: **n.º 5/2012**

Artículos: **5, 16, 20, 62, 138, 147, 150 y 152 Código Penal y 369 LECrim**

Lesiones: persona que empuja a otra en un puente ocasionando su caída. Dolo eventual de lesionar, no de causar muerte. Solicitud de nulidad del reconocimiento en rueda del autor por no presentar integrantes del grupo uniformidad de rasgos: Desestimación. Valoración de esta prueba.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.— El tenor literal del artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es claro, las características físicas de las personas que conformen la rueda de reconocimiento deben ser

semejantes, no iguales dado que nos encontraríamos casi con una diligencia imposible; en cuanto a la estatura de las personas que formaban parte de esta rueda, según se ha transcrito antes, primero se hace la identificación en posición de sentados, por tanto, no hay incidencia alguna

que pueda invalidar el reconocimiento realizado, reconocimiento que cuando se ponen en pie nuevamente vuelve a recaer sobre la misma persona identificada, sin que tampoco pueda tener incidencia anulatoria la nacionalidad latinoamericana que señala la parte impugnante dado que, se insiste, a la vista de las diligencias extendidas y el reportaje fotográfico obrante en las actuaciones, se aprecia semejanza en los términos exigidos por la ley.

(...)

Tercero.—Aquí es preciso advertir que si bien el elemento intelectual del dolo, y en concreto el conocimiento de la alta probabilidad del resultado,

es el que prima en el ámbito probatorio y arrastra después consigo la constatación del debilitado elemento volitivo del dolo eventual, ello obliga a ser sumamente rigurosos a la hora de ponderar el grado de probabilidad del resultado cognoscible ex ante. De modo que no puede afirmarse que un resultado es altamente probable para el ciudadano medio situado en el lugar del autor cuando la probabilidad de que se produzca no es realmente elevada, ya que es precisamente ese pronóstico probabilístico el que nos lleva a concluir que sí concurre el elemento volitivo del dolo, aunque sea bajo la modalidad atenuada o desdibujada de la aceptación, de la asunción o de la conformidad con el resultado.

Sentencia 78/2013, AP Madrid, de 2 de julio

Ponente: **Don Eduardo Cruz Torres**

Resumen: **Delitos continuados de falsedad en documento mercantil y estafa**

Procedimiento Abreviado: **n.º 105/2012**

Artículos: **22, 74, 77, 250, 253, 390 y 392 Código Penal**

Concurso ideal de delitos de falsedad en documento mercantil y estafa: Inversora que engaña a clientes en beneficio propio. Diferencia entre estafa y apropiación indebida: en la primera el ánimo del engaño existe desde el inicio de la acción.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segunda.—En el ilícito penal de estafa, el sujeto activo sabe desde el primer momento que la concreción del contrato, que no podrá o no querrá cumplir la contraprestación que le corresponde en compensación del valor o cosas recibidas y que se enriquecerá con ellas.

La criminalización del contrato se produce cuando el propósito defraudatorio surge antes o en momento de celebrarlo y es capaz por ello de mover la voluntad de la otra parte (S.T.S 22-10, 22-12, 1985, 11-12-1986 y 24-4-1987, entre otras).

Es, pues, el engaño el requisito criminalizador y de culpabilidad que debe inspirar la conducta del sujeto activo de la estafa.

Según la doctrina del Tribunal Supremo el engaño consiste en cualquier falta de verdad debida a simulación entre lo que se piensa o se dice, o se hace creer, instando o induciendo al sujeto pasivo en la forma que interesa, o en la falsedad, la falta de verdad en lo que se dice o se hace. Es la apariencia de verdad, la maquinación insidiosa desplegada sobre la voluntad del sujeto pasivo para provocar el desplazamiento patrimonial.

Es, sin duda, el engaño como elemento psicológico y doloso de la culpabilidad, el nervio y el alma de la infracción. Pero tal intención debe inspirar la conducta o actuación del agente desde la iniciación del negocio fraudulento.

En el delito de estafa, el elemento del engaño resulta indispensable para configurar el tipo penal,

ya que es el que provoca dolosamente el desplazamiento de la cosa, motivando, por error, la voluntad y actuación de la víctima que la entrega voluntariamente a causa de dicho engaño.

En el delito de apropiación indebida tal engaño no resulta necesario y de aparecer aparece como subsiguiente a la entrega, ya que el propietario de ésta confía su posesión al apropiarse por su libre voluntad y consentimiento no viciado, o sea legítimamente, aunque no la propiedad de la misma, que se reserva, con la obligación de emplearla en un fin determinado y luego devolverla, aunque después de recibirla el receptor quebrante la relación de confianza y el convenio establecido entre ambos por actos ilícitos unilaterales de propia autoridad. Convirtiendo antijurídicamente tal posesión en propio y autónomo dominio o disponiendo de la misma como dueño

para un destino distinto al pactado en provecho propio o de otras personas. No constituyendo el engaño elemento constitutivo de la apropiación indebida, a diferencia de lo que acontece respecto de la estafa.

Tercero.—Por ello considera la mejor doctrina, entre ella la recogida en S.T.S. 10-5-2012, que debe apreciarse estafa cuando el actor propone a la víctima un negocio inexistente, revistiendo esta propuesta de una puesta en escena que la dota de verosimilitud, y obteniendo así que la víctima le entregue el dinero solicitado, efectuando un desplazamiento patrimonial destinado supuestamente a invertir y recibir el beneficio correspondiente, cuando en realidad la intención del actor es apropiarse directamente del dinero recibido, sin invertirlo en negocio alguno, con notorio perjuicio de la víctima.

Revista de

Derecho Penal

CRÓNICA LEGISLATIVA

CRÓNICA LEGISLATIVA

JUNIO

- Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE del 30).
 - **Atribuciones del Consejo General del Poder Judicial:**
 - Toda la actividad internacional del Consejo habrá de ser coordinada con el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.
 - La potestad reglamentaria del Consejo deberá referirse, con carácter general, a la esfera puramente interna o doméstica.
 - En el ejercicio de su autonomía, el Consejo elabora su presupuesto que se integra como sección independiente dentro de los Presupuestos Generales del Estado.
 - **Elección de los vocales del Consejo General del Poder Judicial:**
 - La designación de los Vocales del Consejo se hará con arreglo a exclusivos criterios de mérito y capacidad de los candidatos.
 - Posibilidad de ser designados como Vocales a la totalidad de los miembros de la carrera judicial que cuenten con un número mínimo de avales de otros Jueces y Magistrados o de alguna asociación.
 - La consideración, en la designación de los Vocales de origen judicial de la proporción real de Jueces y Magistrados asociados y no asociados.
 - Los Vocales designados podrán ser Jueces y Magistrados de todas las categorías.
 - **Eliminación de situaciones de bloqueo en la constitución del Consejo General del Poder Judicial:**
 - La prórroga del mandato de los miembros del Consejo no será posible, salvo en el supuesto muy excepcional de que ninguna de las Cámaras cumpliera el mandato de designación.
 - **Ejercicio a tiempo parcial del cargo de Vocal:**
 - Salvo los Vocales que forman parte de la Comisión Permanente, el resto podrán ejercer su cargo compaginándolo con la función jurisdiccional (si son de origen judicial) o con su profesión (si son elegidos por el turno de juristas de reconocida competencia).

- **Reparto de competencias entre los órganos del Consejo General del Poder Judicial:**
 - Se suprime la Comisión de Calificación cuyas funciones pasan a ser desempeñadas por la Comisión Permanente.
 - Las atribuciones referidas al funcionamiento del Consejo quedan en manos de la Comisión Permanente y el Pleno.
 - El presidente del Tribunal Supremo se verá auxiliado y, en su caso, sustituido por la figura del Vicepresidente del Tribunal Supremo.
 - El Vicepresidente del Tribunal Supremo será elegido por el Pleno del Consejo a partir de una propuesta del Presidente.
 - Será competencia del Pleno el conocimiento de las causas de cese del Vicepresidente del Tribunal Supremo y podrá ser cesado por causa justificada por el voto favorable de tres quintos de los miembros del Pleno.
 - Un número determinado de Letrados del Consejo tendrán carácter permanente, siendo seleccionados mediante concurso-oposición.
 - Todas las decisiones se tomarán por mayoría simple.
- **Transformación de la Comisión Disciplinaria:**
 - Promotor de la Acción Disciplinaria (no es un órgano sino un nuevo cargo subordinado al Consejo): será el competente en la incoación e instrucción del procedimiento y en la formulación del pliego de cargos.
 - Comisión Disciplinaria: es sólo un tribunal, se limitará a juzgar los procedimientos disciplinarios por infracciones graves y muy graves así como a imponer las sanciones pertinentes.

SEPTIEMBRE

- Real Decreto 671/2013, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo (BOE del 18; c.e. BOE del 19).
 - **Objetivo:** Asegurar un trato equitativo de las víctimas del terrorismo con independencia del momento y lugar de comisión de los atentados.
 - **Régimen transitorio:** Se dispone un régimen transitorio destinado a regular los supuestos de aplicación retroactiva de los resarcimientos, indemnizaciones y ayudas desde el 1 de enero de 1960.
 - **Titulares y cuantía:** Determina los titulares y las cuantías de los resarcimientos que corresponden en los supuestos de fallecimiento, lesiones personales producidas como consecuencia del acto terrorista y secuestro así como el abono por parte del Estado, con carácter extraordinario, de la responsabilidad civil fijada en sentencia.

- **Extranjero:** Recoge el régimen aplicable a las ayudas extraordinarias por atentados terroristas cometidos en el extranjero que no estén incluidas en el régimen general.
- **Daños materiales:** Se consideran resarcibles, hasta el límite máximo fijado en el reglamento, los daños ocasionados en viviendas, en establecimientos mercantiles o industriales, en la sede de los partidos políticos, sindicatos y otras organizaciones sociales, así como los producidos en vehículos.
- **Asistencia psicológica, psiquiátrica y sanitaria de urgencia:** Prevé ayudas para todo tipo de tratamiento psicológico, apoyo psicopedagógico para las víctimas y sus familiares, así como el régimen aplicable a las ayudas educativas y en materia de vivienda pública.
- **Modelos:** el anexo contiene los modelos de solicitudes de resarcimientos, indemnizaciones, ayudas y condecoraciones reguladas en el reglamento.

Revista de

Derecho Penal

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL

I. Tratados, manuales y comentarios legislativos

SÁNCHEZ-OSTIZ/ÍÑIGO CORROZA, *Delictum 2.0: materiales para clase prácticas de introducción a la teoría general del delito*, Navarra (Aranzadi) 2013.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Teoría del delito en la práctica penal económica*, Madrid (La Ley) 2013.

II. Libros colectivos, homenajes y otras obras generales

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Política criminal y Derecho Penal: Estudios*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2013.

DEMETRIO CRESPO, E. (dir.), *Neurociencias y Derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico penal de la peligrosidad*, Madrid (Edisofer) 2013.

FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Oviedo (Constitutio Criminalis Carolina) 2013.

MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dir.), *Constitución y sistema penal*, Madrid (Marcial Pons) 2012.

III. Monografías de parte general

AL-FAWAL PORTAL, M., *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y enfermedad mental*, Barcelona (Bosch) 2013.

BECERRA MUÑOZ, J., *La toma de decisiones en política criminal*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2013.

DÍAZ LÓPEZ, J.A., *El odio discriminatorio como agravante penal*, Navarra (Aranzadi) 2013.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El contenido de la antijuricidad*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2013.

OLIVEIRA MONTEIRO, L., *La autoría mediata en los delitos imprudentes*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2013.

RAMOS VÁZQUEZ, J.A. *Ciencia, libertad y Derecho penal*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2013.

IV. Monografías de parte especial

ARROYO ZAPATERO, L., *El derecho penal económico en la Era Compliance*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2013.

- CARREÑO AGUADO, J., *El tratamiento jurídico-penal de la inveracidad en la información social*, Madrid (La Ley) 2013.
- GÓMEZ PAVÓN, P., *Tratamientos médicos. Su responsabilidad penal y civil*, Barcelona (Bosch) 2013.
- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. (coord.), *Protección penal de la seguridad vial*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2013.
- MOCHÓN LÓPEZ/MOLINA MESA, *La protección penal de las finanzas públicas y la responsabilidad de los gestores públicos*, Navarra (Civitas) 2013.
- RAMÓN RIBAS, E., *Minoría de edad, sexo y Derecho penal*, Navarra (Aranzadi) 2013.
- RODRÍGUEZ CALVO, M.S., *La violencia de género. Aspectos médico-legales y jurídico penales*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2013.
- RODRÍGUEZ-MIGUEL RAMOS, J., *La autoprotección en la estafa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2013.
- SÁNCHEZ CRESPO, C., *Fraude electrónico*, Navarra (Aranzadi) 2013.
- SANDOVAL, J.C., *El delito de rebelión: bien jurídico y conducta típica*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2013.
- VEGA GUTIÉRREZ, J.Z., *Mercado de valores en Derecho penal*, Madrid (Edisofer) 2013.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *La respuesta penal a la siniestrabilidad laboral*, Barcelona (Bosch) 2013.

V. Derecho penitenciario

- LEGANÉS GÓMEZ, S., *La prisión abierta: nuevo régimen jurídico*, Madrid (Edisofer) 2013.
- RODRÍGUEZ BLANCO, M., *La libertad religiosa de los menores en centros de internamiento*, Granada (Comares) 2012.
- VAN ZYL/SNACKEN, *Principios de política penitenciaria europea*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2013.

VI. Criminología

- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., *El estatuto jurídico de las víctimas de terrorismo en Europa*, Madrid (Dilex) 2013.
- NICOLÁS GUARDIOLA, J.J. *Ciencias Jurídicas y victimológicas*, Navarra (Aranzadi) 2013.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Hacia un sistema penal orientado a las víctimas*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2013.

DERECHO PROCESAL PENAL

I. Manuales, comentarios y obras generales

- ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho procesal penal*, 7.^a ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.
- GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, 8.^a ed., Ed. Colex, Madrid, 2013.
- MONTERO AROCA, J.; GÓMEZ COLOMER, J.L.; MONTÓN REDONDO, A.; BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, 21.^a ed., ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *Introducción al Derecho Procesal*, 5.^a ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.
- ORTELLS RAMOS, M. (dir.), *Introducción al Derecho Procesal*, 5.^a ed., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

II. Monografías

- ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M., *La prueba ilícita penal: decadencia y extinción. Jurisprudencia práctica comparada con EE.UU.*, Ed. Ley, 57, Málaga, 2013.
- AMBOS, K.; BOCK, S., *El régimen procesal de los fiscales en los tribunales penales internacionales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013.
- CALDAS VERA, J.E., *La construcción de la verdad en el proceso penal. La influencia de los medios de comunicación en el proceso paralelo*, Ed. Cultiva Libros, S.L., Madrid, 2013.
- CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.); TORRADO TARRÍO, C. (coord.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hospitalario y sanitario*. Ed. La Ley, Madrid, 2013.
- ESPEJO POYATO, I., *Administración tributaria y jurisdicción penal en el delito fiscal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.
- GARRIDO CARRILLO, F. / FAGGIANI, V., *La aportación de España a la institución de una jurisdicción penal internacional. La corte penal internacional*, Ed. Comares, Granada, 2013.
- GÓMEZ COLOMER, J.L., *Introducción al Proceso Penal Federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- LAUDAN, L., *Verdad, error y proceso penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.
- MARRADES PUIG, A.; SERRA YOLDI, I., *La violencia de género en la población de mujeres inmigrantes*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- MAZA MARTÍN, J.M. (coord.), *Casación penal práctica. Quebrantamientos de forma, infracción de ley o de preceptos constituciones y vulneración de derechos*, Ed. Bosch, Barcelona, 2013.
- NIEVA FENOLL, J., *La duda en el proceso penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.
- PÉREZ MARÍN, M.A., *La lucha contra la criminalidad en la Unión Europea. El camino hacia una jurisdicción penal común*, Ed. Atelier, Barcelona, 2013.
- POELEMANS, M.; RIAÑO BRUN, I.; RICHARD GONZÁLEZ, M., *Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- RODRÍGUEZ CALVO, M.S.; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La violencia de género. Aspectos médico-legales y jurídico-penales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- VÁZQUEZ, C., *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.
- VÁZQUEZ POTOMEÑE SEIJAS, F. y GUINARTE CABADA, G. (dirs.), *Hacia un sistema penal orientado a las víctimas. Estatuto penal, procesal y asistencial de las víctimas del terrorismo en España*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013

III. Otros

- AA.VV., *Derecho, eficacia y garantías en la sociedad global. Liber Amicorum I en honor de María del Carmen Calvo Sánchez*, Ed. Atelier, Barcelona, 2013.
- AA.VV., *Formularios prácticos procesales 2013. Civil, penal, contencioso-administrativo, constitucional*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2013.
- APARISI MIRALLES, Á., *Deontología profesional del abogado*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- OTÍN DEL CASTILLO, J.M., *Psicología criminal*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2013.
- PÉREZ DEL VALLE, F., *Juicios rápidos. Guía para abogados en el Tribunal*, Ed. Eolas Ediciones, León, 2013.

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

La *Revista de Derecho Penal* publica, con una periodicidad trimestral, trabajos originales e inéditos que contribuyan a dar a conocer al mundo académico y profesional las últimas aportaciones en materia de Derecho Penal. Los trabajos en ella recogidos reflejan los puntos de vista de las personas o instituciones que los suscriben, siendo las opiniones responsabilidad exclusiva de sus autores. La Revista declina cualquier responsabilidad derivada de ellas.

El envío de originales supone la aceptación expresa de las siguientes condiciones:

1. ***Dirección de envío:*** Todos los trabajos y libros para reseñas deberán remitirse a la sede de la *Revista de Derecho Penal* (Lex Nova, C/General Solchaga, 3, 47008 Valladolid), en caso de correo postal, o bien a la dirección de correo electrónico: *gloria.sanchez@thomsonreuters.com*. En caso de envío por correo postal, los originales deberán presentarse, por medio de un texto impreso, acompañado del correspondiente soporte informático (Microsoft Word). No se aceptarán trabajos que hayan sido difundidos o publicados con anterioridad o estén siendo sometidos a evaluación al mismo tiempo de su envío.
2. ***Compromiso de publicación y originalidad:*** La recepción de los trabajos no implica compromiso alguno para su publicación. La Revista se reserva el derecho preferente de publicar los artículos enviados, presumiendo que los mismos son inéditos y no se encuentran sometidos a evaluación por ninguna otra publicación.
3. ***Exclusividad:*** Sin perjuicio de que, previa solicitud por escrito dirigida a Lex Nova, ésta pueda autorizar la difusión de contenidos publicados en la revista por otros medios, la publicación en la Revista supone que el autor cede a Lex Nova, durante 15 años desde su publicación, el derecho exclusivo de reproducción, distribución, comunicación pública o cualquier otra forma de explotación de la obra, en cualquier medio o formato. El editor queda facultado para ejercer las acciones oportunas en defensa del derecho cedido, incluso ante terceros.
4. ***Evaluación:*** La Revista someterá el trabajo a la evaluación de expertos ajenos al Consejo de Redacción, pudiendo condicionarse la publicación de aquél a la introducción de las mejoras sugeridas por el Consejo de Redacción o por los evaluadores externos. La Revista comunicará a los autores la aceptación o no de los trabajos y cuantas indicaciones se consideren oportunas.
5. ***Extensión y formato:*** Por regla general, los trabajos no superarán los 100.000 caracteres contando los espacios. Preferiblemente el interlineado será a doble espa-

cio y las páginas se numerarán correlativamente. El tamaño de letra utilizado será del 12, y deberán ir precedidos de una hoja en la que figure el título del trabajo, el nombre del autor (o autores), situación académica y, en su caso, nombre de la institución científica a la que pertenecen.

6. **Otros requisitos:** El trabajo deberá ir acompañado, igualmente, de un resumen de su contenido (de 100 a 150 palabras) y de 4 a 6 palabras clave, todo ello tanto en castellano como en inglés. Si el autor no incluyera el resumen en inglés, aceptará la traducción realizada por la Revista. A continuación deberá incluirse un «Sumario» que permita identificar los distintos epígrafes y apartados del original. Las notas se incorporarán a pie de página y deberán guardar una numeración única y correlativa para todo el trabajo. Si se tratara de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:
 - a. LIBRO: Autor, *Título*, núm. edición, lugar de publicación, editor, año, página.
 - b. ARTÍCULO: Autor, «Título», *Fuente*, número, año, páginas.
 - c. RECURSO DE INTERNET: <URL>.
7. **Emisión de certificados:** La Revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología y, en consecuencia, se halla integrada en los catálogos de publicaciones científicas. A efectos de obtener los méritos correspondientes, el editor no tendrá inconveniente alguno en certificar la publicación de los trabajos o colaboraciones, previa solicitud del autor.