**DIRECTORES: ÁNGEL JOSÉ SANZ MORÁN Y ÁNGEL TORÍO LÓPEZ**
Catedráticos de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

Nº 34

# Revista de Derecho Penal

© Lex Nova 2011

**Lex Nova, S.A.U.**
Edificio Lex Nova.
General Solchaga, 3
47008 Valladolid
Tel. 983 457038
Fax 983 457224
E-mail: clientes@lexnova.es

Depósito Legal: VA. 840–2000
ISSN 1576–9763
Printed in Spain — Impreso en España

**Dirección General:**
Daniel Tejada Benavides

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.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

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 consecuente de la utilización o no 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.

Esta revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología, por ello, se encuentra integrada en los catálogos de publicaciones científicas.

El texto de todas las resoluciones jurisprudenciales citadas o reproducidas en esta obra tiene como fuente los documentos que el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) distribuye a las empresas reutilizadoras de información pública. Esta nota se incluye en cumplimiento de las condiciones generales de reutilización establecidas por el artículo 3.6 del Reglamento 3/2010, sobre reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales.

La edición digital 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

## 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**
Profesora Titular de Derecho Procesal. Universidad de Valladolid

**M.ª ÁNGELES GALLEGO MAÑUECO**
Abogada. Ilustre Colegio de Abogados de Valladolid

**ALFONSO CANDAU PÉREZ**
Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles

# ÍNDICE GENERAL

Página

## ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS TRABAJADORES FRENTE A LOS RIESGOS PSICOSOCIALES A TRAVÉS DE LOS ARTÍCULOS 316 Y 317 DEL CÓDIGO PENAL
*Esther Pomares Cintas* ..... 9

TENDENCIAS ACTUALES DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA
*Asier Urruela Mora* y *Sergio Romeo Malanda* ..... 35

EL RÉGIMEN PROCESAL DE LOS DELITOS SEXUALES PERSEGUIBLES A INSTANCIA DE PARTE
*Arantza Libano Beristain* ..... 75

NOVEDADES LEGISLATIVAS EN MATERIA DE DECOMISO Y RECUPERACIÓN DE ACTIVOS
*Francisco Jiménez-Villarejo Fernández* ..... 91

## JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA ..... 119

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ..... 125

**Sentencia 15/2011, de 28 de febrero:** Secreto de las comunicaciones en el ámbito penitenciario ..... 125

**Sentencia 46/2011, de 11 de abril:** Condena en apelación sin vista pública ..... 127

**Sentencia 59/2011, de 3 de mayo:** Vulneración derecho presunción de inocencia y tutela judicial efectiva en el ámbito penitenciario. Falta de acatamiento de la doctrina del TC ..... 129

**Sentencia 67/2011, de 16 de mayo:** Acción popular. Legitimación de Delegado especial de Gobierno contra violencia sobre la mujer ..... 132

**Sentencia 132/2011, de 18 de julio:** Euroorden. Tutela judicial efectiva ..... 134

**Sentencia 133/2011, de 18 de julio:** Prescripción ..... 136

Página

TRIBUNAL SUPREMO ..... 139

**Acuerdo del Pleno de 27 de abril de 2011** ..... 139

**Sentencia 24/2011, de 1 de febrero:** Realización arbitraria del propio derecho ..... 139

**Sentencia 88/2011, de 11 de febrero:** Conformidad. Aclaración de sentencia ..... 142

**Sentencia 111/2011, de 22 de febrero:** Tentativa desistida ..... 145

**Sentencia 100/2011, de 22 de febrero:** Estafa ..... 149

**Sentencia 195/2011, de 14 de marzo:** Casación contra Autos. Recursos ..... 151

**Sentencia 156/2011, de 21 de marzo:** Entrega directa (extradición «informal») ..... 154

**Sentencia 204/2011, de 23 de marzo:** Prueba pericial caligráfica ..... 155

**Sentencia 201/2011, de 25 de marzo:** Delito electoral ..... 158

**Sentencia 208/2011, de 28 de marzo:** Refundición de condenas. Abono de prisión provisional ..... 158

**Sentencia 254/2011, de 29 de marzo:** Acusación y denuncia falsa ..... 160

**Sentencia 318/2011, de 31 de marzo:** Responsabilidad civil derivada del delito ..... 164

**Sentencia 243/2011, de 6 de abril:** Abono de revisión provisional ..... 166

**Sentencia 241/2011, de 11 de abril:** Tráfico de drogas ..... 170

**Sentencia 259/2011, de 12 de abril:** Genocidio ..... 173

**Sentencia 338/2011, de 16 de abril:** Responsabilidad civil ..... 187

**Sentencia 320/2011, de 22 de abril:** Prueba ilícita. (Conexión de antijuridicidad). Presunción de inocencia ..... 191

**Sentencia 348/2011, de 25 de abril:** Principio acusatorio ..... 194

**Sentencia 321/2011, de 26 de abril:** Examen de agenda de teléfono móvil ..... 196

**Sentencia 350/2011, de 5 de mayo:** Juez ordinario predeterminado por la Ley (Tribunal del Jurado) ..... 201

**Sentencia 329/2011, de 5 de mayo:** Refundición de condenas. Abono de prisión provisional ..... 202

**Sentencia 374/2011, de 10 de mayo:** Tráfico de drogas ..... 205

**Sentencia 372/2011, de 10 de mayo:** Tenencia ilícita de armas ..... 207

**Sentencia 511/2011, de 16 de mayo:** Estimación de la prescripción en la Audiencia preliminar del abreviado ..... 210

**Sentencia 472/2011, de 19 de mayo:** Juicio con jurado. Inexistencia de prueba de cargo y absolución ..... 213

**Sentencia 517/2011, de 20 de mayo:** Incendio ..... 215

**Sentencia 483/2011, de 30 de mayo:** Incomunicación ..... 216

**Sentencia 528/2011, de 6 de junio:** Lesiones imprudentes. Transmisión de SIDA ..... 219

Página

**Sentencia 611/2011, de 9 de junio:** Retroactividad de los cambios jurisprudenciales .. 222

**Sentencia 542/2011, de 14 de junio:** Revisión de condena ..... 225

AUDIENCIAS PROVINCIALES ..... 229

**Sentencia 51/2011, AP Lugo, de 1 de abril:** Falta de respeto a los agentes de la autoridad: responsabilidad civil ..... 229

**Sentencia 48/2011, AP Jaén, de 5 de abril:** Incendio forestal imprudente: responsabiliad de la Administración ..... 230

**Sentencia 45/2011, AP Ciudad Real, de 6 de abril:** Renuncia al Letrado de oficio en el acto de la vista. Nulidad de las actuaciones ..... 231

**Sentencia 126/2011, AP Cáceres, de 7 de abril:** Delitos contra la propiedad intelectual: responsabilidad civil a favor de la perjudicada ..... 233

**Sentencia 132/2011, AP Cáceres, de 7 de abril:** Impago de prestaciones familiares: Legitimación del progenitor para reclamar la pensión alimenticia de sus hijos mayores de edad ..... 234

**Sentencia 85/2011, AP Jaén, de 7 de abril:** Desobediencia: perito que no evacúa el informe interesado por el Juzgado ..... 235

**Sentencia 12/2011, AP Salamanca, de 8 de abril:** Incumplimiento de obligaciones. Venta de chalés. Estafa ..... 237

**Sentencia 40/2011, AP Cuenca, de 12 de abril:** Juicio en ausencia del acusado: penas que, sumadas, exceden de dos años ..... 238

**Sentencia 43/2011, AP Cuenca, de 12 de abril:** Pena de multa: prueba acerca de la capacidad económica del condenado ..... 238

**Sentencia 89/2011, AP Jaén, de 15 de abril:** Declaración de la víctima como prueba de cargo: absolución por delito de amenazas ..... 240

**Sentencia 181/2011, AP Santa Cruz de Tenerife, de 15 de abril:** Dilaciones indebidas: atenuación «simple» o cualificada ..... 242

**Sentencia 154/2011, AP León, de 18 de abril:** Falta de dejar sueltos a animales dañinos. Pastor alemán ..... 243

**Sentencia 176/2011, AP Santa Cruz de Tenerife, de 18 de abril:** Nulidad de actuaciones: predeterminación del fallo en la sentencia del juicio de faltas ..... 244

**Sentencia 54/2011, AP Salamanca, de 25 de abril:** Coacciones: acoso a hombre para que reconozca paternidad biológica ..... 245

**Sentencia 21/2011, AP Ciudad Real, de 27 de abril:** Expulsión del territorio nacional: arraigo en España; integración en núcleo familiar ..... 246

**Sentencia 23/2011, AP León, de 27 de abril:** Estafa a la Hacienda Pública: solicitud de devolución de IVA ..... 247

**Sentencia 148/2011, AP Cáceres, de 28 de abril:** Robo: preexistencia de los objetos sustraídos ..... 249

Página

**Sentencia 23/2011, AP Ciudad Real, de 28 de abril:** Impago de pensiones: incongruencia omisiva al no pronunciarse la sentencia sobre responsabilidades civiles . 250

**Sentencia 70/2011, AP Lugo, de 28 de abril:** Apropiación indebida: agravación por la cuantía de lo defraudado ..... 251

**Sentencia 66/2011, AP Badajoz, de 29 de abril:** Faltas: incumplimiento del régimen de visitas. Debe tener cierta entidad ..... 252

**Sentencia 42/2011, AP Zamora, de 3 de mayo:** Hurto: actuación conjunta: suma del valor de lo sustraído ..... 254

**Sentencia 16/2011, AP Teruel, de 4 de mayo:** Incumplimiento del régimen de visitas: lugar de entrega de los hijos. Falta ..... 254

**Sentencia 66/2011, AP Huesca, de 11 de mayo:** Prescripción: interrupción por providencia no notificada. Faltas ..... 256

**Sentencia 29/2011, AP Segovia, de 24 de mayo:** Deficiencia mental. Estafa ..... 257

**Sentencia 32/2011, AP Segovia, de 24 de mayo:** Responsabilidad civil: daños psicológicos ocurridos por haber sido ridiculizado en internet ..... 258

## DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

CIRCULAR 1/2011, RELATIVA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS CONFORME A LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL EFECTUADA POR LEY ORGÁNICA 5/2010 ..... 263

CIRCULAR 2/2011 DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO SOBRE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL POR LEY ORGÁNICA 5/2010, EN RELACIÓN CON LAS ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES ..... 271

## CRÓNICA LEGISLATIVA

CRÓNICA LEGISLATIVA ..... 283

## BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL ..... 289

DERECHO PROCESAL PENAL ..... 291

RECENSIÓN A LA MONOGRAFÍA: JUSTICIA *VERSUS* SEGURIDAD EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO. ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA Y GARANTÍAS PROCESALES
*Patricia Tapia Ballesteros* ..... 293

Revista de

# Derecho Penal

## ARTÍCULOS DOCTRINALES

# LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS TRABAJADORES FRENTE A LOS RIESGOS PSICOSOCIALES A TRAVÉS DE LOS ARTÍCULOS 316 Y 317 DEL CÓDIGO PENAL

Esther Pomares Cintas

*Profesora Doctora de Derecho Penal*

## RESUMEN

**La protección penal de los trabajadores frente a los riesgos psicosociales a través de los artículos 316 y 317 del Código penal**

Las nuevas condiciones de productividad y competitividad empresariales han generado cambios en los procesos y en las condiciones de trabajo, han intensificado la presión laboral sobre las personas en las organizaciones de trabajo. Por sus repercusiones socio-económicas y sus graves efectos sobre la salud de los trabajadores, el debate sobre los riesgos psicosociales ha girado en torno a dos grandes cuestiones. Por un lado, su definición, el análisis de sus manifestaciones y los métodos para identificar los factores que los originan. Por otro lado, su tratamiento jurídico. Había que aclarar si el deber general de prevención que establece la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, se puede extender igualmente a esta modalidad de riesgos. Asimismo, hay que analizar la posible protección penal de la salud de los trabajadores frente a tales riesgos a través de los delitos de peligro previstos en los artículos 316 y 317 del Código penal.

**Palabras clave:** Riesgos psicosociales, Delitos contra los derechos de los trabajadores, Delitos de peligro.

## ABSTRACT

**Workers penal protection compared to the psychosocial risks through the articles 316 and 317 of the Penal Code**

The new productivity circumstances and business competitiveness have brought about manyl changes in the processes and working conditions, they have intensified the working pressure over people within the working organizations. Due to its socio-economic repercussions and its serious effects over the health of the workers, the debate about the psychosocial risks has moved around two big issues. On one hand, its definition, the analysis of its manifestations and the methods to identify the factors that have caused them. On the other hand, its legal treatment. It was necessary to clarify if the general duty of prevention established by the Law 31/1995, of November 8th, on Occupational Risks Prevention can also be applied to this modality of risks. Also, it is necessary to analyze the possible penal health protection of the workers in front of such risks through the hazard crimes included in the articles 316 and 317 of the penal Code.

**Key Words:** Psychosocial risks, Crimes against the rights of the workers, Hazard Crimes.

## Sumario

I. CONSIDERACIONES GENERALES.

II. LOS RIESGOS PSICOSOCIALES COMO RIESGOS *EMERGENTES* EN EL LUGAR DE TRABAJO.

III. LOS RIESGOS PSICOSOCIALES COMO RIESGOS *ORGANIZATIVOS*.

IV. RIESGOS PSICOSOCIALES Y LEGISLACIÓN PREVENTIVA DE RIESGOS LABORALES.

V. LOS DELITOS DE PELIGRO DE LOS ARTÍCULOS 316 Y 317 CP ANTE LOS RIESGOS PSICOSOCIALES.

**1. La colaboración institucional en materia de riesgos psicosociales.**

**2. Requisitos para la aplicación de los delitos de peligro en el ámbito laboral a los riesgos psicosociales.**

A) Bien jurídico protegido: la protección de la salud física y psíquica de los trabajadores.

B) El concepto material de autor a los efectos de los artículos 316-317. La delegación de funciones de garante.

C) Requisitos de la conducta típica.

D) Delito de peligro doloso o por imprudencia grave.

E) Concursos.

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

Los informes sobre siniestralidad laboral se centran fundamentalmente en los riesgos «tradicionales» que dimanan de las condiciones materiales de prestación del trabajo(1). Sin embargo, no se detienen, al menos de forma específica, en otras modalidades de riesgos susceptibles de menoscabar gravemente la salud del trabajador, capaces de provocar enfermedades y trastornos psíquicos(2). Estamos hablando de los denominados *riesgos psicosociales*. Los más reconocidos en la práctica son el estrés laboral, la violencia y el acoso ligados al lugar de trabajo(3).

Tras conseguir ser objeto de preocupación por sus repercusiones socio-económicas, el debate sobre los riesgos psicosociales ha girado en torno a dos grandes cuestiones. Por un lado, su definición, el análisis de sus manifestaciones y los métodos para identificar los factores que los originan. Por otro lado, su tratamiento jurídico. Había que aclarar si el deber general de prevención que establece la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, se puede extender igualmente a esta otra modalidad de riesgos. Si la respuesta es afirmativa, cabrá preguntarse por la posible protección penal de la salud de los trabajadores frente a tales riesgos a través de los delitos de peligro previstos en los artículos 316 y 317 del Código penal.

(1) *Vid. Informe sobre siniestralidad laboral en 2009 de UGT.*

(2) «Que también tienen la calificación de accidente laboral», *Guía explicativa y de buenas prácticas para la detección y valoración de comportamientos en materia de acoso y violencia en el trabajo, que complementa el Criterio Técnico 69/2009 sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad social en materia de acoso y violencia en el trabajo,* p. 14.

(3) *Criterio Técnico 69/2009 sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad social en materia de acoso y violencia en el trabajo*, p. 9.

## II. LOS RIESGOS PSICOSOCIALES COMO RIESGOS *EMERGENTES* EN EL LUGAR DE TRABAJO

La consideración de los riesgos psicosociales como riesgos *emergentes* en el lugar de trabajo no se debe precisamente a su novedad porque el marco laboral es un escenario de convivencia normativamente organizado que crea condiciones propicias para reproducir prácticas abusivas[(4)]. Dicha característica se debe más a su importancia creciente, y no sólo por la mayor incidencia de las enfermedades y trastornos psíquicos. Las nuevas condiciones de productividad y competitividad empresariales, fruto del impacto de la globalización económica, han generado cambios en los procesos y en las condiciones de trabajo, han provocado una creciente «inseguridad» en las condiciones de empleo e intensificado la «presión laboral» sobre las personas en las organizaciones de trabajo. Ello se traduce en un mayor ritmo, un mayor nivel de presión sobre el tiempo de trabajo, y en la percepción de una «creciente carencia de autonomía» en la planificación del trabajo y en la toma de decisiones[(5)].

Los riesgos psicosociales han cobrado protagonismo en el ámbito de la Unión Europea. Esta atención particular se debe a dos razones. De una parte, su potencialidad para perjudicar la salud de los trabajadores[(6)] (así, una exposición prolongada al estrés o violencia en el trabajo puede causar serios problemas de salud) y, de otro lado, dichos riesgos representan un obstáculo para la productividad empresarial: se reduce la eficacia en el trabajo, la rentabilidad o productividad de los trabajadores. Como reconoce la Resolución del Parlamento Europeo 2001/2339, de 20 de septiembre, sobre el acoso moral en el lugar de trabajo, «nefastas» son las consecuencias «para los empleadores, pues afecta a la rentabilidad y la eficacia económica de la empresa por el absentismo que implica, por la reducción de la productividad de los trabajadores debido a la confusión mental o la falta de concentración y por el pago de subsidios a los trabajadores despedidos». En consecuencia, si se les presta atención es porque los riesgos psicosociales son, sobre todo, un problema económico[(7)]. Tanto el estrés laboral, como la violencia y el acoso ligados al lugar de trabajo, en la medida en que pueden conducir a un deterioro grave de la salud fí-

(4) MOLINA NAVARRETE, C., «Una "nueva" patología de gestión en el empleo público: el acoso institucional (*mobbing*): reflexiones a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Secc. 6.ª, de 23 de julio de 2001», *La Ley,* n.º 7, 2001, pp. 1553 y ss.

(5) GAMERO BURÓN, C., «El estado de las investigaciones sobre riesgos psicosociales en el análisis económico», *El Observatorio de riesgos psicosociales*, n.º 1, 2008, pp. 10-11.

(6) Incidencia sobre la salud que destaca la Comunicación de la Comisión, de 11 de marzo de 2002, relativa a la estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2002-2006) [COM (2002) 118], que propone la elaboración de medidas de prevención de «los riesgos sociales (estrés, acoso en el trabajo, depresión, ansiedad y dependencias)».

(7) Como reconoce C. GAMERO BURÓN, el interés de los economistas sobre esta clase de riesgos ha ido progresivamente aumentando en la medida en que representan enormes costes empresariales. *Cfr.* «El estado de las investigaciones sobre riesgos psicosociales en el análisis económico», cit., pp. 10 y ss. *Vid.* POMARES CINTAS, E., «¿Protección penal específica del derecho a no sufrir acoso en el trabajo?». En (F.J. Álvarez García, dir.), *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La Política criminal europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 290.

sica y mental y culminar en accidente de trabajo (trastornos y enfermedades psíquicas)[8], perjudican la cantidad y calidad del trabajo, aumentan los costes laborales además de los costes sanitarios y de Seguridad social[9].

## III. LOS RIESGOS PSICOSOCIALES COMO RIESGOS *ORGANIZATIVOS*

Como se ha señalado, los informes sobre siniestralidad laboral suelen girar en torno a la realización de los riesgos que se derivan de las condiciones materiales de trabajo[10]. Estos riesgos «tradicionales» atienden especialmente a los siguientes factores: la temporalidad de los contratos, la precariedad laboral, la subcontratación, la falta de formación, la falta de experiencia laboral y, en gran medida, la ausencia de prevención de riesgos laborales en la pequeña y muy pequeña empresa española[11].

En cambio, los riesgos «psicosociales» se vinculan estrechamente con la organización del trabajo y la gestión empresarial, «con la manera en que se planea, organiza y gestiona el trabajo, así como con el contexto socioeconómico de trabajo»[12]; asimismo, aluden a una «relación nociva entre la organización del trabajo y el individuo»[13]. Por eso han recibido también la denominación de «riesgos organizativos»[14].

Además, a diferencia de los riesgos laborales tradicionales, que están más localizados, los de naturaleza psicosocial, en cambio, pueden afectar a cualquier lugar de trabajo y a cualquier trabajador, independientemente del tamaño de la empresa, de su ámbito de actividad o del tipo de contrato o relación laboral[15].

---

(8) *Vid. Guía explicativa y de buenas prácticas para la detección y valoración de comportamientos en materia de acoso y violencia en el trabajo, que complementa el CT 69/2009*, pp. 14 y 15; Encuesta Europea de Empresas sobre Riesgos Nuevos y Emergentes (ESENER, 2010): <http://osha.europa.eu; http://www.ESENER.eu>.

(9) *Cfr.* MOLINA NAVARRETE, C., «La tutela frente a la "violencia moral" en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización», *Aranzadi Social*, n.º 18, 2002, pp. 45 y ss.

(10) *Vid. Informe sobre siniestralidad laboral en 2009 de UGT*. Probablemente debido a la situación actual marcada por una alta tasa de desempleo o una significativa destrucción de empleo, se han registrado menos accidentes laborales que en años anteriores. La reducción mayor de accidentes con baja se produce en el sector de la Construcción (41,12% menos que en el mismo período de 2008), seguido del sector Industria, con una disminución del 33,97%. Precisamente, en ambos sectores se ha acusado una mayor destrucción de empleo. El mayor número de accidentes mortales se corresponde con el sector servicios, que ha perdido menos población trabajadora.

(11) *Informe sobre siniestralidad laboral en 2009 de UGT*.

(12) Encuesta Europea de Empresas sobre Riesgos Nuevos y Emergentes (ESENER, 2010); *Guía explicativa y de buenas prácticas para la detección y valoración de comportamientos en materia de acoso y violencia en el trabajo, que complementa el CT 69/2009*, p. 15.

(13) *Guía explicativa y de buenas prácticas*…, cit., p. 14; MOLINA NAVARRETE, C., «Una nueva patología de gestión en el empleo público…», cit., p. 1554; DE LA CUESTA AGUADO, P., «Mujeres inmigrantes y siniestralidad laboral: acoso, explotación y esclavitud». En *Revista de Derecho Social,* n.º 41, 2008, p. 87.

(14) Según M. VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, la denominación de «riesgos psicosociales» resulta además de más difícil comprensión por su errónea asimilación a la vigilancia de la salud mental de los trabajadores. *Cfr.* «La prevención de las conductas inseguras», *MC Salud Laboral*, n.º 14, 2009, p. 27.

(15) *Vid.* Acuerdo Marco Europeo, de 8 de octubre 2004, sobre el Estrés ligado al Trabajo.

| **Riesgos tradicionales dimanantes de las condiciones materiales de trabajo:**<br>**FACTORES** (16) | **Riesgos psicosociales relacionados con la organización del trabajo y la forma de realización:**<br>**FACTORES** (17) |
|---|---|
| • Temporalidad de los contratos.<br>• Precariedad laboral.<br>• Subcontratación.<br>• Falta de formación.<br>• Falta de experiencia laboral.<br>• Ausencia de prevención de riesgos laborales en la pequeña y muy pequeña empresa española. | • La cultura de gestión empresarial basada en el poder y el control como valores prioritarios para conseguir la eficacia económica.<br>• Apremio de tiempo y carga de trabajo imposible de llevar a cabo.<br>• Escasa comunicación entre directivos y trabajadores.<br>• Problemas en la relación supervisor-trabajador.<br>• Falta de autonomía del trabajador para la organización de su trabajo.<br>• Falta de participación del trabajador en los procedimientos de gestión en el trabajo. |

Los riesgos psicosociales más señalados son, en primer lugar, las situaciones de estrés laboral, fruto de la incapacidad del trabajador para responder a las exigencias o expectativas puestas en él. El estrés no es una enfermedad, pero una exposición prolongada a una situación de presión intensa puede reducir la eficacia en el trabajo y causar problemas de salud(18). De acuerdo con los resultados de la Encuesta Europea de Empresas sobre Riesgos Nuevos y Emergentes (ESENER, 2010, en adelante), el estrés laboral es uno de los problemas que más preocupan a las empresas europeas, más que el acoso moral, otra modalidad de riesgo psicosocial. El acoso moral y la violencia en el trabajo, en particular, abarcan «todas las situaciones de violencia psicológica en el trabajo» (acoso sexual u otras conductas vejatorias), y, asimismo, la violencia física interna(19).

---

(16) *Informe sobre siniestralidad laboral en 2009 de UGT.*

(17) Encuesta Europea de Empresas sobre Riesgos Nuevos y Emergentes (ESENER, 2010).

(18) Acuerdo Marco Europeo, de 8 de octubre 2004, sobre el Estrés ligado al Trabajo; *Guía explicativa y de buenas prácticas para la detección y valoración de comportamientos en materia de acoso y violencia en el trabajo*, cit., p. 14. Una variante concreta del estrés laboral es el síndrome *burn-out*, o de «estar quemado por el trabajo». *Vid*. PÉREZ CAMPOS, A./MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L./ROMERAL HERNÁNDEZ, J./SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., «El estado de las investigaciones jurídico-laborales sobre riesgos psicosociales: una visión panorámica», *El Observatorio de riesgos psicosociales,* n.º 1, 2008, pp. 33 y ss.; DÍAZ DESCALZO, M.C., «Los riesgos psicosociales en el trabajo: el estrés laboral, el síndrome del quemado y el acoso laboral. Su consideración como accidente del trabajo», *Revista de Derecho Social*, n.º 17, 2002, pp. 183 y ss.; CANO LOZANO, M.C./MOLINA NAVARRETE, C./MARTÍN CHAPARRO, M.P./VERA MARTÍNEZ, J.J., «Nuevos retos de las políticas de salud laboral en las organizaciones de trabajo: una aproximación al estrés laboral y al *burnout* en clave psicosocial», *Temas laborales,* n.º 75, 2004, pp. 188 y ss.

(19) *Vid. Criterio Técnico 69/2009 sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad social en materia de acoso y violencia en el trabajo*, pp. 2-4, que también subraya como básica manifestación de estos riesgos «los errores humanos debidos a la organización del trabajo», p. 9. Sobre la violencia física en el trabajo, *vid.* los comentarios, desde diferentes disciplinas, a las SSTS de 20 de septiembre de 2007 y 17 de junio de 2008. En (J.I. Marcos/M.

## IV. RIESGOS PSICOSOCIALES Y LEGISLACIÓN PREVENTIVA DE RIESGOS LABORALES

La regulación de esta modalidad de riesgos en el trabajo se enfrentaba a un serio obstáculo: las políticas de implantación de medidas de prevención eficaces estaban pensadas para los riesgos tradicionales. Había que empezar por integrar la gestión de los riesgos psicosociales en el contexto más amplio de la gestión de la seguridad y salud en el trabajo, esto es, había que abordar su tratamiento dentro de la legislación preventiva y de control de los riesgos laborales. Este objetivo exigía reinterpretar, o bien extender, el ámbito de la Directiva Marco 1989/391/CE del Consejo, de 12 de junio, relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, que fue transpuesta a la legislación española por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL, en adelante). En este sentido, la Resolución del Parlamento Europeo 2001/2339, de 20 de septiembre, sobre el acoso moral en el lugar de trabajo, instaba a la Comisión a tomar medidas sobre la base de la citada Directiva Marco, o, de ser insuficiente, había que elaborar una estrategia común mediante «una nueva directiva marco».

Un primer paso fundamental en el tratamiento jurídico de los riesgos psicosociales se atribuye a la OIT que, en octubre de 2003, aprueba un *Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia en el lugar de trabajo en el sector de los servicios y medidas para combatirla*. En él se abordan los riesgos psicosociales tanto desde la perspectiva de las relaciones laborales como de la prevención de riesgos laborales. Precisamente, las iniciativas de la UE se han movido en esa dirección.

Con la finalidad de incluir los riesgos psicosociales en la gestión de la seguridad y salud laboral y consolidar la obligación empresarial de evaluar, controlar y prevenir esta modalidad de riesgos como cualquier otra derivada del trabajo, se crea el Acuerdo Marco Europeo, de 8 de octubre 2004, sobre el Estrés ligado al Trabajo, que se transpone al marco español de negociación colectiva[20]. Posteriormente, se adopta el Acuerdo Marco Europeo, de 26 de abril de 2007, sobre el Acoso y la Violencia en el Trabajo[21]. Ambos acuerdos han extendido la Directiva Marco de 1989 a dichos riesgos laborales, en la medida en que son susceptibles de menoscabar la salud de los trabajadores[22]; se reconoce así que la obligación preventiva empresarial se aplica también al estrés laboral, al acoso y otras formas de violencia en el trabajo, que deben ser abordados en el marco de una evaluación general de los riesgos profesionales.

---

Velázquez, coords.) *Casos reales de Violencia y Acoso en el Trabajo. Análisis interdisciplinar de las sentencias más relevantes*, Lettera, Bilbao, 2010, pp. 37 y ss.

(20) Se incorpora como anexo al Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2005 (ANC 2005), BOE de 16 de marzo de 2005. Sobre la previsión normativa del estrés laboral, MOLINA NAVARRETE, C., «La situación actual del tratamiento jurídico-preventivo de los riesgos psicosociales en España: resistencias y avances». En *Mobbing-Opinión.com,* Estudios Jurídicos, 2007.

(21) Publicado como Anexo al Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva (ANC 2007), BOE de 14 de enero de 2008.

(22) *Vid. Criterio Técnico 69/2009 sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo.*

Asimismo, merece destacarse el papel que ha cumplido la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (EU-OSHA) en la labor de integrar los riesgos psicosociales en el deber de prevención empresarial. En el año 2002, desarrolló una Campaña centrada en la tarea de establecer las obligaciones legales, las buenas prácticas y las ventajas económicas de evaluar y prevenir los riesgos psicosociales como cualquier otro riesgo en el trabajo. Se han publicado en el año 2010 los resultados de un análisis auspiciado por esta institución: la Encuesta Europea de Empresas sobre Riesgos Nuevos y Emergentes (ESENER, 2010)[23]. Se ha preguntado a empresarios y delegados de prevención acerca de la manera en que se gestionan los riesgos de seguridad y salud en el centro de trabajo, haciendo especial hincapié en el estrés laboral. Los problemas, como se verá más adelante, se manifiestan, sobre todo, «a la hora de desarrollar medidas de prevención eficaces»[24].

El Criterio Técnico 69/2009 sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad social en materia de acoso y violencia en el trabajo (CT 69/2009, en adelante) es un instrumento básico para entender el alcance, significado y tratamiento jurídico de esta categoría de riesgos. Ha reconocido dos posibilidades de actuación frente a las situaciones de violencia física o psíquica en el trabajo, según vulneren exclusivamente la normativa *en materia de relaciones laborales*, o puedan ser constitutivas de infracciones *en materia de prevención de riesgos laborales*, cuando se compruebe un riesgo real y previsible de daño para la salud del trabajador[25]. En este sentido, el CT 69/2009 admite expresamente la aplicación de la legislación de prevención de riesgos laborales a esta otra modalidad de riesgos que también se derivan del trabajo. Así, señala que la obligación de evaluación y prevención de los riesgos psicosociales puede tener encaje en los artículos 4.7.c), 14, 15, 16, 18, 22 y 25.1 LPRL[26]. Frente al Criterio Técnico anterior[27], el de 2009 extiende los criterios de aplicación de la LPRL «a la diversa y variada casuística de los riesgos psicosociales en general, y dentro de ellos al acoso y la violencia en el trabajo en particular»[28].

Al mismo tiempo, la jurisprudencia en el orden social ha ido reconociendo las enfermedades derivadas de la exposición prolongada a situaciones de estrés o de acoso moral como accidente de trabajo[29] (ya es criterio consolidado en materia de acoso sexual).

---

(23) <http://osha.europa.eu; http://www.ESENER.eu>.

(24) *Ibidem*.

(25) *CT 69/2009*, p. 9. Es cierto que el nuevo delito de acoso moral en el trabajo introducido por la LO 5/2010 se contempla dentro de los ataques contra la integridad moral de las personas (artículo 173.1 CP), pero esta consideración no impide su calificación como riesgo laboral.

(26) *Ibidem.*

(27) *CT 34/2003* sobre *mobbing* (acoso psicológico o moral).

(28) *CT 69/2009*, p. 2.

(29) Así, SSTSJ, Sala de lo Social, País Vasco, 517/2007, de 20 de febrero, y de 6 de mayo de 2008. Las prestaciones de seguridad social que se otorgan como consecuencia del acoso moral en el trabajo derivan de contingencia profesional, siendo encuadradas como accidente de trabajo en virtud del artículo 115, apartados 1 y 2, Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. *Vid.* I. MESO LLAMOSAS, Actas del Encuentro internacional sobre análisis de legislación y práctica jurídica sobre el acoso moral en el trabajo o *mobbing,* organizado por la Universidad del País Vasco, septiembre de 2010. Los Tribunales Superiores de Justicia han considerado el acoso moral como fuente de riesgo profesional cuya materialización debe calificarse como enfermedad de trabajo o accidente laboral. *Cfr.* MOLINA NAVARRETE, C., «Violencia moral

En síntesis, uno de los más importantes obstáculos han sido franqueados: el estrés laboral, el acoso y otras formas de violencia en el trabajo se declaran riesgos profesionales (derivados del trabajo) de naturaleza psicosocial que deben ser prevenidos por el empresario conforme a las reglas generales de la LPRL[30]. El Tribunal Constitucional ha interpretado que dicha obligación preventiva establecida en la LPRL (artículo 14) es aplicable a las situaciones de riesgo psicosocial motivadas por la organización del trabajo, cuando tales riesgos sean ciertos y previsibles (SSTC 62/2007, 160/2007, de 2 de julio).

En consecuencia, si se dan esas condiciones, el trabajador tendrá derecho a una protección eficaz de su salud física y psíquica frente a la exposición de riesgos ciertos y previsibles que la puedan menoscabar, de modo similar a otros riesgos derivados del trabajo.

## V. LOS DELITOS DE PELIGRO DE LOS ARTÍCULOS 316 Y 317 CP ANTE LOS RIESGOS PSICOSOCIALES

Se ha señalado que la obligación de evaluar (identificar) y prevenir riesgos laborales encaminada a eliminarlos o minimizarlos (artículos 15 y 16 LPRL) alcanza a los riesgos psicosociales. Éstos deben ser integrados en el Plan de prevención, «deben estar contemplados en la evaluación general e inicial de riesgos de la empresa» por su interacción con otros factores de riesgo[31].

Si de estos riesgos se deriva un peligro concreto y previsible de lesión de la salud física y/o psíquica de los trabajadores expuestos a ellos en el desempeño de la actividad laboral, la falta de adopción de medidas adecuadas y eficaces sería susceptible de persecución penal a través de los delitos de peligro de los artículos 316 y 317, siempre que se den sus requisitos típicos.

> ***Artículo 316 CP.*** *Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.*

---

en el trabajo: conducta prohibida y formas de tutela en los derechos europeos». En *Mobbing-Opinión.com,* Estudios Jurídicos, 2003.

(30) MOLINA NAVARRETE, C., «La situación actual del tratamiento jurídico-preventivo de los riesgos psicosociales en España: resistencias y avances». En *Mobbing-Opinión.com,* Estudios Jurídicos, 2007. MOLINA NAVARRETE, C., «La tutela frente a la violencia moral en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización». En *Aranzadi Social*, n.º 18, 2001; XIOL RÍOS, J.A., «El *mobbing* (acoso psicológico) en la función pública». En (C. Mir Puig, dir.), *El* mobbing *desde la perspectiva social, penal y administrativa*, Consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 395; PURCALLA BONILLA, M.A., «Tratamiento jurídico del *mobbing* y de otros riesgos psicosociales», en *Mobbing-Opinión.com,* Estudios Jurídicos, 2004. LORENZO DE MEMBIELA, J.B., «El acoso moral en el trabajo: su indefinición jurídica». En *Mobbing-Opinión.com*, Estudios Jurídicos, 2004. PÉREZ DEL RÍO, T., «La violencia en el trabajo: óptica social». En (J. Terradillos Basoco/M. Acale Sánchez, dir.), *Estudios Jurídicos sobre siniestralidad laboral*, Junta de Andalucía, 2006, p. 45.

(31) *Guía explicativa y de buenas prácticas para la detección y valoración de comportamientos en materia de acoso y violencia en el trabajo, que complementa el CT 69/2009,* p. 16.

***Artículo 317 CP.*** *Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado.*

## 1. La colaboración institucional en materia de riesgos psicosociales

El Derecho penal, al igual que el Derecho sancionador laboral, contiene herramientas que se enmarcan en la lucha contra la siniestralidad laboral. Tanto los delitos de peligro previstos en los artículos 316 y 317 CP, como los tipos administrativos que tutelan la seguridad laboral frente a situaciones de riesgo grave para la integridad física o salud de los trabajadores (artículo 13, apartados 4 y 10, TRLISOS[32]), tienen como denominador común la inobservancia de la legislación de prevención de riesgos laborales. Sin embargo, la siniestralidad laboral en España revela cada año índices preocupantes[33].

El recurso al Derecho penal como vía disuasoria de los comportamientos que arriesgan gravemente la salud o integridad física de los trabajadores llega casi siempre tarde, a pesar de que los delitos de los artículos 316 y 317, como delitos de peligro que son, están previstos precisamente para evitar resultados lesivos. Por eso, en esta materia, la huida *efectiva* hacia el derecho penal no se ha producido todavía. Si difícil es la tarea de concienciar a la sociedad de que los trabajadores sometidos a una situación de peligro grave para su vida o salud, que frecuentemente es manifiesto, ya son víctimas de un delito perseguible de oficio, el problema se acentúa respecto de unos riesgos, como los psicosociales, más difíciles de localizar e identificar. La conciencia de impunidad en este marco es todavía importante, probablemente debida también a la «socialmente difundida complicidad con el delincuente de "cuello blanco" —paradigmáticamente representado por el empresario—»[34]. En consecuencia, en este ámbito, se sigue aún pensando en el trabajador como mera fuerza productiva.

Como señala M. VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, el uso de la potestad disciplinaria y del poder de dirección no atiende a fines preventivos sino solamente a incumplimientos productivos: «los accidentes y enfermedades profesionales no parecen comportar, por el momento, graves pérdidas económicas para el empresario y ello es debido en gran parte al aseguramiento social completo de las contingencias por accidentes y enfermedades profesionales, a diferencia de lo que ocurre con las enfermedades comunes, en las que el empresario ha de pagar los primeros 15 días de la prestación aunque se trate, en este caso, de un asunto en el que el empresario no tenga ninguna opción ni incluso ningún derecho a intervenir de forma preventiva»[35].

---

(32) Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

(33) Según los datos facilitados por el Ministerio de Trabajo e Inmigración correspondientes al año 2009, «en España fallecen, cada día, 2 trabajadores como consecuencia de su trabajo; 17 sufren un accidente de trabajo grave durante su jornada y 1.848 tienen un accidente de trabajo leve. Además, cada día 46 trabajadores/as son víctimas de una enfermedad profesional en España». Es decir, en 2009, 1.456.777 trabajadores sufrieron un accidente laboral y 826 perdieron la vida (Informe sobre siniestralidad laboral en 2009 de UGT).

(34) TERRADILLOS BASOCO, J., «Respuesta penal frente a la siniestralidad laboral». En *Tutela penal de la seguridad en el trabajo, Cuadernos penales José María Lidón*, n.º 3, Universidad de Deusto, 2006, p. 25.

(35) «Riesgos organizativos y accidentes de trabajo», Ponencia presentada al IV Encuentro Nacional de Profesionales de la Prevención de Riesgos Laborales (ENprl). Avilés 17-19 de junio de 2009, p. 13.

Por otro lado, no es de recibo el papel principal que puede desempeñar la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) a la hora de promover la persecución de estos delitos de riesgo laboral[36]. Porque en los casos en que se genere una situación de peligro grave (sin resultado lesivo) para la vida, integridad física o salud de los trabajadores por infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales, si no media denuncia por parte de los sindicatos o los trabajadores (no suelen denunciar si no se produce el accidente laboral), sólo se puede tener conocimiento de dichas situaciones a través de la actuación de la Inspección de Trabajo. El procedimiento de persecución penal de estas conductas normalmente se ha interrumpido por la falta de especialización o dificultad manifestada por estos profesionales a la hora de detectar en un expediente sancionador la existencia de indicios delictivos[37], además de acusarse una importante falta de coordinación con la Fiscalía. Era, por tanto, necesario arbitrar medidas que pudieran subsanar estos problemas.

Las primeras iniciativas en este sentido se plasmaron en la Instrucción 1/2001 de la Fiscalía General del Estado, sobre actuación del Ministerio fiscal en torno a la siniestralidad laboral, y la Instrucción 104/2001, sobre Relaciones de la ITSS con la Fiscalía General del Estado en materia de ilícitos penales contra la seguridad y salud laboral. Ambas han subrayado la escasa aplicación de los mencionados delitos, y, sin embargo, se han dirigido exclusivamente a solventar los supuestos en los que el peligro ya se ha materializado en la lesión efectiva de la salud, integridad física o vida del trabajador, pero no insisten en la aplicación de los delitos de peligro por sí solos, cuando el riesgo grave no se ha actualizado en resultados lesivos[38].

Para salvar ese escollo, fue necesaria otra Instrucción, la 1/2007 de la Dirección General de la ITSS sobre profundización de las relaciones entre la ITSS y la Fiscalía General del Estado en materia de ilícitos penales contra la seguridad y salud laboral. Las líneas generales de esta Instrucción se encuentran también en el Protocolo Marco, de 19 de septiembre de 2007, de Colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y la Fiscalía General del Estado para la investigación eficaz y rápida de los delitos contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores y la ejecución de las sentencias condenatorias, especialmente, en el Anexo II «Protocolo de actuación para la indagación de los delitos de riesgo». En efecto, solventar esa situación de desconexión institucional para impulsar la persecución de estos delitos requiere obligar a la ITSS a remitir al Ministerio Fiscal expedientes sancionadores por infracciones muy graves, o por algunas infracciones graves en materia de prevención de riesgos laborales, de modo que sea la Fiscalía la que compruebe si de ellos se pueden deri-

---

(36) *Vid.* artículo 5 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, que aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden Social.

(37) Así lo expresa el Protocolo Marco, de 19 de septiembre de 2007, de Colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y la Fiscalía General del Estado para la investigación eficaz y rápida de los delitos contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores y la ejecución de las sentencias condenatorias.

(38) *Vid.,* criticando esta tendencia, LASKURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *La protección penal de la seguridad en higiene en el trabajo*, Civitas, Madrid, 1994, p. 137; TERRADILLOS BASOCO, J., «Los delitos contra la vida y salud de los trabajadores: diez años de vigencia (diez cuestiones controvertidas en los Tribunales)». En (J. Terradillos Basoco/M. Acale Sánchez, dir.) *Estudios Jurídicos sobre siniestralidad laboral,* 2006, p. 117.

var indicios de delito laboral (véase el Anexo II del Protocolo)[39]. Si esto es así, una similar colaboración institucional debería trasladarse a la hora de intervenir sobre riesgos psicosociales, especialmente, a partir del esencial Criterio Técnico 69/2009 sobre las actuaciones de la ITSS en materia de acoso y violencia en el trabajo, que también reconoce la posibilidad de aplicar tipos administrativos sobre prevención de riesgos laborales. Sin embargo, este instrumento otorga el protagonismo a la ITSS a la hora de promover la persecución penal de esta modalidad de riesgos para la salud de los trabajadores, porque condiciona la comunicación del contenido del acta de infracción al Ministerio Fiscal «en el caso de que el Jefe de Inspección apreciase la posible concurrencia de hechos delictivos»[40]. Se reproduce, por tanto, el problema inicial que ha tratado de resolver el Protocolo Marco de 2007. Al mismo tiempo, el propio CT 69/2009 se convierte en pieza clave para orientar la posible valoración delictiva en la que enmarcar una situación de riesgo psicosocial. En efecto, dentro del abanico de tipos penales aplicables que sugiere, se encuentran los delitos de lesiones (físicas o psíquicas), pero, curiosamente, a pesar de admitir que las situaciones de violencia y acoso en el trabajo pueden constituir riesgos laborales ciertos y previsibles para la salud de los trabajadores[41], no baraja tipos penales más significativos que tutelan específicamente derechos laborales. No se entiende por qué, *a priori*, los delitos de peligro de los artículos 316 y 317 CP quedan al margen del elenco de posibilidades de tratamiento penal de estos riesgos laborales[42].

## 2. Requisitos para la aplicación de los delitos de peligro en el ámbito laboral a los riesgos psicosociales

Si la obligación empresarial de eliminar o minimizar riesgos derivados del trabajo (artículos 15 y 16 LPRL) comprende también los riesgos psicosociales cuando éstos fundamenten un peligro cierto y previsible de lesión de la salud física y/o psíquica del trabajador en el desempeño de la actividad laboral (artículo 4 LPRL), la falta de adopción de medidas adecuadas y eficaces podría dar entrada a los delitos de peligro de los artículos 316 y 317, siempre que se den sus requisitos típicos.

### *A) Bien jurídico protegido: la protección de la salud física y psíquica de los trabajadores*

El artículo 40.2 de la Constitución española establece la obligación del Estado de velar por la «seguridad e higiene en el trabajo». Se ha entendido por seguridad del trabajador como

(39) Según el *Informe sobre siniestralidad laboral en 2009 de UGT*, entre los años 2006 a 2009 se ha percibido un notable aumento de las actuaciones de la Fiscalía. Los escritos de acusación del Ministerio fiscal pasan de 350 en 2006 a 852 en 2009.

(40) *CT 69/2009*, p. 13.

(41) Pueden infringir la normativa sobre prevención de riesgos laborales, *CT 69/2009*, p. 9.

(42) Admiten esta vía, MOLINA NAVARRETE, C., «Violencia moral en el trabajo: conducta prohibida y formas de tutela en los derechos europeos». En *Mobbing-Opinión.com,* Estudios Jurídicos, 2003. También, PURCALLA BONILLA, M.A., «Tratamiento jurídico del *mobbing* y de otros riesgos psicosociales». En *Mobbing-Opinión.com,* Estudios Jurídicos, 2004.

la ausencia de riesgos —o su minimización— para su integridad física o salud en el desempeño de la actividad laboral tanto en el entorno privado como en el público. Este derecho laboral básico se encuentra reconocido en el Ordenamiento jurídico laboral y administrativo. El artículo 4.2 Estatuto de los Trabajadores[43] garantiza el derecho a la «integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene», y el artículo 14.l del Estatuto del Empleado Público[44] contempla el derecho a «la protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo». La tutela de este bien jurídico se desarrolla principalmente en la LPRL: el artículo 14.1 establece el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, y un correlativo deber de protección que se extiende, igualmente, a las Administraciones públicas respecto del personal a su servicio[45].

Se observa que el artículo 316 CP ha dado entrada a los términos en los que se expresa la normativa laboral específica, que alude a la *integridad física o la salud*, pero no a la vida, cuya referencia no es necesaria: basta la existencia de una situación de riesgo cierto y grave para la integridad física o la salud del trabajador porque es una regulación de mínimos que garantiza, asimismo, la vida (STS 611/2000, de 19 de octubre). Sin embargo, en virtud del principio de autonomía del Derecho penal, éste es independiente en el establecimiento de sus presupuestos y, por tanto, los conceptos sobre «seguridad y salud laboral» procedentes del Derecho administrativo-laboral pueden modularse en el ámbito penal. El bien jurídico protegido por los delitos de los artículos 316 y 317 CP no se identifica exactamente con la seguridad o salud laboral. Son delitos de peligro que se dirigen directamente a la tutela de la vida, la integridad física y salud de los trabajadores ante comportamientos omisivos que generan un grave peligro en el desempeño de la actividad laboral[46].

Asimismo, cabe observar que el artículo 316 CP incluye la tutela expresa de la salud del trabajador, junto a la integridad *física*. Ello significa que la esfera de protección penal debe abarcar también la salud *psíquica* del trabajador frente a las situaciones que la ponen en peligro grave en el contexto de la actividad laboral[47]. En cualquier caso, la salud psíquica cobra entidad autónoma como objeto de tutela, no se trata tanto de hacerla derivar de una exposición a una situación de peligro para la vida o la integridad física del trabajador,

---

(43) Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

(44) Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

(45) La LRPL será de aplicación tanto en el ámbito de las relaciones laborales reguladas en el Estatuto de los Trabajadores como en el de las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal civil al servicio de las Administraciones públicas (artículo 3.1 LPRL). La Administración pública, en la medida en que está obligada a adoptar medidas de prevención de riesgos laborales, será catalogada dentro de la categoría «empresarios» (artículo 3.1, *in fine,* LRPL).

(46) *Cfr.* LASKURAIN SÁNCHEZ, J.A., *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, cit., pp. 110 y 111; BAYLOS GRAU, A./TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal del trabajo*, Trotta, Madrid, 2.ª ed., 1997, pp. 116 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, J., «Los delitos contra la vida y salud de los trabajadores: diez años de vigencia (diez cuestiones controvertidas en los Tribunales)», cit., pp. 124-125; el mismo autor, «Respuesta penal frente a la siniestralidad laboral», cit., p. 18. Otro sector defiende un bien jurídico que gira en torno a la seguridad laboral. *Vid.* ARROYO ZAPATERO, L., *Manual de Derecho penal del trabajo*, Barcelona, 1988, pp. 154 y ss.; TAMARIT SUMALLA, J.M. En (G. Quintero Olivares, dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, 6.ª ed., 2007, p. 1104, pero sin que ello signifique interpretar estos delitos como meras infracciones de un deber de seguridad.

(47) *Cfr.* DE LA CUESTA AGUADO, P., «Mujeres inmigrantes y siniestralidad laboral: acoso, explotación y esclavitud». En *Revista de Derecho Social,* n.º 41, 2008.

sino de otro tipo de situaciones que cobran significado propio a través de la denominación de riesgos psicosociales.

Por otro lado, considero, con LASCURAIN SÁNCHEZ, que la expresión *medidas de seguridad e higiene adecuadas* que utiliza el artículo 316 CP tiene la virtualidad de señalar los modos de ataque al bien jurídico[48], es decir, a través de la omisión de aquellos medios que sirven de contención o minimización de riesgos, de tal modo que se genere una situación de grave peligro de lesión de la vida, la integridad física o salud de los trabajadores.

Precisamente la importancia de este bien jurídico explica que se acuda a la técnica del delito de peligro concreto, y se prevea el castigo de la modalidad imprudente en el artículo 317 CP, el único delito imprudente que existe en el contexto de la tutela penal de los derechos laborales.

En síntesis, el Código penal ha querido reivindicar su protagonismo para tutelar la «vida, salud o integridad física» de los trabajadores ante situaciones de riesgo grave derivadas de la omisión de medidas adecuadas y eficaces en el desempeño de la prestación de trabajo. Constituye, además, un bien jurídico colectivo, de carácter irrenunciable, porque el trabajador no puede aceptar válidamente ponerse en peligro ante una omisión o incumplimiento de las medidas que debieran evitar o minimizar la situación de riesgo a la que se expone durante la prestación laboral (en este sentido, SAP, Cantabria, Secc. 4.ª, 2038/2004, de 31 de marzo)[49].

### *B) El concepto material de autor a los efectos de los artículos 316-317. La delegación de funciones de garante*

El artículo 316 CP regula un delito de omisión de garante[50], que atribuye responsabilidad penal a quien ejerza una posición de garante de la vida, integridad física y salud de los trabajadores basada en la asunción voluntaria del control de una fuente de peligro: el autor asume materialmente funciones de supervisión y vigilancia respecto del cumplimiento de medidas tendentes a eliminar o reducir al mínimo legal los riesgos para la vida, la integridad física o salud de los trabajadores destinatarios de ellas. Utilizando el criterio jurisprudencial dominante, el término «legalmente obligados» también comprende a aquella persona que, de forma efectiva, desempeñe «funciones de vigilancia y supervisión (...) que le convierte en garante y responsable del cumplimiento de las medidas»[51]. Junto a ello, dicho término exige que exista una cobertura legal o reglamentaria de esa asunción de funciones[52].

---

(48) *Cfr. La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, cit., p. 111. Por otro lado, incluir en la redacción del tipo penal el término «salud laboral» se hubiera confundido con la salud del trabajador como objeto de tutela, además de ser susceptible de identificarse con el «bienestar laboral». *Cfr. op. cit.,* pp. 28 y ss. y 31.

(49) El artículo 2.2 LPRL subraya su carácter de «Derecho necesario mínimo indisponible».

(50) Con una estructura más parecida a los delitos de omisión impropia. TAMARIT SUMALLA, J.M., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., p. 1105.

(51) SSTS 1188/1999, de 14 de julio, 1654/2001, de 26 de septiembre; SAP, Sevilla, Secc. 3.ª, 160/2004, de 12 de marzo; SAP, Huelva, Secc. 2.ª, 23/2005, de 2 de febrero; siempre que tengan un «dominio suficiente del hecho», SAP, Barcelona, Secc. 2.ª, 182/2000, de 16 de febrero, SAP, Alicante, Secc. 7.ª, 278/2004, de 21 de abril.

(52) DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 571; TERRADILLOS BASOCO, J., «Los delitos contra la vida y salud de los trabajadores: diez años

En consecuencia, la expresión «legalmente obligados» a facilitar los medios necesarios para prevenir riesgos para la vida, integridad física y la salud de los trabajadores no exige necesariamente que el autor lo sea el empresario en sentido estricto, ni que coincida con el sujeto de la infracción laboral en materia de seguridad (véase, artículo 2 TRLISOS). La esfera de los posibles autores se ve ampliada en el ámbito penal a otras personas en las que el empresario delegue idóneamente esas funciones y las asuman voluntariamente(53).

A través de la delegación de funciones se transmite un «deber de control sobre un ámbito de riesgo que corresponde al delegante»(54). La delegación de atribuciones de protección de la vida, integridad física y salud de los trabajadores debe respetar unos requisitos mínimos. En primer lugar, las funciones han de ser delegables(55). En segundo lugar, se requiere la idoneidad profesional del delegado, experiencia y diligencia en el cumplimiento de la tarea de facilitar los medios necesarios para la prevención de riesgos(56).

A partir de ahí, la discusión se centra en si esa transmisión personal de funciones de garante puede eximir de responsabilidad penal al delegante. La respuesta dependerá del alcance de su deber de controlar o vigilar el cumplimiento de la tarea del delegado. Con arreglo al artículo 16.2.b) LPRL, el empresario debe «asegurarse de la efectiva ejecución de las actividades preventivas (…) efectuando para ello un efectivo seguimiento continuo de la misma» (*vid.* SAP, Madrid, de 18 de junio de 2003). Por tanto, no sólo tiene que cumplir su obligación de *elegir* personas capacitadas para asumir la actividad delegada, sino también un deber de *comprobar* periódicamente el cumplimiento del delegado de su actividad asignada(57).

---

de vigencia (diez cuestiones controvertidas en los Tribunales)», cit., p. 128; el mismo, «Respuesta penal frente a la siniestralidad laboral», cit., p. 29; LASKURAIN SÁNCHEZ, J.A., «La imputación penal del accidente de trabajo». En *Tutela penal de la seguridad en el trabajo, Cuadernos penales José María Lidón,* n.º 3, Universidad de Deusto, 2006, p. 55. Sobre el carácter perturbador del término «legalmente» obligados, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «¿Qué salvar del artículo 318 CP? La responsabilidad de administradores y encargados del servicio en los delitos contra los derechos de los trabajadores "atribuidos a una persona jurídica". Consideraciones *de lege ferenda*». En (F.J. Álvarez García, dir.), *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La Política criminal europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 563 y 564.

(53) La cobertura legal de esta posibilidad se encuentra en el artículo 16.2.b) LPRL. *Vid.* NARVÁEZ BERMEJO, M.A., *Delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 29; TERRADILLOS BASOCO, J., «Los delitos contra la vida y salud de los trabajadores: diez años de vigencia (diez cuestiones controvertidas en los Tribunales)», cit., p. 130. LASKURAIN SÁNCHEZ, J.A., «La imputación penal del accidente de trabajo», cit., pp. 46, 47 y ss.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *op. cit.,* pp. 563 y 564; TAMARIT SUMALLA, J.M., *op. cit.,* pp. 1104 y 1105.

(54) LASKURAIN SÁNCHEZ, J.A., «La imputación penal del accidente de trabajo», cit., p. 46.

(55) No lo es el control sobre la seguridad de las obras por parte de Arquitecto y Aparejador (SAP, Teruel, 4/2000, de 31 de enero; STS 1654/2001, de 26 de septiembre).

(56) TERRADILLOS BASOCO, J., «Los delitos contra la vida y salud de los trabajadores: diez años de vigencia (diez cuestiones controvertidas en los Tribunales)», cit., p. 130. Véanse, al respecto, SSTS 1105/1992, de 19 de mayo, 1188/1999, de 14 de julio.

(57) Una responsabilidad penal que puede fundamentarse en las reglas del artículo 11 CP, TERRADILLOS BASOCO, J., «Los delitos contra la vida y salud de los trabajadores: diez años de vigencia (diez cuestiones controvertidas en los Tribunales)», cit., p. 130; «el ámbito delegado sigue siendo un ámbito del delegante», LASKURAIN SÁNCHEZ, J.A., «La imputación penal del accidente de trabajo», cit., pp. 46, 47 y ss.

En síntesis, se sostiene un concepto material de autor a los efectos del artículo 316 CP. La posibilidad de extender la esfera de los autores de este delito en el sentido explicado se legitima a través de la cláusula del artículo 318 CP, frecuentemente alegada por la jurisprudencia en esta materia y que se circunscribe exclusivamente a los delitos laborales (SSTS 131/1998, de 12 de noviembre, 642/2001, de 10 de abril, 1233/2002, de 29 de julio, Auto TS 2382/2001, de 6 de noviembre). Cuando los hechos se atribuyan a personas jurídicas, este precepto permite hacer responsables penalmente a los «administradores y encargados del servicio que, conociendo el riesgo existente en una determinada situación, no hubieren adoptado las medidas necesarias para evitarlo mediante la observancia de las normas de prevención atinentes al caso».

Este punto de partida acerca del concepto de autor y el análisis de los siguientes requisitos típicos del artículo 316 CP permitirán afrontar los problemas de responsabilidad penal que pueden generar, en materia de prevención de riesgos psicosociales, la política de *externalización* de la gestión de prevención a través de los Servicios de Prevención Ajenos (SPA) y una evaluación de riesgos fundamentalmente orientada a los riesgos tradicionales dimanantes de las condiciones materiales de trabajo, que no tiene en cuenta a los individuos ni a la organización del trabajo[58].

### *C) Requisitos de la conducta típica*

La conducta típica del artículo 316 (y 317) exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

(1) No facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas.

(2) Infracción de las normas de prevención de riesgos laborales.

(3) Poner en peligro grave la vida, integridad física o salud de los trabajadores en el desempeño de la actividad laboral.

#### a) Interpretación del término «no facilitar los medios necesarios» y la inclusión de la protección del trabajador frente a los riesgos psicosociales

La conducta típica consiste, en primer lugar, en «no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas».

Se requiere que el sujeto activo garante infrinja el deber de facilitar los medios que son preceptivos para proteger la vida, integridad física o salud del trabajador en el desempeño de su actividad laboral.

«No facilitar» los medios necesarios significa no proporcionar, o hacerlo de modo incompleto o ineficaz, aquellos medios de prevención de riesgos derivados del trabajo enca-

(58) *Cfr.* VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M., «Riesgos organizativos y accidentes de trabajo», IV Encuentro Nacional de Profesionales de la Prevención de Riesgos Laborales, cit., p. 29. Véase, más adelante, el apartado 3.1.

minados a proteger eficazmente la integridad física y salud del trabajador en el desempeño del trabajo[59].

Más discutido es determinar la clase de «medios necesarios» a la que se refiere el artículo 316 CP, es decir, si son exclusivamente los de naturaleza material (medios técnicos), o bien cabe incluir cualquier medio dirigido a la finalidad mencionada. El artículo 4.1.º LPRL alude al conjunto de actividades o medidas adoptadas o previstas en todas las fases de actividad de la empresa con el fin de evitar o disminuir los riesgos laborales. Desde una interpretación material alusiva al bien jurídico tutelado por el delito de peligro que se analiza, es factible defender un concepto amplio de «medios». La doctrina mayoritaria incluye cualquier medio, no sólo los materiales (equipos de trabajo individuales o colectivos, por ejemplo, cascos, mascarillas, sistemas de seguridad en la maquinaria, barandillas, redes, etc.); también cabe integrar los relacionados con las características del trabajo, incluidos los relativos a su organización (por ejemplo, métodos de trabajo) «que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador» (artículo 4.7.º LPRL)[60]. En otras palabras, hablamos de la seguridad como ausencia o minimización de riesgos para la vida, integridad física o salud que procede de las «condiciones materiales, personales y organizativas» de realización de la prestación de trabajo[61].

Así, la SAP, Cuenca, Secc. Única, 16/2001, de 21 de febrero, se suma al criterio doctrinal mayoritario que integra, dentro los medios necesarios, tanto los «estrictamente materiales», como «los personales, intelectuales y organizativos entre los que destaca muy especialmente el deber de información sobre el riesgo, puesto que dicha información resulta un medio imprescindible para que el trabajo pueda realizarse bajo parámetros adecuados de protección, información que debe facilitarse, por supuesto, en términos de adecuación a cada riesgo concreto y de forma que resulte comprensible a los trabajadores»[62] (también, SSTS 131/1998, de 12 de noviembre, 1611/2000, de 19 de octubre; SAP, Madrid, Secc. 17.ª, 880/2003, de 6 de octubre, SAP, Alicante, Secc. 7.ª, 278/2004, de 21 de abril). Medios que integren tanto la técnica, las condiciones de trabajo como «la organización del trabajo», «y la influencia de los factores ambientales en el trabajo» (SAP, Cantabria, Secc. 4.ª, 2038/2004, de 31 de marzo).

En consecuencia, no existen razones para pensar que el artículo 316 CP esté exclusivamente orientado a la prevención de riesgos tradicionales derivados del trabajo, porque no existe obstáculo teórico ni legal para encuadrar aquí el deber de facilitar las medidas

---

(59) DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, cit., p. 605.

(60) Sostienen esta interpretación, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *op. cit.,* pp. 582 y 606; TERRADILLOS BASOCO, J., *Los delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 85 y ss.; el mismo, «Los delitos contra la vida y salud de los trabajadores: diez años de vigencia (diez cuestiones controvertidas en los Tribunales)», cit., pp. 132 y 133, una interpretación compatible con el principio de legalidad, p. 133; LASKURAIN SÁNCHEZ, J.A., «La imputación penal del accidente de trabajo», cit., p. 51.

(61) LASKURAIN SÁNCHEZ, J.A., *La protección penal de la seguridad en higiene en el trabajo*, cit., p. 27.

(62) Aunque no se tengan que aportar medios materiales, la información a trabajadores y empresarios es un medio imprescindible que se integra dentro de los medios que se han de facilitar, TERRADILLOS BASOCO, J., «Respuesta penal frente a la siniestralidad laboral», cit., p. 29; en sentido similar, LASKURAIN SÁNCHEZ admite que «la formación e información son tareas propias del contenido del deber de seguridad, y que pueden ser consideradas como de facilitación de medios». *Cfr.* «La imputación penal del accidente de trabajo», cit., p. 51.

necesarias en orden a eliminar o minimizar riesgos psicosociales. Otra interpretación dejaría al margen, inexplicablemente, la protección del trabajador frente a aquellos riesgos para su salud física o psíquica que no surgen estrictamente de las condiciones materiales de la prestación laboral.

Ahora bien, se exige que los medios no facilitados sean los «necesarios» para garantizar la seguridad de la vida, integridad física y salud de los trabajadores en el marco de su actividad (artículo 14.2 LPRL). Serán «necesarios» aquellos que sean *adecuados* para el desempeño de la prestación laboral de que se trate —dependerá de la clase de actividad, lugar de realización, riesgo al que se expone el trabajador y capacidades tanto profesionales como personales del trabajador[63]—, y *eficaces* para cumplir la finalidad de eliminar riesgos o reducir aquellos que no se pueden evitar (el artículo 14.1 LPRL exige un deber de protección *eficaz*). Así, ante riesgos reales y previsibles que sólo cabe minimizar, las medidas de prevención aplicables han de ser idóneas para evitar que lleguen a materializarse.

### a.1) Los «medios necesarios» ante los riesgos psicosociales: acciones formativas y de protección

Se ha sostenido la posibilidad de incluir la protección penal de la salud de los trabajadores frente a los riesgos que proceden de las condiciones personales y organizativas de realización de la prestación de trabajo. Los medios de prevención aplicables ante las situaciones de riesgos psicosociales que supongan un peligro cierto y previsible para la salud de los trabajadores serán los que «mejor se adapten a la situación concreta»[64], y que sean eficaces para evitar que lleguen a materializarse en resultados lesivos[65].

Si han de ser medidas adaptadas a esta clase de riesgos, habrá que atender a sus características, fenomenología y factores desencadenantes, pero, en cualquier caso, tendrán que incidir en las formas de organización de la empresa[66].

Dentro de las medidas de gestión de los riesgos psicosociales ocupan un papel primordial las *medidas de identificación o evaluación inicial de los factores que desencadenan la situación de riesgo*, según la obligación que establecen los artículos 15 y 16 LRPL[67]. En consonancia con la naturaleza de esos factores, las medidas a adoptar deben recaer tanto en la esfera individual, grupal como la organizativa (*vid.* STSJ, País Vasco, Sala de lo Social, de 6 de mayo de 2008).

---

(63) *Vid*. TERRADILLOS BASOCO, J., *La siniestralidad laboral como delito,* Ed. Bomarzo, Albacete, 2006, p. 90.

(64) *CT 69/2009*, pp. 9 y 11.

(65) *CT 69/2009*, p. 10.

(66) *Cfr.* VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M., «La prevención de las conductas inseguras», *MC Salud Laboral*, n.º 14, 2009, p. 27.

(67) *Guía explicativa y de buenas prácticas para la detección y valoración de comportamientos en materia de acoso y violencia en el trabajo, que complementa el CT 69/2009*, p. 15 (en adelante, *Guía explicativa CT 69/2009*). *Vid.* los comentarios, desde diferentes disciplinas, a la STSJ, País Vasco, de 8 de mayo de 2007. En *Casos reales de Violencia y Acoso en el Trabajo,* cit., pp. 231 y ss.

Un lugar significativo desempeñan las *medidas formativas* enmarcadas en el deber de proporcionar información y formación del trabajador sobre los riesgos del puesto de trabajo (artículos 14.1, 15.3 y 18 LPRL) y en la obligación derivada del artículo 19 LPRL respecto del personal de estructura(68):

— Información sobre los efectos en la salud de una exposición prolongada a una situación de riesgo psicosocial como el estrés laboral.

— Acciones de formación de los trabajadores que deban hacer frente en su trabajo a situaciones difíciles causantes de estrés laboral; especial atención requieren los trabajadores sin experiencia laboral previa o inmediata en el puesto de trabajo al que son adscritos(69).

— Acciones formativas para los directivos, mandos y trabajadores sobre el trato con las personas en su trabajo(70).

— Formación del «personal de estructura» sobre estilos de mando y dirección(71).

Según la Encuesta ESENER (2010), las medidas de gestión de los riesgos psicosociales más frecuentemente adoptadas en las empresas europeas son las de formación y los cambios en la organización del trabajo, además de la formación y participación en dicha gestión del personal con cargos de responsabilidad en la estructura organizativa empresarial(72).

Junto a tales acciones formativas, pueden servir para advertir problemas relacionados con el estrés y la violencia en el trabajo las medidas de vigilancia sanitaria periódica sobre la salud psíquica de los trabajadores (artículo 22 LPRL)(73). Otras medidas que deben repercutir en una adecuada organización del trabajo son las relativas a la adaptación del puesto de trabajo (según sus características y exigencias psicofísicas) a las condiciones o capacidades personales del trabajador [artículo 15.1.d) LPRL], una modalidad de obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales aplicable a este ámbito(74). La adecuación de las capacidades del trabajador a las necesidades del trabajo puede suponer adoptar acuerdos de tiempo y cantidad de trabajo, reducir la monotonía de las tareas, elevar el grado de autonomía del trabajador para decidir cómo se realizan las tareas de modo que haga compatible la eficacia del trabajo con la salud del trabajador. Estas medidas pueden reducir, además, la falta de comunicación con el supervisor o directivo (un factor también desencadenante de los riesgos psicosociales), así, eliminando la incertidumbre respecto a lo que se espera del trabajador(75).

---

(68) *Vid*. Acuerdo Marco Europeo, de 8 de octubre 2004, sobre el Estrés ligado al Trabajo.

(69) *Guía explicativa CT 69/2009*, p. 17.

(70) *Guía explicativa CT 69/2009*, p. 15.

(71) *Guía explicativa CT 69/2009*, p. 17.

(72) Los procedimientos de gestión son aplicados, sobre todo, en el ámbito de la sanidad, la educación y el trabajo social, por la naturaleza del trabajo en estos sectores específicos.

(73) *Guía explicativa CT 69/2009*, p. 17.

(74) *Guía explicativa CT 69/2009,* p. 19.

(75) *Vid.* Acuerdo Marco Europeo, de 8 de octubre 2004, sobre el Estrés ligado al Trabajo; también, VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M., «La prevención de las conductas inseguras», cit., p. 27.

En otro orden de acciones preventivas, se encuentran las *medidas de protección frente a riesgos existentes.* Como medida de protección de las personas cuya salud se encuentra afectada por la exposición anterior a riesgos psicosociales (trabajadores «especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo»), se prevé la adscripción a un nuevo puesto de trabajo «compatible con sus características personales o psicofísicas» (artículo 25.1 LPRL)[76].

Véanse los hechos probados de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, Secc. 1.ª, 360/2008, de 20 de octubre, que refleja una situación de acoso laboral en el ámbito de la Administración pública que se agravó, precisamente, por no adoptar las medidas adecuadas a la situación concreta para eliminar el riesgo cierto y previsible de empeorar la salud psíquica de la víctima (auxiliar administrativa). Uno de los medios de prevención (protección) hubiera sido trasladar a la trabajadora, o bien, a su superiora jerárquica responsable del acoso. En cambio, no se adoptaron las medidas necesarias, adecuadas y eficaces para eliminar el riesgo psicosocial representado por el acoso moral en el trabajo[77].

### a.2) El problema de la política de externalización de la evaluación y control de riesgos

Sin embargo, aun cuando rijan las reglas generales de prevención de riesgos derivados del trabajo, cabe observar una mayor dificultad en la gestión de los riesgos de naturaleza organizativa, tanto a la hora de detectarlos o identificarlos como a la hora de desarrollar medidas de prevención eficaces[78] para eliminarlos o reducirlos. En efecto, la fiabilidad de los métodos tradicionales de evaluación se resiente, obligando a nuevos métodos de identificación o evaluación que sean también capaces de medir adecuadamente la naturaleza «personal» de estos riesgos[79].

A esta deficiente situación respecto de la prevención de riesgos psicosociales ha contribuido la política de *externalización* de la gestión de prevención a través de los Servicios de Prevención Ajenos (SPA), y una evaluación de riesgos fundamentalmente orientada a

---

(76) En este contexto, véanse los comentarios a las SSTC 62/2007 y160/2007. En *Casos reales de Violencia y Acoso en el Trabajo,* cit., pp. 457 y ss.

(77) *Vid.* este supuesto POMARES CINTAS, E., «¿Existe dificultad de encontrar un acomodo típico-penal para el acoso laboral? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida (Secc. 1.ª), de 20 de octubre de 2008, núm. 360/2008», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 780, 2009, pp. 1 y ss. (<www. aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/actualidad-juridica-aranzadi/780/comentario-jurisprudencia>). Por otro lado, como medidas de intervención ante los problemas de violencia en el trabajo, se arbitra el sistema de resolución interna de conflictos (*CT 69/2009*, p. 11), protocolos de gestión de conflictos en los centros de trabajo, discutibles en la medida en que la violencia proceda del abuso de autoridad, y, por ende, exista una situación de desequilibrio entre las partes.

(78) *Vid.* Encuesta ESENER (2010); VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ**,** M., «Riesgos organizativos y accidentes de trabajo», cit., p. 29. Nos encontramos con el obstáculo representado por el clima actual «de recorte de plantillas e incremento de las responsabilidades del empleado», GAMERO BURÓN, C., «El estado de las investigaciones sobre riesgos psicosociales en el análisis económico», *El Observatorio de Riesgos Psicosociales,* n.º 1, 2008, p. 14.

(79) *Cfr*. MOLINA NAVARRETE, C., «La situación actual del tratamiento jurídico-preventivo de los riesgos psicosociales en España: resistencias y avances». En *Mobbing-Opinión.com,* Estudios Jurídicos, 2007. Como subraya M. VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, la evaluación de riesgos organizativos y la auditoría de integración de la prevención «son de uso incipiente y están en fase de primer rodaje». *Cfr.* «Riesgos organizativos y accidentes de trabajo», cit., p. 29; también, *Guía explicativa CT 69/2009*, pp. 14 y 16.

los riesgos tradicionales dimanantes de las condiciones materiales de trabajo (medios técnicos), que no tiene en cuenta a los individuos ni a la organización del trabajo.

Como ha denunciado M. VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, las actuales formas de gestionar la prevención en las empresas no sólo no contribuyen a paliar las principales causas de siniestralidad (…) sino que incluso las fomentan»[80]: el técnico externo «elabora unos documentos que la empresa no llega a comprender y menos aún a aplicar o gestionar, quedando así incumplida la obligación de integrar la prevención en la inmensa mayoría de los casos. La actividad preventiva se convierte de este modo en un mero artificio documental que no guarda la más mínima conexión con la realidad de la empresa y en el que el técnico de prevención del SPA juega un papel similar al de un asesor externo que solamente es requerido por la empresa cuando se plantean problemas de índole legal»[81].

Según la Encuesta ESENER (2010), más de un tercio de las empresas —especialmente las más pequeñas— subcontrata las evaluaciones de riesgos a proveedores externos[82]; advierte, asimismo, que la extensión de la práctica de la subcontratación «puede estar asociada a un compromiso insuficiente en materia de gestión de la seguridad y salud en el trabajo».

Cabe preguntarse entonces si es posible considerar autores de los delitos de los artículos 316 y 317 CP a los técnicos de prevención de riesgos laborales y hacerlos así penalmente responsables de la creación de un peligro grave para la salud de los trabajadores derivada de una situación de riesgo psicosocial, en virtud de la asunción por delegación de funciones preventivas. La respuesta dependerá de la concurrencia de un doble requisito típico: el técnico de prevención debe ser sujeto idóneo para realizar la conducta consistente en *no facilitar los medios necesarios*, y, de otro lado, se ha de integrar dentro del concepto material de autor del delito de peligro en el sentido ya explicado.

La primera cuestión ya ha sido resuelta. Los «medios necesarios» a los que alude el artículo 316 CP comprenden también los de naturaleza organizativa y personal, especialmente, las *acciones formativas*, de importancia nuclear en materia de riesgos psicosociales; esto es, el deber de proporcionar información y formación al trabajador y personal de estructura sobre los riesgos no sólo dimanantes de las condiciones materiales del puesto de trabajo. Las medidas formativas constituyen, además, el contenido esencial del deber de seguridad que asumen los servicios de prevención, junto a la vigilancia de la salud en relación con los riesgos derivados del trabajo (artículo 31.3 LPRL); si el técnico de prevención las incumple, no habrá facilitado los medios necesarios para proteger la salud de los trabajadores. Sin embargo, este elemento no es suficiente para atribuirle la autoría del delito de peligro que se analiza. Falta por resolver la segunda cuestión relacionada con el concepto material de autor a efectos del artículo 316 CP.

Los técnicos de prevención podrán ser autores sólo en la medida en que asumen funciones de garante (funciones delegadas del empresario y de control de los riesgos)[83] y ejercen

(80) VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M., «Riesgos organizativos y accidentes de trabajo», cit., p. 29.

(81) *Op. cit.,* p. 12.

(82) La Encuesta no incluye a las empresas con menos de 10 trabajadores.

(83) La cobertura legal de esta posibilidad se encuentra en los artículos 30 y 31 LPRL. Admiten la posibilidad de encuadrar al técnico en prevención dentro de la esfera de autores del artículo 316, DE VICENTE MARTÍNEZ, R.,

una posición de dominio o control fáctico sobre el proceso generador de riesgos para la vida, integridad física o salud de los trabajadores (traslación del ámbito de dominio)[84]; esto ocurrirá cuando se convierten en «delegados de seguridad» que disponen del monopolio de la información[85]. Téngase en cuenta, como señala LASKURAIN SÁNCHEZ, que las tareas de asesoramiento «pueden tener un cariz ejecutivo en la medida en que se refieran a materias especializadas y que no sean susceptibles de control real por parte del ejecutivo informado»[86].

En síntesis, bajo las exigencias indicadas, también el asesor externo de prevención de riesgos laborales puede ser autor del delito de peligro (artículos 316 y 317 CP). Al mismo tiempo, es posible atribuir responsabilidad penal al empresario delegante[87] si infringe su deber de seleccionar a personas competentes e idóneas también en materia de riesgos psicosociales[88], o su deber de comprobar el cumplimiento de sus respectivas funciones de control de dichos riesgos.

La relevancia penal del comportamiento omisivo del técnico de prevención dependerá de un requisito típico objetivo que queda por analizar: debe generar una situación de peligro concreto y grave para la salud de los trabajadores en el desempeño de la actividad laboral.

### b) La infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales aplicada a los riesgos psicosociales

El artículo 316 CP, como norma penal en blanco, requiere infringir «las normas de prevención de riesgos laborales». Para que la conducta omisiva (*no facilitar los medios necesarios* para proteger la vida, salud o integridad física de los trabajadores) sea penalmente relevante se exige que contravenga la normativa de prevención de riesgos laborales, cualquiera que sea su rango, incluidos los convenios colectivos que regulen este ámbito (artículo 5.2 TRLISOS).

---

*op. cit.,* p. 582; la misma autora, «Sujetos responsables de la seguridad y salud en el trabajo en el ámbito laboral y en el ámbito penal. En especial la responsabilidad penal de los técnicos en prevención de riesgos laborales», *Actualidad penal*, n.º 12, 2003, pp. 333 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, J., *La siniestralidad laboral como delito*, cit., pp. 76 y 77; el mismo autor, «Los delitos contra la vida y salud de los trabajadores: diez años de vigencia (diez cuestiones controvertidas en los Tribunales)», cit., p. 133; HORTAL IBARRA, J.C., *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Ed. Atelier, Barcelona, 2005, p. 259.

(84) LASKURAIN SÁNCHEZ, J.A., «La imputación penal del accidente de trabajo», *op. cit.,* p. 56; SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J.R., «La responsabilidad penal del empresario, personal técnico y de los servicios de prevención en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo», *Revista Penal,* n.º 10, 2002, p. 105; PÉREZ ALONSO, E./ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., «Responsabilidad penal del empresario y del técnico en prevención de riesgos laborales». En *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 1525, nota 14.

(85) LASKURAIN SÁNCHEZ, J.A., «La imputación penal del accidente de trabajo», *op. cit.,* pp. 50 y ss.

(86) *Op. cit.,* p. 52.

(87) TERRADILLOS BASOCO, J., «Los delitos contra la vida y salud de los trabajadores: diez años de vigencia (diez cuestiones controvertidas en los Tribunales)», cit., p. 130.

(88) Se exige formación, especialidad y capacitación suficientes y adecuadas a la actividad preventiva a desarrollar en función de los tipos de riesgo a los que puedan encontrarse expuestos los trabajadores (artículos 30.2 y 31.4 LPRL).

Los comportamientos omisivos relacionados con la falta de adopción de medidas adecuadas y eficaces para la prevención de riesgos psicosociales pueden constituir, según el *CT 69/2009*, las siguientes infracciones en materia de prevención de riesgos laborales[89]:

— Infracción grave del artículo 12.1.b) o del artículo 12.6 TRLISOS, por incumplimiento del deber de evaluar, identificar o controlar los riesgos psicosociales.

— Infracción grave del artículo 12.8 TRLISOS, por incumplimiento de la obligación de formación e información sobre los riesgos del puesto de trabajo *susceptibles de provocar daños para la seguridad y salud y sobre las medidas preventivas aplicables.*

— Infracción grave del artículo 12.2 TRLISOS, por incumplimiento del deber de vigilancia sanitaria de la salud psíquica de los trabajadores.

— Infracción muy grave del artículo 13.10 TRLISOS, cuando de la omisión de medidas de prevención adecuadas y eficaces para minimizar o evitar situaciones de estrés laboral o violencia en el trabajo *se derive un riesgo grave e inminente para la salud de los trabajadores.*

— Infracción muy grave del artículo 13.4 TRLISOS, por incumplimiento del deber de adaptar el puesto de trabajo o la realización de tareas (según sus características y exigencias psicofísicas) a las condiciones o capacidades personales del trabajador, *cuando de ello se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores.*

c) Los artículos 316 y 317 CP como delitos de peligro concreto: problemas de imputación objetiva en materia de riesgos psicosociales

Los artículos 316 y 317 CP regulan un delito de peligro concreto. Es necesario que el comportamiento omisivo del autor genere una situación concreta de *grave peligro* para la vida, salud o integridad física de los trabajadores en el desempeño de la prestación laboral. En este sentido, el artículo 316 CP coincide con algunas infracciones laborales que también exigen la gravedad del peligro creado (apartados 4 y 10 del artículo 13 TRLISOS).

Como delito de peligro concreto, sea doloso (artículo 316) o por imprudencia grave (artículo 317), se consuma cuando se constata la creación de dicha situación de peligro. No es preciso, por tanto, que el peligro concreto y grave se manifieste en un resultado lesivo efectivo[90].

El requisito de la gravedad de la situación de peligro es impreciso, dependerá de la valoración de las circunstancias del caso concreto. El artículo 4 LPRL, apartado 2.º, señala que para calificar un riesgo desde el punto de vista de su gravedad, «se valorarán conjun-

(89) *CT 69/2009,* pp. 10, 11 y 12.

(90) Véanse, SAP, Girona, Secc. 3.ª, 554/2009, de 3 de septiembre; SSAP, Madrid, Secc. 15.ª, 482/2007, de 16 de noviembre y 433/2005, de 27 de septiembre; SAP, La Rioja, Secc. 1.ª, 118/2008, de 24 de septiembre; SAP, Guipúzcoa, Secc. 1.ª, 182/2006, de 23 de mayo; AAP, Barcelona, Secc. 2.ª, de 9 de marzo de 2004, y Auto TS, 2382/2001, de 6 de noviembre.

tamente la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo», es decir, el grado de probabilidad de que se materialice en un resultado lesivo y su magnitud o trascendencia para la vida, salud o integridad física de los trabajadores en el marco de la actividad de que se trate (*vid.*, por ejemplo, STS 537/2005, de 25 de abril).

Asimismo, se requiere establecer un nexo de imputación objetivo-subjetiva entre el comportamiento omisivo del autor y la concreta situación de grave peligro creada. Frente a la relajación de este requisito en el Derecho sancionador administrativo-laboral (relación de causalidad), en la esfera penal tiene una «importancia capital»[(91)].

En el contexto de los riesgos organizativos que no dimanan directamente de las condiciones materiales de trabajo, ni se gestionan esencialmente a través de medios técnicos, hay que añadir la dificultad de determinar cuándo existe peligro *grave* para la salud derivado de situaciones que no suelen desarrollar su potencialidad en un breve espacio de tiempo, sino por la exposición prolongada a los factores que lo causan (estrés laboral, acoso o violencia en el trabajo). En qué momento cabe acreditar la posibilidad cierta de menoscabar gravemente la salud del trabajador expuesto al riesgo psicosocial de que se trate.

Como señala MOLINA NAVARRETE, a diferencia de lo que sucede con los riesgos tradicionales, en los riesgos psicosociales es necesario atender a una amplia y heterogénea gama de factores o causas[(92)]. Junto a ello, se acusa la dificultad de aplicar un baremo objetivo a la hora de valorar la situación de peligro.

En efecto, hay que tener en cuenta que en la baremación de la entidad de dichos riesgos adquiere especial relevancia la dimensión subjetiva o personal. Esto es, mientras que las circunstancias que explican los riesgos tradicionales inciden de modo análogo en las personas afectadas, no se puede afirmar lo mismo respecto de los riesgos psicosociales[(93)], de tal modo que es la interacción entre factores objetivos y factores personales «lo que permite desplegar los efectos nocivos»[(94)]. Así, la mayor o menor fragilidad de la víctima puede contribuir a agravar la situación de peligro a la que esté sometida. La relevancia penal del comportamiento omisivo dependerá entonces de la previsibilidad o conocimiento del autor de dichas circunstancias, así, porque consten en informes facultativos o deducidos de los resultados de la vigilancia sanitaria empresarial.

Según los hechos probados de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, Secc. 1.ª, 360/2008, de 20 de octubre, los que ocupaban una posición de garante de la salud de los trabajadores conocían la existencia de un informe psiquiátrico respecto de la salud de la víctima afectada (auxiliar administrativa), conocían su especial vulnerabilidad para exponerse a un riesgo cierto y previsible —una situación de acoso—. En él se diagnosticaba la existencia de un trastorno, y se proponía, como medida de protección eficaz, cambiar a la trabajadora de puesto de trabajo o, de otro modo, alejarla de su superiora jerárquica. No

(91) SAP, Lleida, Secc. 1.ª, de 13 octubre de 1998, que absuelve por falta de imputación objetiva; véase, AAP, Barcelona, Secc. 2.ª, rec. núm. 785/2003, de 9 de marzo de 2004 y SAP, Salamanca, 41/1997, de 11 de abril.

(92) *Cfr.* «La situación actual del tratamiento jurídico-preventivo de los riesgos psicosociales en España: resistencias y avances». En *Mobbing-Opinión.com*, Estudios Jurídicos, 2007.

(93) *Vid.* Acuerdo Marco Europeo, de 8 de octubre 2004, sobre el Estrés ligado al Trabajo.

(94) MOLINA NAVARRETE, C., «La situación actual del tratamiento jurídico-preventivo de los riesgos psicosociales en España: resistencias y avances», cit.

sólo no se evitó esta situación, debiendo hacerlo, sino que se agravó una situación de peligro para la salud de la trabajadora. No se adoptaron las medidas necesarias, adecuadas y eficaces, para eliminar el riesgo representado por el acoso moral en el trabajo, generándose (incremento) un peligro grave para la salud psíquica de la víctima.

### *D) Delito de peligro doloso o por imprudencia grave*

Por último, es necesario que los elementos analizados sean abarcados por el dolo del autor (artículo 316), o bien se atribuyan por imprudencia grave.

El delito del artículo 316 CP exige la comisión dolosa. Es un dolo de peligro que requiere el conocimiento del incumplimiento de las medidas preceptivas de prevención de riesgos laborales y de la situación de grave peligro para la vida, salud o integridad física de los trabajadores imputable al comportamiento omisivo (SAP, Murcia, Secc. 2.ª, 67/2009, de 23 de abril). También se admite el dolo eventual, cuando el autor se representa la posibilidad de provocar dicha situación de grave peligro y cuenta con ella, omitiendo su obligación de evitarla (SAP, Girona, Secc. 3.ª, 554/2009, de 3 de septiembre, STS de 26 de diciembre de 1987 y SAP, Salamanca, 41/1997, de 11 de abril). La pena prevista es la de prisión de 6 meses a 3 años y multa de 6 a 12 meses.

En contraste con el resto de los delitos laborales, este delito de peligro concreto prevé expresamente la comisión imprudente (artículo 317 CP), cuando la situación de peligro grave generada por la falta de adopción de los medios necesarios para proteger a los trabajadores ante los riesgos derivados del trabajo se haya producido por *imprudencia grave* (*vid.*, por ejemplo, STS 1233/2002, de 29 de julio y SAP, Alicante, Secc. 7.ª, 278/2004, de 21 de abril). Esta situación puede darse cuando el autor, si bien se representa la posibilidad de crear una situación de peligro, no la considera de grave entidad o confía en que no se va producir. Piénsese en los supuestos de delegación de las actividades de prevención, cuando el empresario infringe la obligación de seleccionar a la persona capacitada para realizar esas funciones (*culpa in eligendo*) o su deber de comprobar el cumplimiento de dichas funciones (*culpa in vigilando*)[95].

El artículo 317 CP prevé la aplicación de la pena inferior en grado respecto de la pena del artículo 316, por tanto, la pena de prisión de 3 a 6 meses (menos un día) y multa de 3 a 6 meses (menos un día-multa).

### *E) Concursos*

Desde la perspectiva dogmática, y también político-criminal, las hipótesis en las que la situación de peligro grave se materializa en el menoscabo de la integridad física, salud, o en la muerte de trabajadores, deben ser resueltas a través de las reglas de un concurso ideal de delitos. De este modo, concurrirá el delito de peligro doloso (artículo 316) o imprudente (artículo 317) con un delito de homicidio o de lesiones imprudentes. Es una solución

(95) *Vid.* TERRADILLOS BASOCO, J., «Los delitos contra la vida y salud de los trabajadores: diez años de vigencia (diez cuestiones controvertidas en los Tribunales)», cit., pp. 136 y 137.

correcta porque responde a la protección de bienes jurídicos distintos, uno colectivo (la víctima, como trabajadora, no puede prestar válidamente su consentimiento en la puesta en peligro) y el otro individual. Este criterio de resolución tendrá lugar cuando la situación de peligro grave afecta a más trabajadores de los que efectivamente resultaron lesionados o muertos (SSTS 1188/1999, de 14 de julio y 1036/2002, de 4 de junio y AAP, Barcelona, Secc. 2.ª, rec. núm. 785/2003, de 9 de marzo de 2004).

El Anexo III «Protocolo de actuación para la ejecución de las sentencias condenatorias» del Protocolo Marco, de 19 de septiembre de 2007, de Colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y la Fiscalía General del Estado para la investigación eficaz y rápida de los delitos contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores, parece proponer al Ministerio Fiscal que, en los casos de aplicación de los delitos de homicidio o lesiones imprudentes, solicite la calificación de *imprudencia profesional*, de modo que permita imponer la correspondiente pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo, de especial relevancia en este contexto.

Por otro lado, el *CT 69/2009* ha señalado que tanto el acoso sexual como el acoso moral en el trabajo, en tanto modalidades de violencia en el trabajo, son fuente de riesgos para la salud de los trabajadores expuestos a ellas[96]. Siendo cierto, estas conductas están específicamente previstas en el Código penal pero tutelan bienes jurídicos distintos de la salud física o psíquica: el artículo 184 regula el acoso sexual en el ámbito laboral, como delito contra la *libertad sexual*, y el artículo 173.1, primer párrafo, regula el acoso moral laboral como delito contra la *integridad moral* de las personas. Sin embargo, el autor de un delito de acoso moral laboral, o de acoso sexual, que asuma, a su vez, funciones de garante de la salud de los trabajadores, no responderá también (concurso ideal) del delito del artículo 316 si la situación de peligro grave para la salud de la víctima trabajadora no se imputa objetivamente a la falta de adopción de los medios necesarios para eliminar o reducir riesgos psicosociales sino a la conducta basada en la reiteración de «actos hostiles o humillantes» (artículo 173.1), o en la solicitud de conductas sexuales indeseadas (artículo 184 CP).

(96) *CT 69/2009*, p. 9.

# TENDENCIAS ACTUALES DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA

Asier Urruela Mora

*Profesor Titular de Derecho Penal*
*Universidad de Zaragoza*

Sergio Romeo Malanda

*Profesor Ayudante. Doctor de Derecho Penal*
*Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*

## RESUMEN

**Tendencias actuales de la jurisprudencia española en materia de responsabilidad penal médica**

La responsabilidad penal médica es objeto de un constante interés por parte de la doctrina especializada, así como de lógica preocupación para los profesionales sanitarios sometidos a ella. El presente trabajo se configura como un análisis jurisprudencial de la referida responsabilidad penal médica, con el fin de determinar los criterios manejados por la jurisprudencia española específicamente en estas esferas a lo largo de las últimas décadas.

**Palabras clave:** Responsabilidad penal médica, imprudencia médica, jurisprudencia médica, medicina y derecho penal, mala praxis médica, aborto, eutanasia, omisión del deber de socorro, confidencialidad.

## ABSTRACT

**Current trends of the Spanish Case Law in the field of criminal liability in medical practice**

Criminal liability in medical practice has become a central issue for the legal scholarship in the field of Criminal Law and it is a main cause of concern for health care professionals. This article constitutes an analysis of the existing case law in the field of criminal liability related to medical practice, with the aim of establishing the criteria used by the Spanish Courts specifically in this area during the last decades.

**Key Words:** criminal medical liability, medical negligence, medical case law, medicine and criminal law, medical malpractice, abortion, euthanasia, omission of duty of care, confidentiality.

## Sumario

I. INTRODUCCIÓN.

II. EL CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE COMO PRESUPUESTO DE LA ACTIVIDAD BIOMÉDICA:

1. **Requisitos del consentimiento y efectos de su ausencia.**
2. **Consentimiento en casos especiales: la autorización judicial en la esterilización de incapaces.**

III. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO POR MALA PRÁCTICA PROFESIONAL.

1. **Requisitos jurisprudenciales para la apreciación de un comportamiento imprudente.**
2. **Imprudencia profesional e infracción de la *lex artis*. En concreto, la imprudencia médica.**

**3. Imprudencia grave e imprudencia leve.**

**4. Responsabilidad penal por trabajo en equipo.**

IV. LA ACTIVIDAD BIOMÉDICA AL INICIO DE LA VIDA HUMANA.

**1. Delimitación entre vida humana dependiente (aborto, lesiones al feto) e independiente (homicidio, lesiones personales).**

**2. Aborto y lesiones al feto imprudentes.**

**3. Excurso: Aborto practicado por un médico faltando los requisitos legales.**

V. LA ACTIVIDAD MÉDICA EN EL FINAL DE LA VIDA HUMANA: RECHAZO DE TRATAMIENTOS VITALES Y EUTANASIA.

**1. Homicidio consentido, cooperación al suicidio y eutanasia.**

**2. Rechazo de tratamientos vitales (I): La negativa a recibir transfusiones sanguíneas.**

A) Renuncia de personas adultas al tratamiento médico.

B) Renuncia de menor de edad al tratamiento médico.

C) Rechazo de tratamientos vitales (II): La desconexión de mecanismos de soporte vital.

VI. DENEGACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA PUNIBLE.

VII. SECRETO MÉDICO Y RESPONSABILIDAD.

## I. INTRODUCCIÓN

La actividad médica constituye uno de los ámbitos de la realidad social más expuesto a las exigencias de responsabilidad, especialmente por la naturaleza de los bienes jurídicos que pueden resultar afectados, como son la vida o la integridad, aunque tampoco podemos obviar otros, como la intimidad, igualmente relevantes.

El presente trabajo se configura como un análisis jurisprudencial de la responsabilidad médica, si bien limitado exclusivamente a la esfera del Derecho Penal. No se trata de analizar únicamente los requisitos exigidos por nuestros tribunales para poder condenar a un profesional sanitario por *malpraxis*, aunque éste es, sin duda, uno de los supuestos más relevantes, sino de exponer la tendencia actual de los tribunales españoles, en cuanto a la exigencia de responsabilidad penal se refiere, en aquellas cuestiones en las que interviene, de una u otra forma, un profesional de la medicina. En todo caso, procede poner de manifiesto en este punto que la pretensión de este trabajo de investigación no se vincula con un análisis dogmático-penal de los distintos tipos relacionados con el ejercicio de la profesión médica, sino que su aspiración primigenia se encuentra asociada al esclarecimiento de los criterios manejados por la doctrina jurisprudencial española en materia de Derecho Penal médico en las últimas décadas.

Se ha procedido a utilizar, de manera preferente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS), pues, como este órgano reconoce en su Sentencia de 1 de abril de 1998, las

sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales (AP), u otros órganos de nivel inferior, no constituyen doctrina jurisprudencial, ni unificación de doctrina, a diferencia de la emanada del Tribunal Supremo. Únicamente se hará alusión a resoluciones emanadas de órganos distintos de aquél cuando, por las apreciaciones en ellas contenidas, sean consideradas especialmente interesantes. Igualmente, en alguna ocasión se hará referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC), cuando exista alguna sentencia concreta de especial interés.

Los Tribunales penales españoles se han pronunciado sobre este tipo de cuestiones referentes a la actividad médica en varias ocasiones. No obstante, ha de reconocerse que son muchos más los supuestos en los que han debido intervenir los Jueces y Tribunales de las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa. No debemos olvidar que el principio de mínima intervención que rige en el Derecho Penal hace que únicamente los comportamientos que de forma más relevante afectan a los bienes jurídicos anteriormente mencionados, o a otros que también puedan entrar en juego, encontrarán en el Derecho Penal el mecanismo más adecuado para su protección, y así queda claramente patente en cuestiones tales como la responsabilidad jurídica por daños derivados de un acto médico.

Además, el Tribunal Supremo ha tenido que pronunciarse en muchas menos ocasiones de las que lo han hecho las Audiencias Provinciales u otros órganos jurisdiccionales inferiores. Ello es lógico si tenemos en cuenta que el recurso de casación ante el Tribunal Supremo en España no es de carácter ordinario, sino extraordinario, por lo que no todas las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales cumplen los requisitos para ser admitidas a trámite por dicho Tribunal. No obstante, ello no supone ningún obstáculo, pues el Tribunal Supremo se ha pronunciado en suficientes ocasiones como para poder exponer cuál es la línea jurisprudencial imperante en el momento actual en relación con los temas que se tratarán en este trabajo.

## II. EL CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE COMO PRESUPUESTO DE LA ACTIVIDAD BIOMÉDICA

### 1. Requisitos del consentimiento y efectos de su ausencia

El consentimiento del paciente, y con él el deber de información por parte del médico[(1)], aparece como el pilar esencial sobre el que pivota la práctica de cualquier intervención médica[(2)]. Así queda plasmado de forma especialmente clara en la Ley 41/2002, de 14 de

(1) Para una ampliación acerca del contenido y extensión de la referida información en la esfera sanitaria, con especial referencia a los criterios doctrinales manejados en Alemania y Austria sobre el particular, véase Isidoro Blanco Cordero, «Relevancia penal de la omisión o del exceso de información médica terapéutica», *Actualidad Penal,* núm. 26, 23-29 junio 1997, pp. 575 y ss.

(2) Como destaca acertadamente CORCOY BIDASOLO, en la actualidad y una vez asumido que el consentimiento constituye un requisito de legitimidad de cualquier intervención médica, se comienza a poner el acento en la información como elemento esencial para su validez; véase Mirentxu CORCOY BIDASOLO, «Medicina predictiva y discriminación», *Medicina predictiva y discriminación, Cuadernos de la Fundación Víctor Grífols i Lucas,* núm. 4, Barcelona, 2001, p. 29. Acerca del propio deber de información en la esfera médico-sanitaria, así como sobre el objeto

noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y, como no podía ser menos, este progresivo reconocimiento del papel fundamental de la voluntad del paciente o usuario de los servicios de salud ha calado en la interpretación jurisprudencial en torno a las exigencias de la información, hasta el punto de que la STS de 12 de enero de 2001 ha llegado a afirmar que «el consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental[3], precisamente una de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo» (criterio jurisprudencial seguido, entre otras, por la SAP de Madrid de 31 de mayo de 2006, la SAP de Barcelona de 1 de junio de 2005 o la SAP de las Islas Baleares de 19 de noviembre de 2004).

Así, con anterioridad a la aprobación de la mencionada Ley 41/2002, de 14 de noviembre, la jurisprudencia ya había venido desarrollando un sistema relativo a los requisitos que deben cumplirse para que el consentimiento prestado por el paciente sea jurídicamente válido, entre ellos, y de forma muy especial, los elementos que debe contener la información que el o los facultativos ofrecen al mismo[4] (información que, de acuerdo con la STS de 3 de octubre de 1997, «ha de ser suficiente, esclarecedora, veraz y adecuada a las circunstancias»). Esta amplia jurisprudencia no se ve, en modo alguno, afectada por lo establecido en la vigente Ley 41/2002, que no la contradice sino que, muy al contrario, ha venido a confirmar los requisitos exigidos hasta su aprobación por la legislación previa y por dicha jurisprudencia. Por esta razón, en la situación actual, los requisitos del consentimiento vienen establecidos por la Ley, por lo que no resulta imprescindible hacer un estudio exhaustivo de esta cuestión en la jurisprudencia, más aun si tenemos en cuenta, como diremos a continuación, que la validez o invalidez del consentimiento tiene una especial relevancia en ámbitos distintos del penal, sobre el cual versa este trabajo.

En efecto, debe ponerse de manifiesto que un estudio detenido de la jurisprudencia en materia de responsabilidad médica por falta de consentimiento válido del paciente, revela que esta cuestión alcanza su máxima expresión en las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa, esto es, la falta de consentimiento del paciente da lugar a indemnizaciones

---

y sujetos de la referida información en este ámbito, véase Pilar GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil,* Bosch, Barcelona, 1997, pp. 115 y ss.

(3) Cabe matizar en este punto el referido criterio jurisprudencial, pues como pone de manifiesto ALONSO ÁLAMO siguiendo en este punto a ROVIRA, «el consentimiento informado no es un derecho fundamental sino un procedimiento que garantiza los derechos fundamentales del paciente. Véase Mercedes ALONSO ÁLAMO, «El consentimiento informado del paciente en el tratamiento médico. Bases jurídicas e implicaciones penales», en Blanca Mendoza Buergo (editora), *Autonomía personal y decisiones médicas. Decisiones éticas y jurídicas*, Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 103 y ss. y 121; Antonio ROVIRA VIÑAS, *Autonomía personal y tratamiento médico. Una aproximación constitucional al consentimiento informado*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 107.

(4) A nivel doctrinal ya en la década de los años 80 del pasado siglo ROMEO CASABONA establecía el contenido de la información a suministrar al paciente y el deber del médico de informar en el marco de los tratamientos terapéuticos, así como los criterios bajo los cuales se configuraba dicho deber. Véase Carlos María ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal. I. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal),* Bosch, Barcelona, 1981, pp. 325 y ss.

por responsabilidad civil y por responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, pero en contadas ocasiones da lugar al pronunciamiento condenatorio por parte de tribunales penales. En otras palabras, es jurisprudencia constante que toda intervención médica que no quede abarcada por el consentimiento del paciente, aunque ésta sea conforme a la *lex artis* (otra cuestión es que la falta de información, y la consiguiente invalidez del consentimiento, suponga ya que la actuación médica sea contraria a la *lex artis*, tal y como ha señalado la jurisprudencia en alguna ocasión —por ejemplo, las SSTS de 16 de diciembre de 1997 y de 13 de abril de 1999—), da lugar a responsabilidad (y a la consiguiente indemnización) si produce algún efecto pernicioso en el paciente (efectos propios de una intervención médica realizada conforme a una buena práctica clínica), por ejemplo, efectos secundarios típicos en dicha intervención, sobre los cuales no se había informado al paciente (a este respecto, SSTS —Sala de lo Civil— de 31 de diciembre de 1997, 16 de octubre de 1998, 7 de marzo y 26 de septiembre de 2000, o más recientemente, de 23 de julio de 2003). Es más, se debate, incluso, si deben dar lugar a una indemnización (por suponer un daño moral) las actuaciones conforme a la *lex artis*, sin resultados negativos, pero realizadas sin un consentimiento válido del paciente.

Por el contrario, los supuestos que dan lugar a responsabilidad penal exigen una actuación médica contraria a la *lex artis*. Así, según lo dicho anteriormente, cuando un médico lleve a cabo un acto médico realizado conforme a la *lex artis*, aunque se materialicen riesgos considerados típicos, de los cuales no se había informado al paciente, la vía adecuada para obtener una sentencia condenatoria será preferentemente la vía contencioso-administrativa y, en su caso, la civil, pero no la penal. La vía penal será la adecuada cuando los daños producidos se deriven de una conducta del médico contraria a la *lex artis*, tal y como se desprende de los ejemplos que se expondrán a lo largo del presente trabajo.

Especial interés en relación con las referidas cuestiones ostenta la STS de 26 de octubre de 1995, que recoge un supuesto de ampliación de la operación en curso[(5)], y admite como hechos probados que «existiendo inconsciencia de la paciente, por estar sometida a anestesia, (...) el "desgarro en colgajo del útero" de la paciente, producido al extraerle el feto al efectuarle la cesárea de urgencia, obligó a "inhibir la hemorragia y suturar el útero"», y que «una vez comprobado que el útero se podía conservar, al controlarse la hemorragia, se eliminó la posibilidad de realizar la histerectomía, y a continuación el señor C., cuando la vida de la paciente no corría peligro, (...) considerando que era una indicación médica correcta, que beneficiaba su salud y que era la única que podía adoptar dicha decisión, no estando en condiciones de hacerlo, sin considerar siquiera la posibilidad de comunicárselo a algún familiar, procedió sin su consentimiento a practicarle una ligadura de trompas por el método "Pomeroy", que supone la esterilización de la paciente (...)». Hay que tener en cuenta que para la realización de cualquier intervención es preciso el previo consentimien-

(5) En relación con el particular, ROMEO CASABONA distingue aquellos supuestos en los que la ampliación de la intervención es necesaria y urgente, en cuyo caso es posible acudir al estado de necesidad, o, si por el contario, se demuestra que la intervención es necesaria pero no urgente, o se le presenta al médico la ocasión de aprovechar la operación para ampliarla en términos no estrictamente necesarios, casos en el que el médico debe abstenerse de cualquier extralimitación del consentimiento otorgado. Véase Carlos María ROMEO CASABONA, «Los derechos del paciente (I): Información clínica y autonomía del paciente», *Derecho sanitario aragonés. Estudios sobre el marco jurídico de la Sanidad en Aragón*, volumen I, Cortes de Aragón, Zaragoza, 2004, p. 188.

to del paciente, salvo los casos previstos por la ley, esto es, cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley, y cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él (artículo 9.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre). Como reconoce el Tribunal Supremo, ninguna de estas circunstancias concurre en el presente caso, pues «superado el riesgo de tener que practicar la histerectomía, como único modo de cortar la hemorragia subsiguiente al desgarro del útero de la paciente, al haber podido ser controlada la misma tras suturar dicha herida, la ligadura de trompas no estaba encaminada a resolver o prevenir ningún problema inminente ni urgente». Por ello, dicha ligadura de trompas debe ser sancionada como un delito de lesiones dolosas, si bien el Tribunal aprecia, en este caso, la concurrencia de un error de prohibición vencible, ya que el médico actuó en la creencia de contar con el consentimiento presunto de la paciente[(6)].

La SAP de Barcelona de 25 de junio de 1993 se ocupa de un caso similar. Se trata de una ampliación de una operación en curso en la que se extrajo un segundo molar. Sin embargo, en este caso se absuelve al acusado por estimarlo un caso de urgencia.

En estos casos nos encontramos ante comportamientos lesivos realizados sin el consentimiento del paciente, no ya faltando un consentimiento válidamente emitido (por ejemplo, por información previa insuficiente), sino con ausencia total de éste.

## 2. Consentimiento en casos especiales: la autorización judicial en la esterilización de incapaces

Además de los casos anteriormente mencionados, el artículo 156 del Código Penal admite la práctica de esterilizaciones a personas incapacitadas, a instancia de sus representantes legales, y previa autorización judicial[(7)]. A este respecto, el Tribunal Supremo ha debido pronunciarse sobre el tratamiento jurídico de esterilizaciones llevadas a cabo por un médico pero sin la existencia de dicha autorización judicial. En tales casos, no ha dudado nuestra máxima instancia judicial en considerar que nos encontramos ante un delito de lesiones doloso consumado. Ahora bien, también ha admitido que puede llegar a apreciarse la existencia de un error en el médico que practica la intervención, si éste cree que dicha autorización existe, error, que de ser invencible, daría lugar a la absolución del médico. Ésta es la conclusión a la que llega el Tribunal Supremo en su Sentencia de 1 de febrero de

(6) En este caso, ROMEO CASABONA estima incorrecta la condena por lesiones dolosas, dado que la intervención estaba indicada, aunque no fuera urgente y el médico hubiera debido abstenerse de practicar la ampliación. Sería, por el contrario, admisible la opción de estimar una negligencia por parte del médico al proceder a la valoración de la intervención como urgente (por lo tanto, indicada en ese momento) sin serlo en realidad. En definitiva, estima Romeo Casabona que la solución correcta tenía que haber sido la absolución, dejando abierta la posibilidad de una condena por responsabilidad civil por daños y perjuicios, al no parecer aplicable al caso un delito de coacciones, por no resultar el hecho subsumible en el tipo de injusto de dicho delito. Véase Carlos María ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal. I. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal),* cit., p. 189.

(7) Una ulterior cuestión relevante en relación con el particular es la posible objeción de conciencia a dicha esterilización por parte de los facultativos encargados de su práctica. En este sentido, véase Guillermo ESCOBAR ROCA, «La objeción de conciencia del personal sanitario», en María Casado (coord.), *Bioética, Derecho y Sociedad*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 148 y ss.

2002: «No puede considerarse una exigencia obligada para el cirujano encargado de practicar una intervención quirúrgica que, antes de hacerlo, deba comprobar el cumplimiento de todos los requisitos necesarios para llevarla a cabo (entre ellos el de la autorización judicial en estos casos). Tiene razón el acusado cuando afirma que "él no podía suspender o retrasar la intervención quirúrgica allí, ya en el quirófano", pues "él tendría que presumir que cuando la paciente es llevada al recinto operatorio es porque ya se han cumplido todos los requisitos necesarios para ello"».

## III. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO POR MALA PRÁCTICA PROFESIONAL

### 1. Requisitos jurisprudenciales para la apreciación de un comportamiento imprudente

El Tribunal Supremo, a partir del análisis pormenorizado de situaciones diversas y a través de una serie de progresivas matizaciones, ha ido elaborando un cuerpo de doctrina jurisprudencial básica relativo a la imprudencia del que son exponente, entre otras, las SSTS de 29 de febrero y 23 de mayo de 1996, 14 de febrero, 8 de mayo y 3 de octubre de 1997 y 19 de julio de 2002. Según ha declarado reiteradamente este Tribunal, la estimación de la imprudencia requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Una acción y omisión voluntaria no maliciosa.
b) Infracción del deber de cuidado.
c) Creación de un riesgo previsible y evitable.
d) Un resultado dañoso derivado, en adecuada relación de causalidad, de aquella descuidada conducta[8]. La STS de 29 de octubre de 1994 confirma la sentencia absolutoria de la Audiencia estimando que «no existe relación de causalidad entre la conducta de los acusados y el resultado producido» ya que «no se puede precisar si de haberse detectado antes el inicio de la gangrena se hubiera podido salvar la pierna de la enferma o, en su caso, la amputación podría haberse practicado conservando una mayor parte del miembro afectado»[9]. También excluye la relación de causalidad la STS de 21 de abril de 1992.

---

(8) La doctrina exige de manera mayoritaria en la actualidad, además de la concurrencia de una relación de causalidad *stricto sensu*, la presencia de lo que se conoce como relación de antijuridicidad, que supone una conexión más íntima entre acción y resultado que la mera relación de causalidad, y que específicamente consistirá en que el resultado se haya producido como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido, así como que la norma lesionada por la acción contraria al deber de cuidado persiguiera precisamente la evitación del resultado acaecido en el caso concreto. Véase Carlos María ROMEO CASABONA, *El médico ante el Derecho*, Ministerio de Sanidad y Consumo-Secretaría General Técnica (Servicio de Publicaciones), Madrid, 1985, pp. 84 y ss. Véase igualmente Esteban SOLA RECHE/José Ulises HERNÁNDEZ PLASENCIA/Carlos María ROMEO CASABONA, «La responsabilidad profesional del médico en el Derecho español», en Carlos María Romeo Casabona (editor), *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales*, Centro de Estudios Criminológicos-Universidad de La Laguna, Tenerife, 1993, p. 110.

(9) RUIZ VADILLO, ponente de la referida Sentencia, considera que falta la relación de causalidad de estimarse «que el resultado final (una gangrena gaseosa) se hubiera producido pese a haberse actuado con una mayor diligencia y

El núcleo del tipo de lo injusto en el delito imprudente, según señala, por ejemplo, la STS de 3 de octubre de 1997, lo constituye la divergencia entre la acción realmente realizada y la que debería haber sido realizada en virtud del deber de cuidado que objetivamente era necesario observar. El delito imprudente tiene, pues, la siguiente estructura, tal y como se recoge en las SSTS de 23 de octubre de 2001 y de 19 de julio de 2002: «a) el tipo objetivo está integrado, de un lado, por una acción u omisión cuyo desvalor radica en la infracción de una norma social de cuidado, esto es, en el incumplimiento del deber de advertir el riesgo creado por la acción u omisión y, en su caso, de evitar que el riesgo advertido se concrete en una efectiva lesión. Y, de otro, en la resultancia de un hecho previsto en uno de los tipos delictivos que, en virtud de un precepto expreso de la Ley, admiten la forma culposa; b) el tipo subjetivo, por su parte, está integrado por la ausencia de intención o voluntad con respecto al resultado dañoso y por la índole voluntaria de la infracción de la norma de cuidado cuyo cumplimiento se omite conscientemente, pudiendo presentar esta parte subjetiva del tipo dos formas que no difieren precisamente por su gravedad sino por la naturaleza del deber de cuidado infringido, cuales son la culpa inconsciente en que se infringe voluntariamente el deber de advertir el riesgo y la culpa consciente en que se infringe de la misma manera el deber de evitar el riesgo advertido».

## 2. Imprudencia profesional e infracción de la *lex artis*. En concreto, la imprudencia médica

Como punto de partida, debemos hacer referencia a la conocida distinción que hace nuestro Tribunal Supremo (SSTS de 5 de noviembre de 1990, 28 de septiembre de 1992, 26 de abril de 1994, 23 de octubre de 2001) entre «la "culpa del profesional", que no es más que la imprudencia común cometida por un profesional, y la "culpa profesional", que descansa en la impericia, que tanto puede encontrar su fundamento en la ignorancia, como en la ejecución defectuosa del acto requerido profesionalmente». No obstante, como se dice en las SSTS de 14 de septiembre de 1990 y de 29 de octubre de 1994, entre otras, los límites entre la «culpa del profesional» y la «culpa profesional» son indecisos y confusos[10], por lo que un relevante sector de la doctrina española se muestra disconforme con su mantenimiento y aboga por su supresión[11].

---

cuidado». Véase Enrique RUIZ VADILLO, «La responsabilidad civil y penal de los médicos (especial referencia a los anestesistas)», *Derecho y Salud,* vol. 3, núm. 1, enero-junio, 1995, p. 74. En este sentido, la Sentencia referida (STS de 29 de octubre de 1994) habla de que la relación de causalidad entre la conducta imprudente y el resultado dañoso ha de ser directa, completa e inmediata, doctrina jurisprudencial consagrada en las SSTS de 6 de octubre de 1960, 15 de octubre de 1969 y 23 de enero de 1976, entre otras. Véase Carlos María ROMEO CASABONA/Asier URRUELA MORA, *El establecimiento de un sistema nacional de notificación y registro de eventos adversos en el sector sanitario: aspectos legales*, Comares, Granada, 2010, p. 41.

(10) Véase Sara AGUADO LÓPEZ, «Algunas cuestiones sobre la imprudencia profesional en el Código Penal de 1995 a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1999», *Actualidad Penal*, núm. 12, 19 al 25 de marzo de 2001, pp. 209 y ss.

(11) Véase, entre otros, en el contexto del anterior Código Penal español, analizando la incidencia en este punto del principio de excepcionalidad del castigo de las conductas imprudentes ya fijado en el Proyecto de Código Penal de 1992 (y mantenido en el Código Penal de 1995 *ex* artículo 12 CP), Esteban SOLA RECHE/José Ulises HERNÁNDEZ PLASENCIA/Carlos María ROMEO CASABONA, «La responsabilidad profesional del médico en el Derecho español», cit., pp. 111 y ss. De manera crítica con la pena de inhabilitación especial que conlleva la calificación de

Respecto a la imprudencia profesional, las SSTS de 1 de diciembre de 1989, de 8 de mayo y de 3 de octubre de 1997, 23 de octubre de 2001 y de 27 de marzo de 2002 (estas últimas elaboradas sobre el nuevo texto legal), han precisado que se caracteriza por «la inobservancia de las reglas de actuación que vienen marcadas por lo que en términos jurídicos se conoce como la *lex artis*, lo que conlleva un plus de antijuridicidad que explica la elevación penológica. El profesional que se aparta de estas normas específicas que le obligan a un especial cuidado, merece un mayor reproche en forma de sanción punitiva. Al profesional se le debe exigir un plus de atención y cuidado en la observancia de las reglas de su arte que no es exigible al que no es profesional. La imprudencia profesional aparece claramente definida en aquellos casos en que se han omitido los conocimientos específicos que sólo tiene el sujeto por su especial formación, de tal manera que, como ya se ha dicho, los particulares no tienen este deber especial porque carecen de los debidos conocimientos para actuar en el ámbito de los profesionales» (en este sentido, véase asimismo, la SAP de Sevilla de 17 de mayo de 2004).

En este punto, procede centrar nuestro análisis en lo que constituye la «imprudencia médica». Respecto a ésta, tiene declarado la Sala Segunda del Tribunal Supremo que «la exigencia de responsabilidad al médico presenta siempre graves dificultades porque la ciencia que profesan es inexacta por definición, confluyen en ella factores y variables totalmente imprevisibles que provocan serias dudas sobre la causa determinante del daño, y a ello se añade la necesaria libertad del médico que nunca debe caer en audacia o aventura. La relatividad científica del arte médico (los criterios inamovibles dejan de serlo mañana), la libertad en la medida expuesta y el escaso papel que juega la previsibilidad, son notas que caracterizan la actuación de esos profesionales. La profesión en sí misma no constituye en materia de imprudencia un elemento agravatorio ni cualitativo —no quita ni pone imprudencia, se ha dicho—, pero sí puede influir, y de hecho influye, para determinar no pocas veces la culpa o para graduar su intensidad. La primera modalidad surge cuando se produjere muerte o lesiones a consecuencia de impericia o negligencia profesional, equivalente al desconocimiento inadmisible de aquello que profesionalmente ha de saberse; esta "imprudencia profesional"(12), caracterizada por la transgresión de deberes de la técnica médica, por evidente inepcia, constituye un subtipo agravado caracterizado por un "plus" de culpa y no una cualificación por la condición profesional del sujeto» (SSTS de 8 de junio de 1994, 29 de febrero de 1996 y 3 de octubre de 1997).

Por lo demás, existe ya un cuerpo jurisprudencial extenso y pormenorizado respecto a la imprudencia médica (por ejemplo, SSTS de 1 de diciembre de 1989, 29 de febrero de 1996, 3 de octubre de 1997, 25 de mayo de 1999, 29 de noviembre de 2001), que puede resumirse en lo siguiente:

---

imprudencia profesional en la esfera de determinados tipos delictivos se pronuncia igualmente Pilar GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, cit., pp. 339 y ss. De manera similar, Nicolás GARCÍA RIVAS, «La imprudencia "profesional": una especie a extinguir», en José CEREZO MIR/Rodrigo F. SUÁREZ MONTES/ Antonio BERISTAIN IPIÑA/Carlos M. ROMEO CASABONA, *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López,* Comares, Granada, 1999, pp. 369 y ss.

(12) Para una ampliación en relación con la estimativa jurisprudencial del Tribunal Supremo español en materia de imprudencia profesional y los cambios de criterio experimentados con respecto a ella, véase José CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte General (II)*, Tecnos, 6.ª edición, Madrid, 1998, pp. 177 y ss.

a) Por regla general, el error en el diagnóstico no es tipificable como infracción penal, salvo que por su entidad y dimensiones constituya una equivocación inexcusable[13] y [14], o como dice la STS de 13 de noviembre de 1992, «los simples errores científicos o de diagnóstico no pueden ser objeto de sanción penal, a no ser que sean de magnitud tal que de modo evidente se aparten de lo que hubiera detectado cualquier médico de nivel y preparación similar y con semejantes medios a su alcance». Así, por ejemplo, la STS de 20 de diciembre de 1990 confirma la absolución de un médico de prisiones por un error de diagnóstico que produjo la muerte del paciente, «al haber detectado sólo un catarro que afectaba a las vías respiratorias bajas, cuando, además, existía en el paciente un proceso tuberculoso, del cual no sospechó, sin que (...) en atención a los medios de que disponía en su consulta de la prisión (...), pueda entenderse que hubo negligencia en su comportamiento profesional». Lo mismo acontece en los supuestos analizados por las SSTS de 29 de febrero de 1996 y 13 de noviembre de 1992, en el que se confirma la absolución de un médico por no haber apreciado en el paciente la existencia de una gangrena gaseosa, que tuvo como consecuencia la amputación de la pierna, pues «ha de entenderse que la conducta del acusado se ajustó a lo que habría hecho en circunstancias similares cualquier traumatólogo en un hospital comarcal situado en una zona agrícola».

En otra ocasión, casa el Tribunal Supremo una decisión de la Audiencia que condenaba a un médico por el fallecimiento de un paciente al que no se le detectó un edema y hemorragia cerebral (STS de 8 de junio de 1994). Alegaba la Audiencia la existencia de un «error de diagnóstico "que incidió directa y eficientemente en el fatal desenlace", porque conociendo la existencia de un traumatismo craneoencefálico que podía revestir gravedad por el persistente estado de semiinconsciencia del sujeto no completó los datos elementales e indispensables para el diagnóstico». Sin embargo, para el Tribunal Supremo la culpa del médico no puede fijarse en el error del diagnóstico, sino en la prematura alta hospitalaria. En efecto, entiende el Tribunal Supremo que «existió culpa o descuidada atención, luego de cuatro horas de permanencia vigilada en el hospital y sin modificación del estado general del mismo, acordó el alta hospitalaria sin hacer constar —por escrito— que el traslado al domicilio se hacía en observación y que ciertas señales de alerta (vómitos, cefalea, tendencia al sueño, pérdida total de conciencia) deberían dar motivo a su inmediata hospitalización; es decir, perdía el lesionado el control médico en un estado de semiinconsciencia, y el facultativo se desprendía de sus responsabilidades sin un diagnóstico definitivo,

(13) En este sentido, RUIZ VADILLO pone de manifiesto igualmente que «los errores de diagnóstico o de terapia no constituyen delito salvo que la equivocación sea burda e inexplicable, es decir, absurda en el sentido de que ningún profesional hubiera actuado así». Véase Enrique RUIZ VADILLO, «La responsabilidad civil y penal de los médicos (especial referencia a los anestesistas)», cit., p. 74.

(14) SILVA SÁNCHEZ procede oportunamente a matizar esta idea y pone de manifiesto que el error en el diagnóstico, en sí mismo, puede ser punible si se trata de un error vencible. En definitiva, entiende SILVA SÁNCHEZ (posición con la que coincidimos) que dado que el error excusable (invencible) nunca da lugar a responsabilidad —ni en el ámbito de la actividad médica, ni en ninguna otra—, mientras el error vencible (inexcusable) constituye la quintaesencia de la imprudencia y, por lo tanto, es susceptible de generar responsabilidad, debe darse la razón a la doctrina que acoge unánimemente la posibilidad de hacer responsable al médico por errores (vencibles) en el diagnóstico. Cuestión distinta es que la actividad médica por sus especiales características sea un ámbito abonado para errores invencibles, lo que no desvirtúa la afirmación anterior. Véase Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, «Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia del médico anestesista. La perspectiva del Tribunal Supremo», *Derecho y Salud*, vol. 2, núm. 2, julio-diciembre 1994, pp. 61 y ss.

posiblemente inducido por una embriaguez que enmascaraba el estado clínico (...). Debe apreciarse culpa del médico acusado que no adoptó —prolongando el internamiento u hospitalización del lesionado— un seguimiento previsor y cuidadoso de la evolución del cuadro clínico, procediendo a dar un alta incondicionada que dejaba al lesionado fuera de la observación médica». Así, el Tribunal Supremo sustituye la condena de imprudencia temeraria (grave) con resultado de muerte por negligencia profesional, por la de imprudencia temeraria con resultado de muerte (obviando la condición de profesional), calificación esta que, por otro lado, ha desaparecido con el vigente Código Penal. En un caso similar, y ya empleando la nueva terminología, el Tribunal Supremo (STS de 18 de noviembre de 1998) casa una Sentencia de la Audiencia y condena a un médico de prisiones por un delito de homicidio imprudente (imprudencia grave), pues «pese a la persistencia de su estado, su paulatina agravación, la peligrosidad de los cuadros de sobredosis politoxicológica, la necesidad de observación de los efectos de los potentes antídotos administrados repetidamente y la propia indicación del acusado de que el enfermo precisaba "control evolutivo", el acusado no procedió al ingreso del enfermo en un Centro Hospitalario ni a su mantenimiento en la enfermería del Centro, sino que lo remitió a su celda, sin observación de ningún tipo, y no le visitó a lo largo de toda la noche, siendo hallado muerto, en su camastro, a la mañana siguiente (...). El deceso se produjo finalmente por insuficiencia respiratoria y hemorragia gástrica, que pueden considerarse secundarias a la intoxicación toxicológica, y que podrían haberse evitado, bien con el ingreso hospitalario bien con el cumplimiento efectivo del control evolutivo pautado por el propio acusado».

En otro supuesto, entiende el Tribunal Supremo que puede dar lugar a responsabilidad del médico por imprudencia la muerte de una paciente a la que no diagnosticó, a pesar de los síntomas, un cuadro de eclampsia, y, como consecuencia de ello, no tomó las medidas procedentes para instaurar un tratamiento adecuado (STS de 15 de enero de 1990). Del mismo modo, confirma la STS de 25 de mayo de 1999 la condena por unas lesiones imprudentes, al ginecólogo que no diagnostica la enfermedad de una paciente embarazada, lo cual «resulta grave en una zona del país en la que ya se había constatado la resurgencia significativa de casos de tuberculosis y están los médicos alertados sobre la posibilidad de encontrarse con casos de tal enfermedad».

b) Queda también fuera del ámbito penal, por la misma razón, la falta de pericia cuando ésta sea de naturaleza extraordinaria o excepcional.

c) La determinación de la responsabilidad médica ha de hacerse en contemplación de las situaciones concretas y específicas sometidas al enjuiciamiento penal huyendo de todo tipo de generalizaciones[15].

---

(15) A este respecto, ha puesto igualmente de manifiesto la doctrina cómo el deber de cuidado en la actividad médica está muy vinculado a las circunstancias de tiempo y de lugar. Así, señala ROMEO CASABONA que «éstas (por ejemplo, el ámbito rural y hospitalario, circunstancias catastróficas, etc.) pueden ser determinantes para la configuración del cuidado debido, aunque lo más usual será que, partiendo de la tipicidad del hecho, abran las puertas a causas de justificación o bien, ya en la culpabilidad, de no exigibilidad de otra conducta». Véase Carlos María ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal. Tomo II, volumen 1.º. Los problemas penales actuales de la biomedicina,* Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2011, p. 280. La STS de 13 de noviembre de 1992 se pronuncia en este sentido cuando analiza el deber de cuidado valorando que «el acusado se ajustó a lo que habría hecho en circunstancias similares cualquier traumatólogo en un hospital comarcal situado en una zona agrícola». En relación con la determinación del deber de cuidado en la esfera médico-sanitaria, véase M.ª Ángeles RUEDA MARTÍN, "La concreción del

Sistematiza dichas concepciones jurisprudenciales la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2006 al señalar que «según reiterada jurisprudencia, relativa a la imprudencia médica: a) no cabe incriminar como delito el simple error científico o diagnóstico equivocado salvo cuando cualitativa o cuantitativamente resulte de extremada gravedad; b) tampoco, el carecer el facultativo de una pericia extraordinaria o de cualificada especialización; y, c) siempre, es preciso analizar puntualmente las circunstancias concurrentes en el caso de que se trate» (en el mismo sentido, entre otras, la SAP de las Islas Baleares de 16 de enero de 2004 y la SAP de Madrid de 19 de abril de 2010). En definitiva, tal y como manifiesta la STS de 3 de octubre de 1997, «la imprudencia nace cuando el tratamiento médico o quirúrgico incide en comportamientos descuidados, de abandono y de omisión del cuidado exigible, atendidas las circunstancias del lugar, tiempo, personas, naturaleza de la lesión o enfermedad, que olvidando la *lex artis* conduzcan a resultados lesivos para las personas», e incluye «la impericia profesional, en la que el agente activo pese a ostentar un título que le reconoce su capacidad científica o técnica para el ejercicio de la actividad que desarrolla, contradice con su actuación aquella presunta competencia, ya porque en su origen no adquiriese los conocimientos precisos, ya por una inactualización indebida, ya por una dejación inexcusable de los presupuestos de la *lex artis* de su profesión, le conduzcan a una situación de inaptitud manifiesta, o con especial transgresión de deberes técnicos que sólo al profesional competen y que convierten la acción u omisión del profesional en extremadamente peligrosa e incompatible con el ejercicio de aquella profesión» (STS de 22 de enero de 1999).

No obstante, volviendo a la cuestión de la delimitación entre la «imprudencia profesional» y la «imprudencia del profesional» (distinción que sigue siendo relevante de acuerdo con el vigente Código Penal: artículos 142.3, 152.3, 146.II y 158.II), ha reconocido el propio Tribunal Supremo, por ejemplo en su Sentencia de 8 de mayo de 1997, que tal distinción «es un tema difícil que ha dado lugar a que la jurisprudencia no haya seguido una línea uniforme que deslinde, en cada caso concreto, ambas modalidades de culpa delictual». Así, pueden encontrarse fallos que, conociendo de supuestos prácticamente idénticos, ofrecen soluciones opuestas en el enjuiciamiento de imprudencias cometidas en el terreno profesional[(16)]. En concreto, en el ámbito sanitario pueden citarse las SSTS de 1 de diciembre de 1989, por un lado, y de 4 de septiembre de 1991, 16 de octubre de 1992 y 7 de julio de 1993, por otro, las cuales constituyen un claro exponente de esta dubitativa línea jurisprudencial. En todas ellas se trata de una desatención por parte del médico anestesista de sus obligaciones[(17)], desatención que da lugar a una diferente calificación jurídica de los hechos.

---

deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa", *InDret* (en línea), 4/2009, pp. 1-58. Disponible en Internet: <http://www.indret.com/pdf/672.pdf> [última consulta: 1 de julio de 2011].

(16) Se pronuncia de manera análoga a la expresada en el texto, Francisco MOYA HURTADO DE MENDOZA, «Evolución jurisprudencial reciente de los atentados a la vida y la integridad en el marco del tratamiento médico-quirúrgico», en José Luis DÍEZ RIPOLLÉS (dir.), *Delitos contra la vida e integridad física*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 175 y ss. En el mismo sentido, véase Esther HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 25.

(17) MOYA HURTADO DE MENDOZA pone de manifiesto que en todos los casos referidos se trata de supuestos de anestesistas que tras proceder a la aplicación de la anestesia, riesgo permitido sobre el paciente con el fin de obtener su curación, se ausentan posteriormente del quirófano para atender otras operaciones desatendiendo así el

En efecto, de acuerdo con la STS de 1 de diciembre de 1989, «es evidente que el hecho de no preocuparse en examinar con la debida atención el monitor y comprobar constantemente lo que reflejaba su pantalla, que le proporcionaba la señal electrocardiográfica indicadora del estado del paciente, representa una imprudencia temeraria profesional, porque es precisamente la *lex artis* la que se eludió totalmente por el procesado, teniendo en cuenta que un profesional medio hubiera podido y debido captar en virtud de sus conocimientos la realidad del peligro, y ello se acrecentó aún más, por las ausencias reiteradas y dilatadas, durante más de 10 minutos, en tres ocasiones, con un quebranto absoluto de sus deberes técnicos, conociendo además la ausencia de alarma en uno de los aparatos, y la no percepción del tubo nasotraqueal, por los paños que le cubrían, y que hacía más preciso el control de la pantalla del monitor». En esta sentencia el Tribunal Supremo anula la decisión de la Audiencia, recurrida por el Ministerio Fiscal, que había condenado al acusado por imprudencia temeraria con resultado de muerte, y lo condena por una imprudencia temeraria profesional con resultado de muerte.

No es ésta, sin embargo, la solución a la que llega este mismo tribunal en su Sentencia de 4 de septiembre de 1991, en la cual «pretenden los recurrentes la aplicación del subtipo agravatorio de la denominada imprudencia profesional, entendiendo que la conducta del anestesista no comporta una imprudencia común, sino una omisión plenamente intencional y consciente de sus más elementales e inexcusables obligaciones». El mencionado anestesista, según se relata en la Sentencia, no conecta el aparato monitor de control electrocardiográfico y, además, se ausenta del quirófano para atender otra operación realizada en planta diferente del mismo centro hospitalario. Se trata, como puede comprobarse, de un comportamiento similar al del supuesto anterior, siquiera más grave pues en este caso no se llega ni a conectar el monitor y, además, el tiempo de ausencia del quirófano es mayor. Y sin embargo, la conclusión del tribunal es sustancialmente diferente: «La conducta del procesado calificada por la Sala de instancia como de imprudencia temeraria no tiene que conllevar el aditamento aflictivo de la culpa profesional (...). La conducta del anestesista, calificada de temeraria, no merece tal agravación que aproximaría la sanción demasiado al paralelo doloso y así lo entendió con toda corrección el Tribunal de instancia». Lo mismo sucede en la STS de 16 de octubre de 1992, en la que se confirma una condena por imprudencia temeraria del anestesista, resumida por el propio Tribunal en los siguientes términos: «En primer lugar por la falta de control de la anestesia impuesta y la ausencia de los registros preceptivos. En segundo término, sus ausencias del quirófano determinaron un descontrol sobre el enfermo, y se produjo una falta de atención de los síntomas revelados por los estados que el paciente sufrió. Por último, se ausentó del quirófano, una vez terminada la operación, cuando procedía la reanimación del enfermo». Y así lo entiende igualmente la STS de 7 de julio de 1993, donde se afirma lo siguiente: «el abandono del área del quirófano —por la anestesista— de un paciente no monitorizado, está en conexión causal y directa con la falta de oxigenación cerebral», y confirma la condena del anestesista por un delito de imprudencia temeraria.

---

control necesario sobre un foco de peligro que están obligados a controlar al haberlo desencadenado, dando lugar a una situación de riesgo no permitido, determinante del resultado final lesivo para el paciente al no ser atendidas por el garante las complicaciones originadas por la anestesia, por lo que se establece la responsabilidad del autor a título de comisión por omisión imprudente. Véase Francisco MOYA HURTADO DE MENDOZA, «Evolución jurisprudencial reciente de los atentados a la vida y la integridad en el marco del tratamiento médico-quirúrgico», cit., p. 162.

En la misma línea de las sentencias anteriores, también es constitutiva de una imprudencia temeraria (sin la cualificación de «profesional»), de acuerdo con la STS de 26 de abril de 1994, la actuación de un anestesista que dejó a su paciente más de una hora sola en el distribuidor del quirófano tras la intervención sin que ésta hubiera recobrado aún la consciencia, lo cual «supone la vulneración de las más elementales medidas de precaución y cuidado por parte de quien era responsable de controlar el siempre peligroso instante de la recuperación de los efectos de la anestesia (...). Resulta incuestionable que el hecho de que se hubiese retrasado la recuperación de la consciencia entrañaba un toque de alarma que exigía extremar todas las medidas precautorias, y especialmente esa constante presencia, con un seguimiento continuo de su evolución, faltando, de modo palmario, a la más elemental prudencia cuando se ausentó, dejando sin asistencia a la recién operada, especialmente cuando la recuperación era anormal (...)».

Por su parte, la STS de 23 de octubre de 2001 recoge otro ejemplo de imprudencia calificada como profesional, y condena por un delito de homicidio a un ginecólogo y a un anestesista[18] que «no cumplieron, en aquella ocasión, una elemental norma de cuidado a observar en una operación de cesárea, como es la de vigilar un efecto previsible de la misma —la pérdida de sangre de la paciente— con objeto de atajarlo y remediarlo antes de que rebasase los limites de la normalidad. Concretamente, no cumplieron, por su desatención, el deber de advertir que se estaba produciendo una pérdida excesiva de caudal sanguíneo».

Dentro de los supuestos de imprudencia médica, el Tribunal Supremo se ha ocupado de forma específica del trabajo de los médicos de guardia, que realizan su labor en unas condiciones tales que no es posible una atención continuada a todos y cada uno de los pacientes que están a su cuidado durante su turno. Así, en un caso en el que el hijo de un paciente fallecido tras una intervención quirúrgica denuncia al médico que se encontraba de guardia durante la noche del fallecimiento, alegando que no prestó la debida asistencia al enfermo, al no estar más tiempo en la habitación, el Tribunal Supremo afirma que «no debe olvidarse que en el sanatorio hay más enfermos ingresados, de ahí que, como dice la Sentencia de 12 de marzo de 1990, no puede pretenderse que el médico de guardia estuviese toda la noche visitando al enfermo porque ello supone desconocer la experiencia vital diaria de un médico que puede tener no uno sino varios enfermos graves y no puede ni debe estar constantemente al lado de uno, sino prescribir el tratamiento que estime adecuado y acudir —como así se hizo— cuando las personas encargadas del tratamiento le comuniquen síntomas de anormalidad o reclamen su presencia».

Finalmente, un supuesto especial de comportamiento contrario a la *lex artis* es aquél en el que el profesional realiza el acto médico de forma acorde con las reglas técnicas, pero el error viene de haber intervenido sobre el órgano incorrecto. Esto es lo que analiza el Tribunal Supremo en la Sentencia de 26 de febrero de 2001, en la cual se anula la Sentencia

(18) Como destaca GÓMEZ RIVERO al objeto de perfilar la incidencia del principio de confianza en la esfera médica, la tarea previa de indagar los respectivos deberes de cada uno de los intervinientes en un acto médico del que se deriva un resultado dañoso puede arrojar como resultado un deber compartido respecto a un mismo comportamiento, casos en los que se plantea una coautoría en un delito imprudente (supuesto del que constituye un perfecto exponente la STS de 23 de octubre de 2001). Véase M.ª Carmen GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 407.

dictada el 15 de octubre de 1998 por la Audiencia Provincial de Vizcaya, y se condena al cirujano y al ayudante instrumentista de quirófano por haber practicado una artroscopia a una paciente en la rodilla equivocada. Según señala esta Sentencia, «el hacer de los acusados fue manifiesta y gravemente negligente al no tomar la más mínima precaución respecto a identificar y preparar la rodilla que debía ser operada, para lo que hubiera sido suficiente consultar el historial clínico de la paciente que estaba a su inmediata disposición». Esto supone que «los acusados actuaron con absoluta omisión del mínimo deber de cuidado al que obliga la *lex artis* a la que debían haber ajustado su actuación». El resultado de la acción lo constituye la incuestionable agresión a la integridad corporal de la paciente, que se vio notoriamente perturbada como consecuencia de una intervención quirúrgica huérfana de diagnóstico previo, injustificada, inconsentida e innecesaria, que de ninguna manera cabe calificar de «tratamiento médico curativo».

El caso referido no es el único ejemplo existente en nuestra jurisprudencia sobre errores de esta naturaleza. Así, las SSAP de Valladolid de 18 de abril 2001 y de Sevilla de 14 de julio 2003 se ocupan de sendos casos en los que se realiza una operación quirúrgica de vasectomía en lugar de la programada de fimosis. En el primero de los supuestos se condena por una falta de lesiones causada por imprudencia leve, mientras que el tribunal andaluz lo hace por un delito de lesiones por imprudencia profesional. Según expone la segunda sentencia mencionada, «el daño causado consistió en la pérdida o inutilidad de un miembro no principal, cual es el conducto deferente izquierdo inutilizado por haber sido seccionado, de donde se deriva un estado de subfertilidad. El daño causado no es el estado de subfertilidad, como pretende el Sr. Letrado recurrente, sino la pérdida de la funcionalidad de dicho conducto al haber sido seccionado por el acusado sin permiso o autorización del paciente, por una omisión crasa sobre el contenido de la operación quirúrgica a practicar, pérdida de funcionalidad que es palmaria, sin perjuicio de que sea suplida en todo o en parte por el conducto deferente derecho. En todo caso, se ha producido una lesión que requiere para su restablecimiento, con independencia de que se recobre la funcionalidad del conducto, tratamiento quirúrgico, por lo que es indudable que se ha provocado una lesión o menoscabo en la integridad física del perjudicado».

### 3. Imprudencia grave e imprudencia leve

Según señala la STS de 29 de octubre de 1994, para diferenciar la imprudencia grave de la leve (equivalentes a las antiguas temeraria y simple, respectivamente) «ha de atenderse al grado de poder de previsión ("poder saber") y al grado de la infracción del deber de cuidado ("deber evitar") (...). Por ello, para poder pronunciarse al respecto y graduar las penas correspondientes, es imprescindible tomar en consideración las circunstancias concurrentes en cada caso (ver Sentencias de 30 de mayo de 1988, 14 de septiembre de 1990 y 17 de noviembre de 1992)»[19].

(19) Como acertadamente pone de manifiesto GÓMEZ RIVERO la calificación de la imprudencia conforme a uno u otro criterio (es decir, como grave o leve, categorías sustancialmente correspondientes a la temeraria o simple, respectivamente, vigentes en el anterior CP) deber realizarse atendiendo al contenido del desvalor de la acción y no del resultado que produzca, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Véase M.ª Carmen GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, cit., pp. 377 y ss.

Para que la imprudencia pueda calificarse de grave es necesario «que la previsibilidad del evento sea notoria y esté acompañada de una omisión de las más elementales precauciones» (STS de 3 de octubre de 1997), o en palabras de la STS de 25 de mayo de 1999, la imprudencia grave es la que «supone el olvido u omisión de las precauciones, cuidados y atención más elementales y, que se traduce, en el caso de la culpa médica profesional, en una impericia inexplicable y fuera de lo corriente». Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo entendió que debía ser constitutivo de un delito de homicidio por imprudencia grave, la actuación de una médico que no «observó una elemental norma de cuidado como es la de suministrar oxígeno a un paciente recién operado aún entubado, inconsciente y todavía incapaz de respirar por sí solo. Este incumplimiento de la norma de cuidado atinente al caso revistió, además, la forma de un comportamiento activo radicalmente contrario a la *lex artis* puesto que la acusada, tras cerrar los grifos que suministraban oxígeno y protóxido de nitrógeno dejó equivocadamente cerrado el primero y abrió el segundo, con lo cual era inevitable que se produjese en el organismo afectado un déficit de oxigenación (...). Como el riesgo inherente a las operaciones que realizaba la acusada era máximo, el deber de advertirlo debe ser considerado superlativamente exigente, de lo que se deduce que su incumplimiento» debe dar lugar a un tipo subjetivo de imprudencia grave (STS de 19 de julio de 2002).

Otro ejemplo es el que relata la STS de 20 de febrero de 1991, y que supuso la condena del médico como autor de un delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones graves cometido por negligencia profesional, «pues en lugar de seccionar por ligadura el conducto cístico, se había hecho ligadura en la salida teórica del conducto hepático con amputación del mismo, lo que a su vez originaba e impedía la salida de bilis, desencadenándose una ictericia iatrogénica. Hubo pues impericia generadora, en relación de causa a efecto, de las graves consecuencias sufridas por la tan deficientemente operada».

Especial mención merece la actuación de un MIR (Médico Interno Residente) que, sin razón de urgencia que lo aconsejase, decidió intervenir por sí mismo aplicando a la paciente anestesia general, para lo que no se hallaba autorizado, presentándose, una vez finalizada la operación, un «espasmo de glotis», con una grave insuficiencia respiratoria, no logrando el procesado hacer frente a tal complicación. En este caso, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de diciembre de 1990[(20) y (21)] no centra su atención en el hecho de que la complicación surgida fuera más o menos frecuente, reconociéndose que, al menos, no es extraña a las técnicas anestesistas, entrando en el campo de previsibilidad de los profesionales médicos que desarrollan su función en esta área asistencial. Por contra, entiende el Alto Tribunal que «no puede enjuiciarse la conducta del inculpado aislando idealmente el

(20) BARRIOS FLORES, en un trabajo específicamente dedicado a la responsabilidad profesional del Médico Interno Residente, pone de manifiesto, en concreta referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1990, que el MIR puede responder penalmente si, por ejemplo, decidiera por sí mismo sin avisar al Jefe de Servicio o superior, con lo que estaríamos ante un caso de «imprudencia por asunción», es decir, de asunción descuidada de un cometido para el que no se está autorizado ni preparado. Véase Luis Fernando BARRIOS FLORES, «La responsabilidad profesional del médico interno residente», *Derecho y Salud*, vol. 11, núm. 1, enero-junio, 2003, p. 18.

(21) Para una ampliación sobre dicha resolución jurisprudencial como paradigma de un supuesto de imprudencia temeraria (actualmente en virtud del CP de 1995, imprudencia grave) cometida por Médico Interno Residente, véase José Manuel MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del médico y del sanitario*, Colex, Madrid, 1994, pp. 181 y ss.

acto anestésico, sin considerar los actos precedentes de decidir prestar su intervención sin la presencia del médico anestesista titular, cuando no estaba autorizado para ello, menospreciando elementales deberes de cautela al colocar a la enferma en situación de grave riesgo o peligro ante cualquier eventualidad surgiente durante la intervención (...). Producida una emergencia bien quedó evidenciada la total incapacidad del médico residente para afrontar y adoptar las medidas técnicas oportunas que hubieran permitido su superación (...). El alto índice de atrevimiento e irreflexión por parte del acusado, es resaltado por la sentencia que fundadamente conceptúa la actuación de aquél revestida de los caracteres de temeridad».

También puede dar lugar a una condena por imprudencia grave la pasividad de un director de hospital que «permite, tolera, consiente y no impide y persigue esa simultaneidad de los profesionales de la anestesia, conociendo y debiendo conocer los peligros que ello puede originar», pues «si no hubiera tolerado una peligrosa y gravemente negligente práctica, es evidente que el encargado de la anestesia, su control, vigilancia y efectos, hubiera detectado aquellos primeros síntomas de anormalidad, al permanecer junto al paciente» (STS de 4 de septiembre de 1991).

En la misma línea, la SAP de Sevilla de 17 de mayo de 2004 confirma la Sentencia de instancia y tipifica como lesiones por imprudencia grave la conducta de una enfermera instrumentalista que olvidó pinzas quirúrgicas en el cuerpo de una paciente con ocasión de una intervención. Se conceptúa el hecho como imprudencia profesional al estar entre las funciones de la enfermera el control y recuento del material quirúrgico empleado en la operación.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha considerado leve la imprudencia en el caso de un fallecimiento producido por una insuficiencia respiratoria debido a la ingestión de un medicamento contraindicado en enfermos de asma bronquial que previamente hubieran presentado cuadros de intolerancia a antiinflamatorios no esteroides y aspirinas, como era el caso del paciente. En este supuesto, recogido en la STS de 9 de marzo de 2000, la acusada se informó de que el paciente fallecido padecía asma bronquial y preguntó sobre sus posibles alergias a medicamentos, lo cual «supone la existencia de una diligencia que elimina la calificación de imprudencia temeraria [grave] (...). Pero, dada la enfermedad (...) y las consecuencias que el medicamento podía suponer para enfermos de esa naturaleza, es evidente que el interrogatorio debió ser más completo e intenso (...). (L)a pregunta obligada hubiera sido si era o no alérgico a la aspirina, pregunta que no fue formulada». Así pues, dado que la acusada no era la médico de cabecera del paciente, ni conocía sus antecedentes ni disponía de su historial clínico, esa situación «obligaba a la médico consultada a inquirir con mayor profundidad sobre los datos esenciales relativos a un paciente para ella hasta entonces desconocido».

También es considerado como imprudencia de carácter leve, y, en consecuencia, constitutivo de una falta, el comportamiento de un médico-anestesista que, tras una parada cardiaca, «no procedió inmediatamente al traslado de la paciente a un centro de cuidados intensivos, donde pudieran proporcionarle a la niña la correcta ventilación con el suministro de oxígeno preciso para evitar o paliar al menos el posible daño cerebral, lo que produjo una demora en la atención de la paciente» (STS de 24 de noviembre de 1997).

Por su parte, la STS de 26 de febrero de 1990 condena a un médico que atendió una urgencia en el domicilio del paciente (que finalizó con su fallecimiento), reprochándole

al mismo «su decisión de ausentarse, aun a sabiendas de la gravedad de la afección del paciente —correctamente diagnosticado—, sin adoptar otra medida que aconsejar que se llamase a una ambulancia, abandonando el lugar en plena crisis cardiaca y sin aplicar medicación de urgencia o cualquier otra medida que hubiera aconsejado la gravedad de la situación», como, por ejemplo, un masaje cardiaco u otro tipo de terapéutica adecuada. Por ello, condena el Tribunal al acusado por una falta de simple imprudencia (imprudencia leve), en vez de por un delito de omisión del deber de socorro por el que venía siendo condenado, pues al acusado «le corresponde, jurídica y socialmente, el deber de evitar el mal que objetivamente se deriva de la situación de emergencia[22]. Llamado para precaver un mal, no realizó la prestación de todos los auxilios exigibles o aconsejables por la ciencia médica ante situaciones parecidas, incidiendo de esta manera sobre el proceso causal con su conducta omisiva».

Otro ejemplo de imprudencia leve lo encontramos en la STS de 29 de noviembre de 2001, que analiza la muerte de un feto durante el parto debida a «un fracaso multiorgánico secundario de shock hipovolémico secundario a hemorragia subaponeurótica epicraneal, causada por la utilización de la ventosa que favoreció la presión del cordón umbilical sobre el cuello del feto». El Tribunal considera que se trata de una imprudencia leve por las siguientes razones: a) en primer lugar, porque los peritos afirmaron que la práctica de una cesárea era totalmente improcedente; y b) en segundo término, porque aunque el informe pericial indicaba que el sistema empleado de vacuoextracción (ventosas) no era el más indicado por encontrarse el feto en primer plano de Hodge, una revista médica especializada admitía que ello no era insólito, aunque anormal e infrecuente.

## 4. Responsabilidad penal por trabajo en equipo

La complejidad, variedad y especialización de fases por las que atraviesa el tratamiento médico hacen aconsejable, tanto por razones operativas como de garantía para el paciente, un reparto de funciones entre los distintos facultativos y colaboradores que participan en una misma actividad terapéutica. A este esquema responde, por ejemplo, el modelo de relaciones entre el cirujano y el anestesista[23], que, con sus conocimientos especiales, cometidos específicos e independencia, se complementan y dividen el trabajo en la

(22) De acuerdo con ESPINOSA LABELLA dicha sentencia da contenido, en el extracto citado, a la condición de garante (esfera de la comisión por omisión) en el ámbito sanitario. Véase Manuel ESPINOSA LABELLA, «Comisión por omisión e imprudencia en la doctrina y la jurisprudencia, con especial referencia a las transfusiones de sangre a los testigos de Jehová», *Revista Aranzadi Doctrinal,* 3, junio 2009, p. 122.

(23) Como oportunamente establece ALMELA VICH la determinación de responsabilidades entre el cirujano y el anestesista se realiza en base a los principios de confianza y de horizontalidad en la división del trabajo. De acuerdo con dicho autor la aplicación del principio de división del trabajo horizontal implica que cada uno, a un mismo nivel de formación como especialistas, complementándose en el trabajo, desarrolla sus propias funciones de las que son responsables, completándose este principio con el de confianza, por el que el cirujano cree que la actuación del anestesista va a ser diligente, no respondiendo él mismo, cuando tal dedicación y profesionalidad fallan, a no ser que de algún modo participe de tal defecto o que, siendo sabedor de tales fallos, los admita, en cuyo caso, responderá pero no por la negligencia del anestesista sino por la suya propia, al participar en aquella negligencia o consentirla. Véase Carlos ALMELA VICH, «La responsabilidad penal del médico y del cirujano», *Revista del Poder Judicial*, núm. 48 (3.ª época), 1997, p. 244. En sentido análogo, destacando la incidencia del principio de confianza en los supuestos de división horizontal del trabajo en la esfera sanitaria, Esther HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, cit., pp. 76 y ss.

intervención quirúrgica[24]. En este sentido, la SAP de Barcelona de 12 de mayo de 2000 afirma lo siguiente: «El estado actual de la medicina exige estructurar el trabajo en un equipo en el que cada profesional asume específicas funciones. Se produce en el quirófano un reparto horizontal de tareas, de manera que cirujano y anestesista se distribuyen éstas sin que exista entre los mismos una relación de dependencia jerárquica (...). Asimismo el Tribunal Supremo tiene declarado que el anestesista es penalmente responsable de las lesiones causadas al paciente, por fallos en los aparatos de suministro de oxígeno (STS de 19 de enero de 1982), así como por la no comprobación del tubo de oxigenación (STS de 22 de abril de 1988), entre otras muchas resoluciones que se refieren a la responsabilidad de este especialista derivada de negligencias relativas al proceso anestésico en la fase post operatoria (SSTS de 18 de septiembre y 16 de octubre de 1992) (...). Por lo que se refiere al cirujano acusado, debemos acudir al denominado en la doctrina principio de confianza. En efecto la división del trabajo descrita genera una confianza en el actuar diligente de los demás profesionales de manera que a cada uno de los miembros del equipo no se les puede responsabilizar de los fallos de otro, salvo que la confianza en su actuación se estime infundada en atención a la entidad del error, o a la ausencia de cualificación o fiabilidad del directamente responsable».

En este sentido, nuestra jurisprudencia ha considerado en algún supuesto responsable de los errores directamente imputables al anestesista, al cirujano que confió indebidamente en la actuación de aquél, tal y como sucede en la STS de 4 de septiembre de 1991, en la que se condena a un cirujano que «tolera, consiente y permite una situación tan peligrosa, como la determinada por la falta de conexión del monitor y el abandono del quirófano por el especialista de la anestesia (...). La conducta imprudente del recurrente comienza por no controlar la conexión del monitor al inicio de la operación y en su tolerancia o consentimiento a que el anestesista abandonase el quirófano. No podía desconocer por su condición de experto cirujano los riesgos que se producen en las intervenciones quirúrgicas efectuadas con anestesia general (...). No se trata de reprochar culpabilísticamente al recurrente por una conducta ajena (...), sino por una conducta propia, de carácter omisivo, que es determinante de la ejecución de un resultado típico del correspondiente delito (...). Una operación quirúrgica destinada a restablecer la salud o su mejoramiento, no está constituida por actividades inconexas de los sujetos que intervienen en ella, debiendo actuar todos ellos, anestesista, instrumentalista y auxiliar, como los de este supuesto, cada uno en su cometido y para ayudar y facilitar la intervención que realiza el cirujano, pues ninguna de las demás actividades es autónoma en sí misma. El cirujano a quien corresponde una específica actividad sobre el paciente, conoce y tiene el deber de conocer los riesgos de las operaciones con anestesia general. Si tolera que no se conecte el aparato monitor y no lo conecta él y además permite la ausencia del anestesista, consiente en su actuación quirúrgica un estado de riesgo determinante en adecuada relación causal del resultado final del fallecimiento del paciente». En esta sentencia, se condena por igual resultado, además de al cirujano y al

(24) SILVA SÁNCHEZ pone de manifiesto que los términos actuales que caracterizan la relación entre anestesista y médico-cirujano son los de trabajo en equipo con «división del trabajo horizontal», «responsabilidad autónoma» y «confianza», lo que significa que el anestesista es autónomo en el cumplimiento de las obligaciones que le competen antes, durante y después de la operación quirúrgica, mientras que el cirujano es competente para la decisión sobre el si, el cómo y el cuándo de la operación. Véase Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, «Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista. La perspectiva del Tribunal Supremo», *cit.*, p. 57.

anestesista, al director del hospital por tolerar una práctica tan negligente como es que un mismo anestesista pueda atender más de un quirófano a la vez. Evidentemente, la responsabilidad del anestesista no puede quedar eliminada por un deficiente control del cirujano, ya que, como señala la STS de 5 de febrero de 1990, «aunque el cirujano fuera el director técnico de la operación quirúrgica, el anestesista en su área especial de actuación conserva su propia responsabilidad».

En relación con la práctica de la medicina en equipo la SAP de Toledo de 26 de abril de 2004 procede a degradar la responsabilidad de un cirujano condenado en primera instancia por el juzgado de lo penal como autor de un delito de lesiones por imprudencia temeraria, pasando a calificar el hecho como imprudencia leve en un supuesto de olvido de una gasa quirúrgica en el cuerpo de una paciente en el curso de una operación practicada en equipo. El razonamiento argüido se funda en la consideración de que «el olvido de una gasa quirúrgica en la vejiga de la paciente, si bien no se puede imputar directa y exclusivamente el mismo al cirujano, sino que a su existencia concurrieron otras concausas que le pudieron inducir a error, cuales son que se practicara el recuento de gasas y el mismo fuera normal, puesto que en caso contrario y según la unánime testifical al respecto, se acude a los radiólogos, que con un aparato portátil realizan una placa y no se cierra el campo operatorio hasta conocer el resultado; por lo que el facultativo cerró en la creencia de que no las había en la cavidad, tratándose de un error inducido, pero del que, finalmente es responsable, en cuanto por su superior supervisión tiene la obligación de cerciorarse de todos los extremos atinentes a la praxis operatoria, por lo que ese posible —y en la sentencia, resaltado error— no puede alcanzarle y eximirle de responsabilidad, aunque sí atenuarla».

La Sentencia referida procede a pormenorizar la relevancia del trabajo en equipo en la esfera sanitaria a efectos de valorar la conducta imprudente de un determinado facultativo cuando establece que «en las intervenciones quirúrgicas ya no se actúa aisladamente, sino en un amplio equipo (cirujano principal, dos médicos ayudantes, anestesista, enfermero ayudante y circulante), que en su actuación es interdependiente, si bien la responsabilidad y dirección final están en manos del cirujano, por lo que a él le alcanza esa supervisión final, sin perjuicio de que en el caso concreto —y como aquí ocurre— se le pueda inducir a error por la normalidad en la operación que le hacen ver sus ayudantes, lo que le hace confiarse y la negligencia que por tal circunstancia comete no puede encuadrarse en la más grave o temeraria».

En relación con el particular la SAP de Toledo de 26 de abril de 2004 citada, recogiendo la tesis mantenida por la SAP de Alicante de 29 de enero de 1998, estima que «a la hora de precisar las responsabilidades penales en el ámbito de actuación del personal médico se hace necesario con carácter previo partir de una serie de principios o criterios que la propia medicina moderna impone. En efecto, la medicina moderna y, en especial la Cirugía, en cuanto su ejercicio requiere la intervención de varios especialistas y auxiliares sanitarios, se ha convertido en una actividad a desarrollar en grupo o en equipo; en la actualidad, la realización de una intervención quirúrgica exige la participación de médicos especialistas —como son el cirujano, el anestesista, el cardiólogo— y de auxiliares sanitarios como ayudantes, enfermeras o ATS. Este nuevo fenómeno de la medicina en equipo exige tanto en el ámbito jurídico como en el sanitario la necesidad de delimitar las respectivas responsabilidades, normalmente imprudentes, de los diversos miembros del equipo y, en este sentido la dogmática penal ha encontrado y postulado ciertos criterios que permiten tal

separación de responsabilidades de los intervinientes en una actividad como es la cirugía, que se desarrolla en régimen de equipo, tales principios o criterios son: el principio de confianza y el principio de división del trabajo. El principio de confianza, trasladado a este campo desde el ámbito de aplicación del derecho de la circulación, donde expresamente se le reconoce, supone a estos efectos que el cirujano puede, en principio, confiar en que sus colaboradores (anestesista, cardiólogo, ATS) se comportarán diligentemente, salvo que en el caso concreto circunstancias especiales, tales como descuidos graves, ineptitud o falta de cualificación reconocibles, le hagan pensar lo contrario».

De esta manera, la SAP Toledo de 26 de abril de 2004 estima que «cuando no se apreció en el transcurso de una intervención quirúrgica incidencia importante (que lógicamente no tendría que haber sido ocultada de haber efectivamente sucedido), el equipo actúa dentro de lo que se podría denominar "normalidad operativa", y dentro de ese principio de confianza aludido, las operaciones mecánicas finales, en la ausencia de incidentes notables, son mucho más relajadas que cuando existieron incidencias, y por ello la imprudencia que comete el médico (no examinar el campo operatorio una vez concluida la intervención y antes de suturar), cuando sus ayudantes no le ponen de manifiesto anomalía alguna, se degrada en virtud de esa misma confianza que le crean sus colaboradores, máxime en supuestos, como el presente, en que se produce el olvido de una gasa por un descuido en el recuento, y de este descuido es responsable el acusado porque es obligación genérica del mismo el comprobar que no queda ningún cuerpo extraño en el interior de la cavidad intervenida salvo que se trate de un cuerpo extraño introducido de propósito con fines curativos, como prótesis, material de sutura u otro. Consta en autos como en toda intervención quirúrgica en la que se precise utilización de gasas es obligado proceder al recuento de las mismas antes del cierre de la cavidad intervenida, y que el médico debe cerciorarse de que no queda ninguna gasa en el interior del cuerpo del paciente; siendo el recuento un método para prevenir el descuido de alguna de las gasas utilizadas en el interior del cuerpo, porque las gasas adquieren las características propias del medio y se impregnan de la sangre y materia orgánica de tal manera que es extremadamente complicado distinguirla en el interior del campo operativo; y el cirujano, como responsable máximo de la intervención, es quien debe ejercer el control directo sobre el recuento de las gasas, sin que la posible responsabilidad de otros intervinientes en la operación, médico ayudante y personal sanitario auxiliar, pueda exculparle, por lo que indemostrado quién fuera la persona que erró al contar las gasas que le correspondían, el descuido en el recuento le es imputable, y por ello debe ser condenado como autor de una falta de imprudencia leve (...)».

## IV. LA ACTIVIDAD BIOMÉDICA AL INICIO DE LA VIDA HUMANA

### 1. Delimitación entre vida humana dependiente (aborto, lesiones al feto) e independiente (homicidio, lesiones personales)

Como cuestión previa a analizar en los supuestos de responsabilidad penal por comportamientos realizados en el momento del parto, se plantea la duda acerca de las condiciones que debe reunir el sujeto pasivo para poder ser considerado un ser humano nacido, pues de ello dependerá la aplicación de los tipos penales de homicidio y lesiones a las personas, o los de aborto y lesiones al feto.

Así, la doctrina ha venido barajando diversas posibilidades (desprendimiento total del seno materno, con o sin corte del cordón umbilical, comienzo de la respiración pulmonar autónoma, etc.). Lo cierto es que el Tribunal Supremo se ha pronunciado en muy escasas ocasiones a este respecto. La postura que viene manteniendo en estos últimos años aboga por considerar como momento del nacimiento el inicio de las labores del parto (STS de 22 de enero de 1999), al entender que «el comienzo del parto pone fin al estadio fetal y ese comienzo surge con el llamado período de dilatación y continúa con el período de expulsión, en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado. Las contracciones de la dilatación tienden a ampliar la boca del útero hasta su total extensión y al mismo tiempo empuja al niño hacia fuera, hay ya intento de expulsión del cuerpo materno, que enlaza con las contracciones y dolores propios de la expulsión que coincide con la fase terminal del nacimiento o parto». En esta Sentencia se ocupa el Alto Tribunal del caso de un niño nacido con grave encefalopatía crónica como consecuencia de la imprudencia del médico que atendía el embarazo, habiendo ocurrido los hechos con anterioridad a la entrada en vigor del Código Penal de 1995, que incorpora como novedad el delito de lesiones al feto. De este modo, el Tribunal Supremo casa la sentencia absolutoria del Tribunal de Instancia, que consideró que el hecho no se consideraba tipificado en el Código Penal de 1973, y condena por un delito de lesiones imprudentes a partir de ese mismo Código Penal.

A la misma solución llega el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de noviembre de 2001. De esta forma, casa una Sentencia de la Audiencia, que, reconociendo que existió imprudencia en la actuación del ginecólogo que causó la muerte del niño durante su extracción empleando ventosas, éste no podía ser sancionado penalmente al entender que se trataba de un hecho atípico (aborto por imprudencia leve). El Tribunal Supremo anula esta decisión y condena al médico, aplicando la doctrina sentada en la STS de 22 de enero de 1999, por una falta de homicidio por imprudencia leve al ser humano nacido. Esta Sentencia incluye, no obstante, un voto particular de uno de los magistrados, que discrepa de la postura mantenida en ella, negando la cualidad de persona al ser humano «que se halle en curso de expulsión, ya que durante ésta se está naciendo, pero todavía no se ha nacido».

En la jurisprudencia más reciente puede apreciarse una tendencia mayoritaria a asumir los criterios mencionados del Tribunal Supremo y, en consecuencia, a considerar, a efectos penales, ya nacido al ser humano que aún se encuentra en el seno materno siempre y cuando se hayan iniciado las labores del parto[25]. Sirvan de ejemplo al respecto las Sentencias del Juzgado de lo Penal núm. 14 de Madrid, de 7 de julio de 2006; de la AP de Sevilla de

(25) Pese a la progresiva consolidación de la doctrina jurisprudencial a este respecto, la doctrina científica se sigue mostrando crítica con dicho criterio y sigue proponiendo criterios alternativos para determinar el comienzo de la protección penal de la vida humana. Así, por ejemplo, Carlos María ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada 2004, p. 17; M.ª Carmen GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del* médico, cit., pp. 521 y ss., o Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 18.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 33, entienden que el criterio más correcto es el de la completa expulsión del feto del seno de la madre, aunque aún no se haya cortado el cordón umbilical, teoría que parece dominante en nuestra doctrina. Dicho criterio, no obstante, engloba distintas posturas doctrinales, y así para algunos autores sería suficiente la completa expulsión, mientras otros requieren que el nacido haya respirado por vía pulmonar o que se le haya cortado el cordón umbilical. Incluso se ha llegado a exigir para afirmar la existencia de vida humana independiente la viabilidad del feto. Para un análisis en profundidad del referido panorama doctrinal, véase Carlos María ROMEO CASABONA, «Los delitos contra la vida humana: el delito de homicidio», *Revista de Derecho Penal*, 2003-1, pp. 21 y ss. (en especial, p. 23).

26 de mayo de 2008, o de la AP de Santa Cruz de Tenerife de 30 de septiembre de 2008. Por su parte, la SAP de Sevilla de 29 de diciembre de 2009 ratifica la condena por delito de aborto imprudente (y no por homicidio) en un caso muy similar a los anteriores (error médico durante el parto).

## 2. Aborto y lesiones al feto imprudentes

Las condenas por responsabilidad médica por imprudencia derivadas de actuaciones en el inicio de la vida humana (normalmente, durante el parto) suponen un número especialmente significativo, repartiéndose normalmente la responsabilidad entre los médicos ginecólogos y los matrones o comadrones (SSTS de 27 de marzo de 2002, 15 de noviembre de 2001; SAP de Santa Cruz de Tenerife de 30 de septiembre de 2008), aunque también existen casos de responsabilidad penal de otros profesionales sanitarios, como las enfermeras por incumplir deberes propios de su condición (SAP de Valencia de 26 de mayo de 2008). Es común en estos casos que la responsabilidad se atribuya a una demora en la práctica del parto (en ocasiones por cesárea), la cual deriva en el resultado lesivo (de lesiones o muerte). Se trata, por lo tanto, de una responsabilidad (imprudente) en comisión por omisión.

La STS de 27 de marzo de 2002 se ocupa de un embarazo de larga duración (42 semanas), lo que exigía una especial atención y cuidado al objeto de comprobar, en todo momento, si existían síntomas de sufrimiento fetal, lo cual no se produjo, ni por la matrona, que atendió a la embarazada desde su llegada a la clínica, ni por el ginecólogo, que, a pesar de ser avisado, únicamente intervino en la fase final de parto, momento en el cual comprobó que el feto tenía el cordón umbilical alrededor de su cuello, procediendo inmediatamente a cortarlo, pero sin poder evitar un anoxia cerebral que produjo en el neonato una parálisis cerebral irreversible. Según el Tribunal, «los conocimientos científicos más elementales en materia de partos, permiten establecer que, en los casos en que se observan síntomas de sufrimiento fetal, se deben poner en marcha todas las intervenciones necesarias para evitar que la prolongación de ese sufrimiento produzca efectos lesivos en el feto. En este caso se infringieron las normas de la práctica médica exigible, ya que era urgente e indispensable el control del foco del peligro que representaba la presencia del meconio expulsado, acelerando el parto o adelantando su producción mediante la práctica de una cesárea». Por ello, se trata de una conducta claramente imprudente, «en cuanto que no se practica ningún tipo de control del ritmo cardiaco, del que pudiera desprenderse el evidente sufrimiento fetal», lo cual supone «la infracción de un deber objetivo de cuidado, derivado de una evidente falta de diligencia en la actividad que profesionalmente le estaba encomendada. Su desarrollo le hubiera permitido comprobar el sufrimiento fetal y actuar en consecuencia a la gravedad de la situación que se le presentaba, evitando así el resultado».

Igualmente imprudente fue el comportamiento del acusado que describe la STS de 22 de enero de 1999, el cual «omitió varias acciones que le eran debidas: así, en primer lugar, prescindió de consultar con un urólogo u otro especialista respecto a las molestias de que se quejaba la embarazada y ello le llevó, por dos veces, a hacer un diagnóstico equivocado, atribuyendo a un inexistente cólico nefrítico lo que eran dolores lumbares propios de "trabajo del parto"; igualmente omitió el deber que le era inexcusable de reconocer ginecológicamente a la embarazada, especialmente ante los resultados que presentaban los análisis y la ecografía practicada; y en definitiva, omitió atender un parto en el momento en el que todos los síntomas lo hacían necesario», lo cual da también lugar a responsabilidad penal.

Ejemplos más recientes los encontramos en las condenas a un ginecólogo por retrasar la práctica de una cesárea, lo cual produce una parálisis cerebral en el niño (lesiones por imprudencia leve, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 30 de septiembre de 2008); a unas enfermeras de quirófano por ausentarse indebidamente de su puesto de trabajo, de tal manera que el equipo médico no puede practicar una cesárea de urgencia al no estar el material quirúrgico disponible (lesiones por imprudencia profesional grave, SAP de Valencia de 26 de mayo de 2008); o a unos matrones por no avisar al ginecólogo a la vista de los registros carditocográficos negativos del feto (aborto por imprudencia grave, SAP de Sevilla de 29 de diciembre de 2009).

### 3. Excurso: Aborto practicado por un médico faltando los requisitos legales

Aunque no se trata de supuestos de responsabilidad médica por imprudencia, resulta de interés hacer una breve referencia a aquellos otros casos en los que son también médicos los sujetos activos del delito, aunque se trate de comportamientos dolosos. En concreto, nos referimos a la práctica de abortos bajo la creencia de que se reúnen los requisitos exigidos por la ley para que éste no sea punible, pero, sin embargo, falta alguno de ellos, encontrándonos en tal situación ante un aborto doloso no justificado practicado por un médico en el ejercicio de su profesión. No nos ocuparemos aquí, sin embargo, de aquellos supuestos en los que el médico practica directamente el aborto a petición de la paciente, al margen de cualquier indicación legalmente prevista (como sucede, por ejemplo, en la STS de 3 de abril de 1997).

Hasta la reforma legislativa introducida por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, para que un aborto estuviera justificado se requería la concurrencia de tres requisitos genéricos y otros tantos específicos de cada una de las indicaciones (terapéutica, embriopática y criminológica), tal y como se recogían en el artículo 417 bis del antiguo Código Penal. Los tres requisitos genéricos eran los siguientes: a) que el aborto sea practicado por un médico o bajo su dirección; b) en un establecimiento sanitario, público o privado, acreditado, y c) que exista consentimiento expreso de la mujer embarazada. Sobre este último requisito, la SAP de Málaga (Sección 3.ª) de 20 de abril de 2002 absolvió a los acusados de un delito de aborto entendiendo que se trataba de un aborto consentido aun cuando la mujer embarazada tenía 16 años de edad, dando validez al consentimiento prestado por ésta[(26)].

Los requisitos específicos dependen de cada una de las indicaciones. El Tribunal Supremo se ha ocupado en alguna ocasión de cuestiones relativas a la indicación terapéutica. En dicha indicación se exigía, entre otros requisitos, la existencia de un dictamen previo emitido por un médico distinto de aquel que practicará el aborto. A este respecto, las SSTS de 26 de octubre de 2000 y 19 de septiembre de 2001 se ocupan de un caso en el que dicho dictamen lo firma un psicólogo en vez de un médico, lo cual no es posible[(27)], sin perjuicio

(26) Véase, sobre el consentimiento de las menores de edad en la interrupción del embarazo, Sergio ROMEO MALANDA, «La relevancia justificante del consentimiento de las menores de edad en el nuevo sistema de aborto no punible (Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo)», *Revista Penal*, núm. 27, 2011, pp. 191 y ss.

(27) De acuerdo con esta jurisprudencia, Carlos María ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 194, nota 34.

de que pueda ser aplicable, como sucede en estos casos en particular, un error de prohibición (que puede ser vencible o invencible), si el médico creía que bastaba con un informe de un psicólogo.

En otras ocasiones, el Tribunal Supremo ha condenado por un delito de aborto aun existiendo un dictamen previo emitido por un psiquiatra, por entender que dicho informe, «ni lo es, ni cumple las mínimas exigencias y no dice en qué pone en peligro la salud mental de la gestante», llegando a afirmar que se trata de «un dictamen chapuza e impresentable» (STS de 1 de abril de 1998). Así, afirma el Tribunal que «con tales datos, muchos puramente normales de una gestación, otros imprecisos y de ambigüedad suma, no puede predicarse que la continuación del embarazo ponga en peligro la salud psíquica de la paciente». Por ello, condena por tal delito tanto a la psiquiatra que firmó el mencionado informe, como a la ginecóloga que practicó la interrupción del embarazo (en este caso con la concurrencia de un error vencible sobre la licitud del hecho).

Tras la reforma operada por la mencionada Ley Orgánica 2/2010, este sistema de indicaciones ha dado paso a un sistema de plazos, de tal manera que el aborto consentido por la mujer embarazada será impune si éste se lleva a cabo dentro de un determinado espacio temporal (en concreto, catorce semanas). Con ello es previsible que pierdan relevancia los problemas jurídicos más comunes que se planteaban a la luz de la legislación precedente, en concreto la acreditación del riesgo para la salud física o psíquica de la mujer embarazada y la emisión de los dictámenes preceptivos[28].

## V. LA ACTIVIDAD MÉDICA EN EL FINAL DE LA VIDA HUMANA: RECHAZO DE TRATAMIENTOS VITALES Y EUTANASIA

### 1. Homicidio consentido, cooperación al suicidio y eutanasia

Pese a ser una de las cuestiones más discutidas en la sociedad y en la doctrina jurídica, lo cierto es que son absolutamente extraordinarios los casos en los que haya sido necesario discutir sobre la aplicación de alguna de estas figuras delictivas en un caso real, especialmente cuando el supuesto de hecho en cuestión haya tenido lugar en un contexto médico-

(28) No obstante, el artículo 15 Ley Orgánica 2/2010 regula junto a la interrupción del embarazo a petición de la mujer (artículo 14 LO 2/2010) —ámbito en el que efectivamente se elimina la exigencia de dictámenes— la interrupción del embarazo por causas médicas, en relación con la cual sigue planteándose la necesidad de emisión de los preceptivos dictámenes. En concreto, dispone dicho precepto: «Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.
b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.
c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico».

asistencial, que es lo que ahora nos interesa. Y cuando así ha sido, el debate se ha suscitado esencialmente en torno a la cuestión del rechazo de un tratamiento vital, bien por negarse el paciente a recibir una transfusión sanguínea, bien por solicitar la desconexión de un mecanismo de soporte vital, lo cual llevaría indefectiblemente al fallecimiento.

Dejando para más adelante la cuestión más específica de los rechazos de tratamientos vitales, y hasta donde nosotros tenemos conocimiento, sólo en tiempos recientes se ha requerido la intervención judicial para perseguir conductas de profesionales sanitarios realizadas en un contexto eutanásico y, en consecuencia, presuntamente punibles[29].

El primero de los casos que cabe mencionar se remonta al año 2005, fecha en la cual médicos de urgencias del Hospital Severo Ochoa de Leganés (Madrid) son acusados (mediante denuncia anónima) de practicar sedaciones a los enfermos terminales de forma irregular, comportamientos que podrían ser constitutivos de un delito de cooperación ejecutiva al suicidio o, incluso, de homicidio, dependiendo del grado de intervención de la víctima en la actuación médica. Lo cierto es que, tras la oportuna investigación judicial, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 7 de Leganés decidió, en un Auto de 20 de junio de 2007, sobreseer el caso por no apreciar indicios de delito. Posteriormente, el Auto de la AP de Madrid de 21 de enero de 2008, que resolvía la apelación que se formuló contra el anterior, ha dejado establecido que las actuaciones médicas fueron correctas, conformes a derecho. No hubo ni «eutanasia», ni negligencias, sólo buena práctica clínica. En cualquier caso, el debate suscitado a raíz de este caso ha puesto de manifiesto la necesidad de incidir frente a la ciudadanía en la importancia de distinguir entre sedación paliativa, eutanasia y mala praxis[30].

Otro tipo de consideraciones merece un caso posterior que sí acabó en condena. Este caso requiere, por su excepcionalidad, una mayor atención. Dicen así los hechos probados de la SAP de Tarragona de 5 de marzo de 2009: «En la tarde del día 28 de marzo de 2005, C.C.R., de 82 años de edad, ingresó en el hospital comarcal de Mora d'Ebre aquejada de un cuadro de cáncer de colon, hipotensión arterial que no remitió a pesar del tratamiento inicial, infarto agudo de miocardio, diabetes descompensada, acidosis y diuresis, por lo que su estado evolutivo se deterioró progresivamente con un infarto masivo, shock hipovolémico, hemorragia interna y descompensación metabólica, que hizo que su estado fuera considerado muy grave o terminal, previendo que moriría en un plazo breve de tiempo sin posibilidad de tratamiento curativo. La familia de la paciente fue informada del gravísimo estado de la paciente, y consintió en que por el médico, se le suministraran calmantes y pautas de sedación para evitar el sufrimiento, consentimiento que se prestó de una manera genérica, delegando en el médico la concreción de las pautas sedativas como suele ser habitual. Así, el acusado, M.H.G., mayor de edad y sin antecedentes penales, que ejercía como médico en dicho hospital, y se había hecho cargo de dicha enferma por turno de

(29) Una problemática sobre la que no vamos a pronunciarnos aquí, al no haber sido aún objeto de tratamiento jurisprudencial, es la referida a la interrupción de tratamientos médicos en neonatos. Véase, al respecto, Sergio ROMEO MALANDA, «Responsabilidad penal por la omisión de tratamientos médicos a recién nacidos gravemente discapacitados (a la vez, una reflexión sobre el concepto de nacimiento en el ordenamiento jurídico español)», *Derecho y Salud*, núm. 1, 2006, pp. 1 y ss.

(30) Véase Joan J. QUERALT JIMÉNEZ, «Algunas respuestas jurídicas ante el final de la vida: a propósito del caso de Leganés», *Diario La Ley*, 29 de abril de 2008, *passim*.

reparto, sabiendo que la paciente moriría en un breve espacio de tiempo, ante los ruegos insistentes de ésta para acabar con el insoportable sufrimiento que padecía, decidió iniciar las pautas de sedación para pacientes terminales; de aplicación en todos los hospitales de Cataluña y aprobados por el Colegio de Médicos de Cataluña en su Código Deontológico. A continuación, cuando la paciente estuvo inconsciente, le inyectó un émbolo de 60 miligramos de cloruro potásico, excluido de los sedativos incluidos en los protocolos de los hospitales de Cataluña y del Código de Cataluña, al no ser considerado un sedativo. El acusado, al oír a la paciente suplicar insistentemente para acabar con su sufrimiento, creyó erróneamente que éste le pedía terminar con su vida, y por ello, además de las pautas de sedación mencionadas, le suministró el cloruro potásico, dejando escritas en el historial clínico de la paciente todas las sustancias que le había administrado. El error del médico aI interpretar la voluntad de la paciente era vencible, puesto que el consentimiento no era ni expreso ni indubitado, y de las palabras no se deducía como única la interpretación hecha por el acusado».

Por los hechos descritos se condena al médico como autor de: a) un delito de homicidio imprudente, del artículo 142.1 CP, y b) un delito intentado del artículo 143.4 CP, en relación con los artículos 143.3 y 16 CP, a las penas de: a) un año de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por el delito de homicidio imprudente y b) a la pena de cuatro meses y quince días de prisión, por el delito del artículo 143.4 CP, la cual resulta sustituida por el pago de una multa de nueve meses, con cuota diaria de seis euros (en total, 1.620 euros). Resulta oportuno mencionar que la calificación jurídica de los hechos (que puede resultar discutible) es la acordada por la acusación y la defensa, al haberse producido una conformidad (el Tribunal deja entrever en el fundamento jurídico 4 de la sentencia que hubiera podido existir otra calificación más ajustada a derecho).

## 2. Rechazo de tratamientos vitales (I): La negativa a recibir transfusiones sanguíneas

La mayor parte de los problemas jurídicos que ha venido analizando la jurisprudencia en relación con rechazos de tratamientos vitales en el ámbito biomédico se han centrado fundamentalmente en el tema de la negativa, por motivos religiosos, a aceptar transfusiones de sangre por parte de los Testigos de Jehová. Esta negativa ocasiona graves problemas a los médicos que los tratan y que se ven en la necesidad de optar entre la realización de la transfusión que aconseja la *lex artis* (lo que supondría atentar contra la libertad de culto del paciente), o bien asumir la posibilidad de que, al no realizarse la transfusión, se produzca un resultado perjudicial para la salud de dicho paciente.

Como se analizará a continuación, la situación es muy diferente si nos encontramos ante pacientes mayores de edad y con plena capacidad mental, o cuando se trata de menores.

### *A) Renuncia de personas adultas al tratamiento médico*

Un estudio evolutivo de la jurisprudencia sobre la cuestión de la negativa de un paciente a recibir un tratamiento médico necesario para su salud, muestra como ésta ha ido variando a

lo largo del tiempo y la tendencia ha sido en el sentido de ir reconociendo progresivamente una mayor relevancia a la libertad ideológica y de culto, así como un mayor reconocimiento de los derechos de los pacientes, concediendo una mayor prevalencia a los principios de autodeterminación y de autonomía individual, haciendo recaer sobre el paciente el peso de la relación asistencial que se establece entre éste y el médico(31). Evidentemente, esta evolución de la jurisprudencia se ha producido paralelamente a la elaboración de una legislación que reconoce el derecho de los pacientes a decidir el tratamiento que desean seguir, e incluso a rechazar todo tipo de tratamiento, aunque de ello se pueda derivar un daño para su salud(32).

Como ejemplos de lo anteriormente expuesto podemos citar algunos pronunciamientos recogidos en la jurisprudencia menor, así como en afirmaciones realizadas por nuestro Tribunal Constitucional. De esta forma, la AP de las Palmas, en el Auto de 7 de septiembre de 1999, debe «dilucidar cuál ha de ser, desde el punto de vista jurídico-legal, el alcance de la negativa de una persona que se confiesa miembro de los llamados "Testigos de Jehová", a recibir una transfusión de sangre considerada necesaria para el médico que la asiste en su enfermedad, así como cuál es la postura de dicho profesional igualmente en el ámbito jurídico-legal». El conflicto surge ante la negativa de la paciente a ser transfundida, por lo cual se solicita a la autoridad judicial que si se produce una «necesidad vital», se autorice que «los médicos que atienden al enfermo actúen de la forma que estimen más conveniente para preservar la vida de aquél aplicando el tratamiento más adecuado al caso». Surge así, reconocen los magistrados, «un conflicto entre el proceder, según sus respectivas conciencias, del enfermo y del médico —tan respetables la del uno como la del otro—, incluso desde el punto de vista jurídico-legal, al amparo del artículo 16 de la Constitución Española (...). Consiste en un conflicto que se plantea puramente en la esfera interna y más íntima del ser humano —su conciencia, su psique— en la que no entra el Derecho Positivo, como tampoco entra, o no debe entrar, ninguna persona ajena al sujeto en cuestión». Planteado el conflicto sujeto a análisis en tales términos, decide la Audiencia Provincial lo siguiente: «la respuesta judicial a peticiones como la sometida a conocimiento de esta Sala es la de sugerir que la medida a adoptar sea la que dicten las conciencias de enfermo y médico, si logran ponerse de acuerdo en un diálogo estrictamente privado, íntimo, libre de interferencias extrañas; y si tal acuerdo de orden estricta y exclusivamente moral, de conciencia, anímico, no se produce, decidir, como así se hace en el presente supuesto, que prevalezca

(31) Por ejemplo, los Autos del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1979, 22 de diciembre de 1983 y de 25 de enero de 1984 avalan las decisiones judiciales ordenando transfusiones de sangre coactivas. Véase la discusión suscitada por esta línea jurisprudencial, Miguel BAJO FERNÁNDEZ, «La intervención médica contra la voluntad del paciente», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1979, pp. 491 y ss.; el mismo, «Agresión médica y consentimiento del paciente», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 25, 1985, pp. 127 y ss.; Carlos María ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética antes los límites de la vida humana,* CERA, Madrid, 2004, pp. 451 y ss.

(32) Así se recoge en el artículo 21 de la ya mencionada Ley 41/2002, de 14 de noviembre. De igual manera, el Proyecto de Ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida (BOCG. Congreso de los Diputados, núm. A-132-1 de 17 de junio de 2011) prevé, en su artículo 6.1, lo siguiente: «Las personas que se encuentren en el proceso final de su vida tienen derecho a que se respete su decisión sobre la atención sanitaria que se les dispense. De acuerdo con lo anterior, podrán rechazar las intervenciones y los tratamientos propuestos por los profesionales sanitarios, aun en los casos en que esta decisión pudiera tener el efecto de acortar su vida o ponerla en peligro inminente, salvo lo previsto por razones de salud pública en el artículo 9.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre».

la postura del enfermo pero imponiendo previamente a éste, o a su familiar más próximo, si aquél se encuentra inconsciente, la firma de una declaración escrita exponiendo que le prohíbe al médico el que le realice una transfusión de sangre cualquiera que sea el estado del enfermo en cuestión, y aunque de ello dependa su vida».

También en este sentido, aunque por la naturaleza del caso que se discute, no resulta tan clarificador, es el Auto de la AP de Vizcaya de 6 de julio de 2001, que admite un recurso y revoca el Auto del juzgado de instancia que autorizaba la realización de una transfusión de sangre a un Testigo de Jehová. El Tribunal se pregunta «si cabe la posibilidad de si un ciudadano que no tenga restricción alguna de sus derechos fundamentales por situación conocida (como sería el caso del interno en un Centro Penitenciario), que consciente y voluntariamente expresa su negativa clara y rotunda a ser sometido a un determinado tratamiento médico consistente en una transfusión sanguínea cuando se encuentra ingresado en un centro sanitario puede ser compelido contra su voluntad a someterse a dicha transfusión si las pautas del tratamiento lo indican como necesario por existir riesgo vital», llegando a la conclusión de que «para practicar cualquier intervención médico-quirúrgica es preciso que medie el consentimiento libre o voluntariamente prestado por el paciente mayor de edad si se encuentra en condiciones de otorgarlo, tras recibir la oportuna información por parte del personal facultativo que le va a asistir, (...) y si no lo consiente se le debe ofrecer la posibilidad de solicitar el alta voluntaria», tal y como establece la Ley. Por ello, «al no existir un derecho impuesto en el presente caso por nuestro ordenamiento jurídico que obligue genéricamente a sacrificar el derecho a la libertad religiosa», se estima el recurso y se anula la autorización para la realización de una transfusión de sangre a un Testigo de Jehová sin su consentimiento, aunque esté en peligro su vida.

Ésta es también la postura que mantiene el Tribunal Supremo, y que está avalada por el Tribunal Constitucional[33]. Así, por ejemplo, la STS de 27 de junio de 1997 afirma que «el adulto capaz puede enfrentar su objeción de conciencia al tratamiento médico, debiéndose respetar su decisión, salvo que con ello ponga en peligro derechos o intereses ajenos, lesione la salud pública u otros bienes que exigen especial protección».

### *B) Renuncia de menor de edad al tratamiento médico*

La solución es diferente cuando el paciente es un menor de edad. Así pues, si nos encontramos ante un menor inmaduro y ante la negativa de los padres o de los representantes legales a autorizar la transfusión, el médico podrá, o bien practicarla si existe un grave peligro para la vida del menor, o bien acudir al juez para que éste lo autorice, si tal urgencia no existe. En tal sentido, la STS de 27 de junio de 1997, que casa la SAP de Huesca de 20 de noviembre de 1996, señala que «cuando la persona que requiere el tratamiento para salvar la vida o evitar un daño irreparable es un menor (...) es perfectamente legítimo y obligado ordenar que se efectúe el tratamiento al menor aunque los padres hayan expresado su opo-

(33) Véase un completo análisis de la jurisprudencia constitucional (en consonancia con la línea jurisprudencial actual de la jurisdicción ordinaria) en Gonzalo ARRUEGO RODRÍGUEZ, «El rechazo y la interrupción del tratamiento de soporte vital en el derecho español», *InDret* (en línea), 2/2009, pp. 1-27. Disponible en Internet: <http://www.indret.com/pdf/620_es.pdf> [última consulta: 1 de julio de 2011].

sición. El derecho a la vida y a la salud del menor no puede ceder ante la afirmación de la libertad de conciencia u objeción de los padres».

A este respecto, es de gran interés la referida STS de 27 de junio de 1997, que condena como autores responsables de un delito de homicidio, con la concurrencia, con el carácter de muy cualificada, de la atenuante de obcecación o estado pasional, a la pena de dos años y seis meses de prisión a los padres de un menor de 13 años que, tras sufrir una caída con su bicicleta, sufrió lesiones en una pierna y, posteriormente, una importante hemorragia nasal, por lo que fue trasladado a un hospital, donde los médicos prescribieron una transfusión de sangre, manifestando entonces los padres del menor que su religión no permitía la aceptación de una transfusión de sangre y que, en consecuencia, se oponían a ésta.

Ante esta situación, los médicos solicitaron al Juzgado de Guardia autorización para transfundir al menor, autorizándose por éste dicha transfusión para el caso de que fuera imprescindible para salvar su vida, como así sucedía. Una vez dada la autorización judicial para efectuar la transfusión sanguínea al menor, los padres acataron la decisión del Juzgado, de modo que no hicieron nada para impedir que dicha decisión se ejecutara, aceptándola como una voluntad que les era impuesta en contra de la suya y de sus convicciones religiosas. Haciendo uso de la autorización judicial, los médicos se dispusieron a realizar la transfusión, pero el menor, de trece años de edad, sin intervención alguna de sus padres, la rechazó con auténtico terror, reaccionando agitada y violentamente, en un estado de gran excitación, que los médicos estimaron muy contraproducente, pues podía precipitar una hemorragia cerebral. Por esta razón, los médicos desistieron de la práctica de la transfusión, procurando repetidas veces, no obstante, convencer al menor para que la consintiera, cosa que no lograron, por lo que pidieron a sus padres que trataran de convencer al niño, los cuales, aunque deseaban la curación de su hijo, no accedieron a ello.

En virtud de lo anterior, y considerando los médicos que no existía otro tratamiento alternativo, decidieron darle el alta al paciente, para que pudiera ser llevado a otro centro en busca de dicho tratamiento. Tras acudir a varios centros hospitalarios, en los que la única solución ofertada era la transfusión sanguínea, y ante el rechazo continuado de ésta (tanto por el menor como por sus padres) regresaron a su domicilio. Así las cosas, el Juzgado de Instrucción de Fraga (Huesca), tras ser informado por el Ayuntamiento de la localidad de la situación en la que se encontraba el menor, ordenó autorizar la entrada en el domicilio del menor a fin de que recibiese la asistencia médica que fuera precisa. Sin embargo, el menor llegó al hospital en coma profundo, procediéndose a la realización de la transfusión ordenada judicialmente, si bien ello no pudo evitar que falleciera al día siguiente.

Como se ha dicho más arriba, el Tribunal Supremo casó la SAP de Huesca, que fue absolutoria, y condenó a los padres a dos años y seis meses de prisión por un delito de homicidio doloso en comisión por omisión[34].

(34) La doctrina se ha mostrado dividida acerca de la posible calificación de estos hechos como homicidio, atendiendo a la existencia o no de posición de garante de los padres. Para Carlos María ROMEO CASABONA, «¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? (la negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 2, 1998, p. 334; o Josep Maria TAMARIT SUMALLA, «Responsabilidad penal de terceros ante la negativa a la transfusión de sangre de testigo de Jehová menor de edad con resultado de muerte», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 15 de enero de 1998,

Posteriormente, con fecha de 18 de julio de 2002, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre este mismo asunto resolviendo un recurso de amparo presentado por los padres del menor, condenados por homicidio por la muerte de su hijo, contra la referida sentencia del Tribunal Supremo. En dicho pronunciamiento, el Tribunal Constitucional analiza la capacidad del menor para negarse a recibir un tratamiento imprescindible para la protección de su vida, así como si el derecho a la libertad ideológica de los padres les exime de la obligación, exigida por el Tribunal Supremo en la sentencia condenatoria, de convencer a su hijo para que se someta a la transfusión sanguínea. Pues bien, para el mencionado órgano jurisdiccional, «el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos jurídicos (...) no es de suyo suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto —como el ahora contemplado— que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable»[(35) y (36)].

En relación con la segunda de las cuestiones referidas, entiende el Tribunal Constitucional que la obligación de convencer a su hijo para que se someta a la transfusión sanguínea no entra dentro de los deberes de los padres si ello es contrario a sus convicciones religiosas, en los siguientes términos: «la expresada exigencia a los padres de una actuación disuasoria o que fuese permisiva de la transfusión, una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor, contradice en su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa, yendo más allá del deber que les era exigi-

---

p. 3, en este caso los padres tendrían la posición de garante. Por el contrario, Fátima FLORES MENDOZA, *La objeción de conciencia en derecho penal*, Comares, Granada, 2001, pp. 398 y ss., entiende que no existiría posición de garante de los padres.

(35) Esta afirmación tan tajante del Tribunal Constitucional es discutida, no obstante, por un sector de la doctrina. Así, María José SANTOS MORÓN, «Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002 de 18 de julio», *Diario La Ley*, 12 de diciembre de 2002, pp. 4 y ss., entiende que «si el menor tiene suficiente capacidad para decidir por sí mismo, como ocurrió en el caso de la sentencia comentada, tanto sus padres como el médico que lo trate deben respetar su voluntad. Es únicamente en tal hipótesis cuando no cabe exigir a los padres que autoricen el tratamiento rechazado por el menor o convenzan a éste para que lo acepte. Pero no porque con ello puedan verse contrariadas, en su caso, sus creencias religiosas, como sostuvo en el supuesto de autos la sentencia del TC comentada, sino porque cuando el hijo tiene el suficiente entendimiento y madurez para ejercitar por sí mismo sus derechos de la personalidad los titulares de la patria potestad no están facultados para intervenir en ese ámbito». Véase, también, M.ª Carmen GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, cit., p. 223.

(36) El Tribunal Constitucional dispone expresamente en el Fundamento Jurídico 12 de la citada Sentencia que la resolución judicial autorizando la práctica de la transfusión en aras de la preservación de la vida del menor (una vez que los padres se negaran a autorizarla, invocando sus creencias religiosas), no es susceptible de reparo alguno desde la perspectiva constitucional, conforme a la cual es la vida un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional y el derecho fundamental a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. En definitiva, la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional, de modo que no puede convenirse en que el menor goce sin matices de tamaña facultad de autodisposición sobre su propio ser. CANTERO MARTÍNEZ extrae la conclusión, partiendo de dicho pronunciamiento, de que ante las decisiones médicas que son absolutamente relevantes para mantener la vida o integridad física del menor no cabe rechazo del tratamiento médico, ni por parte de los representantes legales ni mucho menos por parte del propio menor. No obstante, la referida autora admite que la Ley 41/2002 ha perdido la oportunidad de dar cobertura legal a dicha solución jurisprudencial para introducir mayor claridad jurídica al respecto. Véase Josefa CANTERO MARTÍNEZ, «El consentimiento informado del paciente menor de edad. Problemas derivados de un reconocimiento de obrar con distintas intensidades», *Derecho y Salud,* vol. 18, núm. 2, julio-diciembre 2009, p. 18.

ble en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor. En tal sentido, y en el presente caso, la condición de garante de los padres no se extendía al cumplimiento de tales exigencias». Por ello concluye que la actuación de los progenitores se halla amparada por el derecho fundamental a la libertad religiosa, otorgando el amparo solicitado y anulando la sentencia condenatoria del Tribunal Supremo[37].

*C) Rechazo de tratamientos vitales (II): La desconexión de mecanismos de soporte vital*

De forma similar a lo acontecido con el denominado «Caso Leganés», más arriba mencionado, otro supuesto real conmocionó hace unos años a la sociedad española. Resulta igualmente oportuno hacer referencia a éste pues, pese a que no dio lugar a condena penal, sí llegó a judicializarse.

Se trata del caso de Inmaculada Echevarría[38], mujer que padecía una distrofia muscular, enfermedad que fue progresando hasta desarrollar una atrofia espinal que produjo tetraparesia flácida e insuficiencia ventilatoria secundaria. A partir de enero de 1997 tenía una dependencia absoluta de la ventilación mecánica. Entre 1997 y 2006, Inmaculada vivió en el Hospital San Rafael, de Granada. Su situación clínica era irreversible pero, en conjunto, estable, aunque siempre persistía una lenta evolución progresiva de pronóstico incierto. En 2006 la paciente presentaba una tetraparesia flácida que la mantenía encamada de forma permanente. Únicamente tenía movilidad distal de los dedos, que le permitía pasar las páginas de un libro y leer. Mantenía alimentación por vía oral, aunque precisaba que le dieran de comer. Tenía una capacidad fonatoria reducida, aunque suficiente para expresarse.

El día 18 de octubre de 2006 Inmaculada solicitó a la dirección del Hospital San Rafael ser desconectada del respirador. El equipo sanitario que la atendía en el Hospital San Rafael manifestó que estaba dispuesto a acceder a la petición de Inmaculada, pero se solicitó un dictamen favorable de una Comisión de Ética.

La Comisión Autonómica de Ética e Investigación emitió su opinión sobre el caso de Inmaculada el 15 de diciembre de 2006. En ella se consideraba de forma unánime la petición como un «rechazo de tratamiento expresado como revocación del consentimiento previamente emitido para recibir tratamiento de soporte vital mediante ventilación mecánica». Descartaba, por lo tanto, la posibilidad de encuadrar esta actuación como eutanasia.

La Consejera de Salud decidió trasladar tanto la petición de Inmaculada como el informe de la Comisión de Ética e Investigación al Consejo Consultivo de Andalucía, con el fin de aclarar las implicaciones jurídicas de la decisión. La Comisión Permanente del Consejo Consultivo emitió su dictamen el 28 de febrero de 2007 y fue favorable pero no unánime

(37) Críticos con esta solución, por cuestiones diversas, Carlos María ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., pp. 146 y ss.; Josep María TAMARIT SUMALLA, «Responsabilidad penal de terceros ante la negativa a la transfusión de sangre de testigo de Jehová menor de edad con resultado de muerte», cit., p. 4, quien tan sólo aprecia una disminución de la culpabilidad, en concreto de la exigibilidad de conducta adecuada a la norma.

(38) Véase sobre este caso y su problemática jurídico-penal, José Luis DÍEZ RIPOLLÉS, «Deberes y responsabilidad de la Administración sanitaria ante rechazos de tratamiento vital por pacientes. A propósito del caso de Inmaculada Echevarría», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), 9, núm. 11-r1, p. r1:1-r1:34. Disponible en Internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-r1.pdf> [última consulta: 1 de julio de 2011].

(tuvo un voto discrepante). En él se concluía que la solicitud de limitación del esfuerzo terapéutico y negativa al tratamiento con ventilación mecánica es adecuada a Derecho, y que la actuación de los profesionales sanitarios que procedan a la desconexión del aparato de ventilación mecánica no puede considerarse punible.

Finalmente, el 14 de marzo de 2007 se produjo la desconexión de la paciente, tras haber sido adecuadamente sedada. En los días siguientes, se presentó una denuncia ante la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía contra la Consejera de Salud, los médicos que asistieron a Inmaculada Echevarría y el Consejo Consultivo. El fiscal decidió el archivo de la denuncia el 26 de septiembre de 2007. En el auto de archivo el fiscal consideraba que la paciente «ejerció un derecho», que se trató de «un cese de tratamiento» y que fue la enfermedad, y no la acción de retirar el tratamiento, la que causó la muerte de Inmaculada, por lo que la conducta no tenía encaje en el artículo 143.4 CP.

Este caso pone claramente de relieve el problema, por otro lado muy debatido por la doctrina penalista, sobre si los comportamientos consistentes en desactivar una máquina que presta soporte vital al paciente son una acción (pulsación del botón de apagado) o, por el contrario, deben ser entendidos como omisiones (no prestar el soporte vital). Optar por una u otra opción puede tener un tratamiento dogmático diverso a la hora de justificar la responsabilidad o irresponsabilidad penal de quien lleva a cabo tal comportamiento. Aunque la jurisprudencia no se ha pronunciado abiertamente sobre esta cuestión, la SAP de A Coruña de 30 de mayo de 2008 parece inclinarse por tratar estos comportamientos como omisiones[39].

## VI. DENEGACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA PUNIBLE

Una serie de sentencias se han encargado de establecer los perfiles del artículo 196 CP, al hilo de supuestos en los que se planteaba la posible aplicación de dicho precepto. En este sentido, la STS de 29 de noviembre de 2001 establece que «la conducta típica del novedoso subtipo agravado del artículo 196 CP vigente de 1995 se desdobla en dos pues consiste, según la clara dicción del precepto, en denegar auxilio o abandonar los servicios sanitarios. Se consuma al realizarse, respectivamente, sus verbos rectores, denegar o abandonar y concurren otros dos requisitos, ambos de naturaleza normativa, el primero es que la conducta comporte un riesgo grave para la salud y el segundo que el sujeto activo sea un profesional, obligado por normas extrapenales».

A la hora de establecer los requisitos típicos del artículo 196 CP, la SAP de Granada de 16 de octubre de 1999, que lo califica como «un delito de omisión del deber de socorro

(39) La doctrina se encuentra dividida a este respecto. Véase Carmen TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad de la propia vida en Derecho penal,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 474 y ss. (que se decanta por la acción); Carlos María ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, cit., p. 17; Mercedes ALONSO ÁLAMO, «La eutanasia hoy: perspectivas teológicas, bioética constitucional y jurídico-penal (a la vez, una contribución sobre el acto médico)», *Revista Penal,* núm. 21, 2008, p. 41, y Mirentxu CORCOY BIDASOLO, «La regulación legal de la eutanasia en el CP español. Propuestas de reformas legislativas», en Blanca Mendoza Buergo (ed.), *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas,* Civitas, Madrid, 2010, p. 309 (favorables a la opción de la omisión). Véase también, M.ª Carmen GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, cit., pp. 557 y ss.

previsto y penado en el artículo 196 del Código Penal», concreta el tenor de la expresión «denegase asistencia sanitaria»: a través del artículo 196 CP se «tipifica la conducta del "profesional que, estando obligado a ello, denegase asistencia sanitaria (...), cuando de la denegación se derive riesgo grave para la salud de las personas". Se trata de un tipo específico de omisión del deber de socorro que requiere los siguientes elementos: 1) conocimiento de una determinada situación clínica que requiere una asistencia sanitaria que el sujeto agente está obligado a prestar, 2) voluntaria denegación de dicha asistencia y 3) originación de un riesgo grave para la salud del paciente. Es un hecho incuestionable que en el caso de autos la asistencia sanitaria se produjo en el Centro de Salud de Alquife, donde la acusada prestaba servicio en turno de urgencias, a pesar de lo cual viene formulada acusación en su contra precisamente por el delito de denegación de asistencia. Esa aparente contradicción se diluye de inmediato, apenas se considera que lo que se reprocha a la doctora A.L. es el hecho de no haberse apresurado a visitar al paciente en su propio domicilio tras recibir el aviso telefónico de su repentino —y a todas luces grave— episodio nosológico. Se le imputa, en resumen, una inicial denegación de asistencia, suficiente —en la tesis de la acusación— para la consumación del delito. Ahora bien, para afirmar que existió denegación de asistencia sanitaria —en su manifestación de urgente asistencia domiciliaria— y con ello comisión del delito imputado, habría que establecer primero como presupuesto que dicha asistencia médica domiciliaria estaba objetivamente indicada en el caso concreto, y añadir después que, pese a todo, la acusada se abstuvo voluntariamente de prestarla, y que de tal inasistencia se derivó un grave riesgo para la salud del enfermo».

Es decir, no basta, de acuerdo con el criterio jurisprudencial referido, con que el sujeto activo se hubiere negado a la prestación de la asistencia sanitaria solicitada para incurrir en el delito del artículo 196 CP, en su modalidad de denegación de asistencia sanitaria, sino que es preciso un plus integrado por los siguientes requisitos:

a) Indicación de la asistencia sanitaria específicamente requerida en el caso concreto, la cual faltaría si otra forma de actuación profesional se revelare al menos tan eficaz como la anterior. Así, por ejemplo, si se ha solicitado del profesional médico la urgente asistencia domiciliaria (supuesto más frecuente en relación con el artículo 196 CP) y es constatable que las posibilidades salvadoras no aumentarán prestando de otra manera la asistencia, sino que resultaría igualmente eficaz el desplazamiento del enfermo al centro sanitario, no concurriría este primer requisito. Además, el profesional sanitario debe tener conocimiento de esa situación clínica que le obliga a prestar asistencia sanitaria.
b) Abstención voluntaria por parte del sujeto activo en relación con la prestación de la asistencia solicitada.
c) Creación de un grave riesgo para la salud del enfermo, como consecuencia de lo anterior.

En cuanto a la propia naturaleza del delito del artículo 196 CP, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 10 de marzo de 2000 viene a establecer de manera clara que dicho precepto «configura una posición de garante de evitación de resultados de peligro concreto en la actividad sanitaria. Se trata, en definitiva, de un delito de omisión enlazado con un delito de peligro concreto que funciona como resultado» (delito de omisión pura de garante).

Más recientemente, el Tribunal Supremo ha tenido la ocasión de volver a pronunciarse sobre la distinción entre los artículos 195 y 196 CP, ratificando la condena por este último. Así, la STS de 28 de enero de 2008 resuelve un caso en el que un médico que se encuentra de guardia en un Centro de Salud se niega a atender a un accidentado que se encuentra a 50 metros de éste, requiriendo tan sólo la presencia de una unidad de emergencia. Debe, pues, pronunciarse el Alto Tribunal sobre la aplicación del delito de omisión del deber de socorro (artículo 195 CP) o el delito de denegación de asistencia sanitaria (artículo 196 CP), llegando a la conclusión de que es este último el tipo penal aplicable al caso en cuestión.

En primer lugar, entiende el Tribunal Supremo que el delito de denegación de asistencia sanitaria es un tipo agravado del delito de omisión del deber de socorro (que sería el tipo básico)[40]. Por ello, estima «necesario, por cuestiones lógicas, resolver previamente si existe la figura básica del delito de omisión del deber de socorro para después decidir si es aplicable la previsión específica para las conductas de los facultativos en casos de inactividad ante una persona necesitada de auxilio, en este caso médico».

Puesto que el núcleo de la acción delictiva radica en omitir el socorro a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de tercero, «el reproche se eleva a la categoría de delito cuando se falta a los deberes de solidaridad frente a una situación determinada, concreta y restringida, es decir, ante un peligro inminente y grave para una persona desamparada, que se ve afectada por una situación que pueda poner en riesgo su vida. La omisión del deber de actuar es reprochable precisamente por la insensibilidad ante esta situación que tiene que ser lógicamente conocida por el autor y no obstante ello abstenerse de intervenir pudiendo hacerlo. La conducta debe, sin embargo, ser ponderada en cada caso concreto en función de las situaciones de desamparo. Es incuestionable el deber de auxilio cuando la persona se encuentra sola y abandonada. En el caso de que hayan acudido en su auxilio otras personas, no excluye radicalmente la obligación ética y ciudadana de interesarse por el caso, pero pudiera ser excusable la abstención si teniendo en cuenta las circunstancias, ya existe el debido socorro y la aportación del tercero ya no aporta nada a la eliminación de la situación de riesgo. La abstención parece perfectamente justificada cuando ya estaban actuando los servicios médicos que pueden prestar un auxilio eficaz y al que se podría incluso perturbar en sus tareas. En definitiva, hay que tener en el momento exigible capacidad de actuar y necesidad de intervenir». Como éste no era el caso, y el médico podría aportar una ayuda más significativa que la ofrecida por los viandantes sin conocimientos sanitarios, su no intervención resultaría punible, al menos, como delito de omisión del deber de socorro.

---

(40) La doctrina discute la relación existente entre los artículos 195 y 196 CP. De acuerdo con esta sentencia, considerándolo un tipo agravado, Guillermo PORTILLA CONTRERAS, «La omisión del deber de socorro», en Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats (coords.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001. Por su parte, Carlos María ROMEO CASABONA, «Artículo 196», en José Luis Díez Ripollés/Carlos María Romeo Casabona (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. II,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 655, critica la consideración jurisprudencial de este precepto como delito especial respecto del artículo 195 CP. Véase más ampliamente sobre esta discusión, Patricia ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia o abandono de los servicios sanitarios. El artículo 196 del Código Penal*, Comares, Granada, 2006, pp. 15 y ss.

A partir de ahí, el TS se cuestiona si, además del tipo básico, concurren igualmente los elementos típicos de la figura agravada. A tal respecto señala lo siguiente: «el acusado es, además, facultativo lo que nos lleva a la figura penal del artículo 196 en la que se contempla la denegación de asistencia sanitaria cuando de la misma se derive un riesgo grave para la salud de las personas. La omisión coincide en su desarrollo y exteriorización con el tipo general, pero, en el caso específico del profesional sanitario se conecta su conducta con el riesgo grave para la salud de las personas. En el caso presente no nos encontramos ante una actuación omisiva o abandono de sus funciones sanitarias en el seno del centro médico o en el ámbito profesional donde desarrolla sus funciones. Se trata de una denegación de auxilio para asistir externamente a una persona que se encontraba en situación de riesgo para su salud a unos 50 metros del centro médico donde el acusado desempeñaba sus funciones. La única justificación que podría alegar, derivada de la no exigibilidad de otra conducta, sería la de encontrarse, en el momento de ser requeridos sus servicios, realizando un acto médico cuyo abandono pudiera, a su vez, suponer un riesgo para el paciente que estaba atendiendo. Este supuesto no se da en el caso presente ya que según los datos, cuando el celador le avisó informándole de la situación que se vivía a escasos metros del centro, el acusado no estaba realizando ninguna actividad médica. Por ello centra su alegación en el hecho de que desconocía, en el momento de ser requerido de que la persona estaba ya fallecida y que era inútil cualquier actuación médica. Para que esta circunstancia fáctica pueda excluir la existencia del delito es necesario que esté plenamente constatada, por datos indubitados que disipen cualquier duda sobre la insolidaridad de la conducta o la dejación del cumplimiento de sus funciones médicas. Su conducta es evidentemente antijurídica y culpable no pudiendo escudarse en la existencia de un delito imposible porque precisamente por su condición de técnico en medicina sabía que, por lo menos, era exigible la prestación de auxilio, sin perjuicio de que sus esfuerzos pudieran resultar inútiles debido al fallecimiento objetivo e irreversible de la persona que necesitaba la asistencia. Conoció perfectamente lo que sucedía y en ningún momento tuvo la certeza de que su auxilio era inútil. Dispuso de la percepción detallada de los elementos que configuraban la situación crítica y no obstante, teniendo conciencia de la necesidad y exigibilidad de su aportación médica no hizo nada, permaneciendo inactivo e indiferente a lo que estaba sucediendo».

Por otro lado, por lo que respecta al delito de abandono del servicio sanitario, aunque no era el caso tratado por el tribunal en cuestión, sin embargo sí se desprende de la SAP de Valencia de 26 de mayo de 2008 que no constituiría dicho delito la ausencia de su puesto de trabajo de unas enfermeras (para salir a comer), de tal modo que no estaban presentes para atender una intervención quirúrgica de urgencia, la cual debió retrasarse, afectando ello negativamente a la salud del paciente.

## VII. SECRETO MÉDICO Y RESPONSABILIDAD

A la hora de concretar el tratamiento jurisprudencial de los supuestos de secreto profesional conviene poner de manifiesto que éstos han dado lugar a la exigencia de responsabilidades tanto en la esfera disciplinaria como penal.

Una primera cuestión planteada es la relativa al ámbito del secreto profesional de los médicos en relación con la obligación que éstos ostentan de proporcionar a la Administra-

ción Tributaria toda clase de datos, informes o antecedentes con trascendencia tributaria, deducidas de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas. Como acertadamente precisa la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 6 de marzo 1989, dicha obligación no alcanzará a los datos privados no patrimoniales, que conozcan por razón del ejercicio de su actividad y cuya revelación atente al honor o a la intimidad personal o familiar de las personas, así como por otra parte también se encuentra restringida en los supuestos en que tal información o revelación de datos, constituye una vulneración de los derechos constitucionales al «secreto profesional», al honor o a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen de terceros, de lo que se colige que los profesionales médicos tienen obligación de facilitar datos con trascendencia tributaria que conozcan por razón de su actividad con sus pacientes, pero sin desbordar los límites establecidos en la Constitución y por la Ley General Tributaria.

A través de la presente Sentencia se consigna de una forma muy clara el ámbito del secreto profesional en relación con la emisión de facturas a efectos tributarios por parte de médicos colegiados, al disponer que «siempre el secreto profesional puede ser guardado cuando se aduzca en razón a que con su vulneración se suministra información a la Hacienda Pública que contenga datos privados no patrimoniales, que los médicos conozcan por razón del ejercicio de su actividad médica respecto a terceras personas a las que prestan asistencia facultativa estando dicha información excluida por la Ley 10/1985, de aquí que, siempre es posible encontrar una forma para que los Colegios Médicos puedan informar a la Administración Tributaria con motivo de una comprobación de su propia situación tributaria, sin revelar datos de sus pacientes de carácter privado no patrimonial, y, lo mismo hay que decir respecto a proporcionar información a dicha Administración respecto de terceras personas, sin revelar datos de dicha naturaleza que vulneran los derechos de estas últimas a su intimidad personal y familiar, o respecto de su propia imagen, lo cual puede conseguirse sin la obligación de hacer una "descripción de la operación" —en su más amplio sentido—, realizada por el Médico».

En materia penal otras resoluciones se han encargado de establecer el referido secreto profesional en el ámbito médico[41], poniendo de manifiesto la incidencia que éste ostenta sobre los profesionales sanitarios[42]. Así, la STS de 4 de abril de 2001 (que casa y modifica la SAP de Valencia de 14 de mayo de 1999) se ocupa de un caso en el que la acusada, que

(41) En este sentido, los médicos y el resto del personal sanitario constituyen una de las profesiones que cuentan con una normativa específica en materia de secreto profesional; en concreto, en virtud del artículo 7.1 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, «[t]oda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley». Y de acuerdo con el artículo 16.6 Ley 41/2002, «[e]l personal que accede a los datos de la historia clínica en el ejercicio de sus funciones queda sujeto al deber de secreto». Véase Carlos María ROMEO CASABONA, «La protección penal del secreto profesional y laboral en el Derecho español», en Emilio Octavio De Toledo y Ubieto/Manuel Gurdiel Sierra/Emilio Cortés Bechiarelli (coords.), *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 979 y ss.

(42) Con carácter general, dicha problemática plantea una multiplicidad de cuestiones de índole sustantiva y formal que exceden de las pretensiones del presente trabajo. Para una ampliación sobre el particular, véase María del Carmen GÓMEZ RIVERO, *La protección penal de los datos sanitarios. Especial referencia al secreto profesional médico*, Comares, Granada, 2007, *passim*.

prestaba sus servicios como especialista neuróloga, fue requerida a fin de prestar asistencia neurológica a una paciente, la cual estaba ingresada en la Sección de Ginecología, dado el estado de gestación en el que se encontraba. La doctora y la paciente se conocían, ya que sus respectivas familias procedían de la misma localidad. La doctora procedió a examinar el historial clínico de la paciente, donde constaba como antecedente quirúrgico, entre otras informaciones relevantes, la existencia de dos interrupciones legales de embarazo, circunstancia que fue puesta en conocimiento de su madre, la cual no dudó en comentar con la hermana de la gestante, vecina del mismo pueblo, el mencionado estado de gravidez y la existencia de los dos abortos anteriores.

Así, el Tribunal Supremo entiende que «el hecho probado es subsumible en el artículo 199.2 del Código Penal. Este delito protege la intimidad y la privacidad como manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad de las personas. Se trata de un delito especial propio, con el elemento especial de autoría derivado de la exigencia de que el autor sea profesional, esto es, que realice una actividad con carácter público y jurídicamente reglamentada (...). La acción típica consiste en divulgar los secretos de una persona entendida como la acción de comunicar por cualquier medio, sin que se requiera que se realice a una pluralidad de personas, toda vez que la lesión al bien jurídico intimidad se produce con independencia del número de personas que tenga el conocimiento. Por secreto ha de entenderse lo concerniente a la esfera de la intimidad, que es sólo conocido por su titular o por quien él determine. Para diferenciar la conducta típica de la mera indiscreción es necesario que lo comunicado afecte a la esfera de la intimidad que el titular quiere defender. Por ello se ha tratado de reducir el contenido del secreto a aquellos extremos afectantes a la intimidad que tengan cierta relevancia jurídica, relevancia que, sin duda, alcanza el hecho comunicado pues lesiona la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario —según las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad mínima de vida humana (STC de 28 de febrero de 1994)». Por lo tanto, en el presente caso, la divulgación de la información referida no puede catalogarse, dice el Tribunal Supremo, como «simples cotilleos». Muy al contrario, «la divulgación del hecho, en cuanto perteneciente a la intimidad, lesiona su derecho fundamental precisamente por quien está específicamente obligado a guardar secreto».

En consecuencia, se condena a la acusada, por un delito de revelación de secretos a la pena de un año de prisión y multa de doce meses con cuota diaria de mil pesetas, a la inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión por dos años, y a que abone como indemnización civil la cantidad de dos millones de pesetas.

Otro ámbito que ha suscitado dudas sobre la eventual responsabilidad penal del profesional médico es el referido al acceso por parte de éstos a los datos contenidos en una historia clínica de un paciente, sin que dicho acceso esté justificado por razones de carácter médico. A este respecto, la STS de 30 de diciembre de 2009 analiza el caso de un médico que accedió, a través del programa informatizado de consulta clínica, al Historial clínico de otro médico a fin de obtener el dato allí registrado referente al nombre de su médico de cabecera. Dicho acceso se produjo sin conocimiento ni autorización del sujeto fuente y sin que existiera entre ambos ninguna relación asistencial.

El Tribunal Supremo casa la sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial por un delito tipificado en el artículo 197.2 CP, y absuelve al acusado. Como indica el Alto

Tribunal, «este artículo, en su inciso final preceptúa, según jurisprudencia de esta Sala, que el acceso a datos reservados debe hacerse en perjuicio del titular de los datos, perjuicio añadido al acceso que no se da en el presente caso». Analizando a continuación el sentido y alcance de la expresión «en perjuicio de un tercero» del inciso primero del artículo 197.2 y «en perjuicio del titular de los datos o de un tercero» de su inciso final. Así, señala lo siguiente:

> «Un sector doctrinal considera que "en perjuicio" es un elemento subjetivo del injusto, de manera que el propósito de perjudicar a otro debe presidir el apoderamiento, la utilización o modificación de los datos. El inconveniente que tiene esta postura es que aunque anticipa el momento de la intervención penal —pues la consumación ya no tiene que esperar a la efectiva producción de resultado alguno—, a la vez limita el ámbito de lo punible, pues sólo los comportamientos que vayan presididos de esa particular intención resultan típicos. Por ello otro sector de opinión estima que el "en perjuicio de tercero" no debe ser interpretado como un elemento subjetivo del injusto, sino como el resultado de la conducta, causalmente añadido a la simple utilización, modificación o al apoderamiento de los datos. Ésta es la línea que siguió esta Sala en la STS 234/1999, de 18 de febrero, al matizar que parece razonable que no todos los datos reservados de carácter personal o familiar puedan ser objeto del delito contra la libertad informática, puesto que, precisamente porque el delito se consuma tan pronto el sujeto activo "accede" a los datos, esto es, tan pronto los conoce y tiene a su disposición (...), es por lo que debe entenderse que la norma requiere la existencia de un perjuicio añadido para que la violación de la reserva integre el tipo, un perjuicio que puede afectar, como hemos visto, al titular de los datos o a un tercero, perjuicio que se produce siempre que se trata de un dato considerado "sensible" por ser inherente al ámbito de su intimidad más estricta.
>
> Es cierto que esta postura ha sido objeto de críticas al limitar los datos que causan un perjuicio apreciable a los datos "sensibles", los de mayor relevancia para la intimidad y ha sido matizada en otras posteriores, como la 1461/2001, de 11 de julio, que a la pregunta de si la expresión "en perjuicio de tercero" debe interpretarse como un plus en la lesión del bien jurídico protegido, entendió que existían argumentos para responder negativamente:
>
> a) Si el ámbito de la intimidad protegida se restringe mucho, se produce el efecto de asimilar el perjuicio a la parte más básica de la intimidad ("núcleo duro de la privacidad"): salud, ideología, vida sexual, creencias, etc., que ya se castiga como subtipo agravado en el artículo 197.5, lo que conllevaría la inaplicación del artículo 197.2.
>
> b) De la Sentencia de 18 de febrero de 1999, parece colegirse que ese posible mayor perjuicio proviene y se traduce en el desvelamiento de un dato personal o familiar, exclusivamente.
>
> c) La conducta se consuma, sin necesidad de que un ulterior perjuicio se produzca como textualmente expresa las tantas veces referida sentencia de esta Sala.
>
> d) Derivada de la anterior afirmación hemos de entender que si el perjuicio se materializa habría que acudir a un concurso medial de infracciones penales.
>
> e) El precepto analizado tutela o protege exclusivamente la intimidad y no contempla con tal previsión penal la lesión de otros bienes jurídicos. En realidad se trata de poner freno a los abusos informáticos contra la intimidad, es decir, contra aquellas manifestaciones de la personalidad individual o familiar cuyo conocimiento queda reservado a su titular.

f) En una interpretación sistemática, si quisiéramos establecer una simetría con las descripciones típicas contenidas en el artículo 197.1 y referidas al aspecto subjetivo del tipo, advertiríamos que en esta figura delictiva, la acción típica se dirige "a descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro", que en cierto modo estaría sustituida por la frase "en perjuicio de otro", contenida en el tipo penal previsto en el artículo 197.2, habida cuenta de que ambas infracciones penales, tratan de proteger idénticos bienes jurídicos.

g) Asimismo la STS 123/2009, de 3 de febrero […] al analizar el hecho del "acceso" que se ubica en la modalidad básica del artículo 197.2, indica que esta modalidad básica incluye, a su vez, tres figuras diversas: 1.ª apoderamiento, utilización o modificación de datos; 2.ª el mero acceso, y 3.ª la alteración o utilización.

h) Pues bien, por difícil que resulta comprenderlo, la modalidad 1.ª exige que el sujeto actúe en perjuicio de tercero, la 3.ª que se haga en perjuicio de tercero o del titular del dato, y lo que aquí es relevante, en la 2.ª no se exige perjuicio alguno.

Baste advertir que el supuesto típico imputado —mero acceso—, es decir la modalidad 2.ª, no exige tal perjuicio de tercero. El perjuicio de tercero es presupuesto de las otras modalidades típicas del apartado 2.º del artículo 197 CP, constituido por la conducta de "apoderarse, utiliza o modificar" y la de "alterar o utilizar" los datos a los que nos venimos refiriendo. Es decir reservados y de carácter personal o familiar existente en los ficheros o archivos allí indicados.

Pero cuando la conducta típica es la descrita en la primera parte del inciso segundo del mismo apartado 2.º del citado artículo 197 CP, es decir, el acceso a los datos por cualquier medio, no exige el perjuicio del tercero.

Pues bien creemos que es necesario realizar una interpretación integradora en el sentido de que como en el inciso primero, se castigan idénticos comportamientos objetivos que el inciso 2.º (apodere, utilice, modifique) no tendría sentido que en el mero acceso no se exija perjuicio alguno y en conductas que precisan ese previo acceso añadiendo otros comportamientos, se exija ese perjuicio, cuando tales conductas ya serían punibles —y con la misma pena— en el inciso segundo.

La solución sería —partiendo de que en el término "tercero" debe incluirse el afectado, en su intimidad, sujeto pasivo, al que esencialmente se refiere el tipo— entender que los apoderamientos, accesos, utilizaciones o modificaciones de datos de carácter personal, realizadas en perjuicio de tercero se incluirían en el inciso inicial del artículo 197.2, y en cambio, en el inciso segundo deberían ser subsumidas las conductas de acceso en perjuicio del titular de los datos.

Y en cuanto a la distinción entre datos "sensibles" y los que no lo son, debe hacerse en el sentido de que los primeros son por sí mismos capaces para producir el perjuicio típico, por lo que el acceso a los mismos, su apoderamiento o divulgación, poniéndolos al descubierto comporta ya ese daño a su derecho a mantenerlos secretos u ocultos (intimidad) integrando el "perjuicio" exigido, mientras que en los datos "no sensibles", no es que no tengan virtualidad lesiva suficiente para provocar o producir el perjuicio, sino que debería acreditarse su efectiva concurrencia y en el caso presente (STS de 30 de diciembre de 2009), no se ha acreditado —ni se ha articulado prueba en este sentido— de que el acceso por parte del recurrente al nombre del médico de cabecera —dato administrativo, y en principio, inocuo— del Dr. Bienvenido haya ocasionado perjuicio a éste como titular del dato».

# EL RÉGIMEN PROCESAL DE LOS DELITOS SEXUALES PERSEGUIBLES A INSTANCIA DE PARTE (*)

Arantza Libano Beristain

*Profesora de Derecho Procesal*
*Universidad Autónoma de Barcelona*

## RESUMEN

**El régimen procesal de los delitos sexuales perseguibles a instancia de parte**

El presente trabajo pretende analizar el contenido del artículo 191 del Código Penal, precepto en el que se integran las peculiaridades existentes en materia de perseguibilidad, sobre todo en punto a la puesta en marcha del proceso penal, en algunos delitos sexuales. Al respecto, entre las diversas modalidades persecutorias incluidas en dicho artículo del texto penal de 1995, sobresale la de que el Ministerio Fiscal pueda, mediante querella, tras ponderar los legítimos intereses en presencia, incoar el procedimiento sin necesidad de la previa denuncia o querella de la víctima (mayor de edad, capaz y no desvalida). Y es que se trata del único supuesto en que el legislador penal ha dejado, en casos de infracciones penales no perseguibles de oficio, tal posibilidad a la Fiscalía.

**Palabras clave:** Denuncia, víctima, querella, Fiscalía, perdón, delito sexual.

## ABSTRACT

**The procedural regulation of sexual offences prosecutable at the request of the offended party**

The present work aims to analyze the content of the article 191 of the Penal Code, provision which integrates the existent distinctive features regarding prosecution, mainly about the start up of the penal process, in some sexual offences. In this respect, among the diverse prosecuting modalities included in this article of the penal text of 1995, it stands out that the Prosecutors can, by means of a complaint, after considering the existing rightful interests, commence legal proceedings with no need of the previous report or complaint from the offended person (of legal age, capable and not disabled). And it is the only event in which the criminal lawmaker has left such a possibility, in those cases of criminal offences non liable to prosecution ex officio, to the Prosecutor's office.

**Key Words:** Report, victim, complaint, Prosecutor's office, pardon, sexual offence.

## Sumario

I. INTRODUCCIÓN.

II. LOS DELITOS SEXUALES PERSEGUIBLES A INSTANCIA DE PARTE.

(*) Esta investigación se inserta en el marco del proyecto de investigación «Tutela jurisdiccional de la víctima de la violencia de género: análisis y propuestas» [DER2009-10749 (subprograma JURI)], financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y por el FEDER.

1. **La iniciación del proceso.**

   A) Víctima menor de edad, incapaz o desvalida: denuncia del representante legal o del Ministerio Fiscal.

   B) Víctima mayor de edad, capaz y no desvalida: denuncia de la víctima o querella del Ministerio Fiscal. Especial consideración de la cláusula «querella del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia».

2. **El desarrollo del proceso penal.**

3. **La conclusión del proceso penal: la ineficacia jurídica del perdón.**

III. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende analizar el contenido del artículo 191 del Código Penal, precepto en el que se integran las peculiaridades existentes en materia de perseguibilidad, sobre todo en punto a la puesta en marcha del proceso penal, en algunos delitos sexuales. En concreto, dicho precepto establece lo siguiente: «1. Para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querella del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal.

2. En estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase».

Con relación a la mencionada categoría de la perseguibilidad, cabe señalar que la mayor parte de los delitos en el sistema procesal español son públicos (o perseguibles de oficio), pues el *ius puniendi* se aplica con independencia de la actitud y voluntad de la persona que ha resultado ofendida por el hecho delictivo (artículo 105 Ley de Enjuiciamiento Criminal —en adelante, LECr—). Sin embargo, existen ciertos tipos delictivos en los cuales la actividad del ofendido cobra especial relevancia, hasta el punto de que sin esa «colaboración» no podrá siquiera incoarse el procedimiento. Dentro de este segundo gran grupo, el de los delitos perseguibles a instancia de parte, cabe distinguir dos regímenes. En primer lugar, el de aquéllos en los que la puesta en marcha del procedimiento constituye una decisión del ofendido, pero que una vez producida aquélla, puede afirmarse que la continuación del proceso queda sustraída de la voluntad de la víctima; si bien, en algunos tipos penales su conclusión queda en sus manos mediante la institución del perdón. Ello da lugar a los delitos, tradicionalmente denominados, semipúblicos (o semiprivados). Frente a la situación anterior, en los delitos privados la propia continuación del procedimiento queda en todo momento vinculada a la actuación del ofendido, de manera que de

renunciar éste a dicha continuación se pondría fin automáticamente al proceso iniciado (artículo 106.II LECr[1]).

Los delitos de agresiones, acoso y abusos sexuales se incluyen, con alguna nota específica, en la primera de las dos últimas tipologías referidas, es decir, pertenecen al grupo de los denominados delitos semipúblicos, lo que implica una serie de consecuencias que precisan ser examinadas con detenimiento. Además, tal como será analizado, las características de la víctima (capacidad, edad, etc.) influyen, asimismo, en la esfera de la perseguibilidad.

## II. LOS DELITOS SEXUALES PERSEGUIBLES A INSTANCIA DE PARTE

El hecho de encontrarnos ante uno de los grupos de ilícitos penales que con mayor frecuencia ha sido reformado desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995, continuando de esta manera con la (infinita) senda de modificaciones a las que el legislador nos acostumbró con el texto punitivo anterior, hace mantener ciertas cautelas sobre la durabilidad de la regulación actual[2], tal como ha quedado evidenciado con la promulgación de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Y es que dicha reforma que ha entrado en vigor el 23 de diciembre de 2010 también ha introducido cambios en el ámbito de los delitos sexuales. Ahora bien, quizá el aspecto que, con diversos matices, ha perdurado al aluvión de reformas, aunque con una tendencia hacia su progresiva publificación[3], ha sido precisamente su consideración como infracciones penales perseguibles a instancia de parte.

---

(1) En concreto, dicho artículo 106 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dice así: «La acción penal por delito o falta que dé lugar al procedimiento de oficio no se extingue por la renuncia de la persona ofendida.

Pero se extinguen por esta causa las que nacen de delito o falta que no puedan ser perseguidos sino a instancia de parte, y las civiles, cualquiera que sea el delito o falta de que procedan».

(2) Entre los grandes hitos de las últimas reformas habidas en esta materia, pueden destacarse los siguientes: mediante la Ley Orgánica 3/1989 se sustituyó la honestidad por la libertad sexual como bien jurídico protegido; la Ley Orgánica 10/1995 transformó en esencia la regulación otorgada a la libertad sexual; la Ley 35/1995, por la que se establece un sistema de ayudas y asistencia a las víctimas directas e indirectas de delitos dolosos y violentos y contra la libertad sexual aun cuando éstos se perpetraren sin violencia; la Ley Orgánica 11/1999, añadió al rótulo del título VIII, junto con la libertad, la referencia a la indemnidad sexual y, entre otras cuestiones, reformó sustancialmente el delito de acoso sexual. Y, por último, la Ley Orgánica 15/2003 también significó modificaciones como la de incluir junto a la introducción de objetos, la de miembros corporales como referencia específica. Además de todas las reformas comentadas, téngase en cuenta la incidencia de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

(3) Por su parte, FUENTES SORIANO, Olga, «La iniciación *cuasi pública* de los procesos por delitos sexuales», en *Derecho Penal y discriminación de la mujer-Anuario de Derecho Penal 1999-2000* (dir.: Hurtado Pozo, José), Lima-Friburgo (Suiza), Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad de Friburgo, 2001, p. 281, considera que «la entrada en vigor del artículo 191.1 CP supone dar un paso de gigante en el camino de la "publificación" de los delitos sexuales».

El título VIII del libro II del Código Penal relativo a los delitos contra la libertad[4] e indemnidad[5] sexuales[6] incluye la agresión y abuso así como el acoso sexual, los delitos de exhibicionismo y provocación sexual, y, por último, los relativos a la prostitución y la corrupción de menores[7]. Como se desprende del rótulo del título mismo, el bien jurídico a proteger en tales supuestos resulta indiscutiblemente individual y personal.

Sin embargo, no todas las infracciones penales incluidas en dicho título VIII contienen peculiaridades en el ámbito de la perseguibilidad, pues hasta la reforma de 2010 éstas sólo se predicaban de los tres primeros capítulos (artículos 178-184), esto es, de la «triple A del sexo» (agresión, abuso y acoso sexual)[8]. Pese a ello, el capítulo VI rubricado «Disposiciones comunes a los Capítulos anteriores» (a los cinco por tanto) incluía el artículo 191 del Código Penal, exclusivamente referido a la categoría de la perseguibilidad de los tres primeros capítulos[9]. Esta técnica legislativa —bastante frecuente a la hora de establecer excepciones a la perseguibilidad de oficio— trae causa del criterio imperante en la clasificación de las infracciones penales, cual es el de su bien jurídico (y no según su perseguibilidad).

Como ya hemos señalado, la Ley Orgánica 5/2010, que ha entrado en vigor en diciembre de 2010, ha variado el panorama existente hasta el momento. Y es que mediante la citada norma se crea, dentro del título VIII del libro II del Código Penal, un nuevo capítulo II bis «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años». La duda que nos

---

(4) ASÚA BATARRITA, Adela, «Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico», en *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Vitoria, Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer, 1998, p. 74, compara la diferente visión existente tras ambos bienes jurídicos: «Si en la concepción anterior la limitación de la libertad de la mujer era el presupuesto de su honestidad y por ello lo que le hacía digna de protección, ahora se invierte el significado. Es la constricción de la libertad, lo que colorea la ilicitud de la conducta».

(5) Incluido mediante la Ley Orgánica 11/1999. Un sector doctrinal entendía suficiente el concepto de «libertad sexual» para aunar la totalidad de sujetos (también menores e incapaces) que podían ser víctima de un ilícito de los previstos en el título VIII del libro II del Código Penal. Entre otros, podemos destacar a los siguientes autores: LAMARCA PÉREZ, Carmen, «La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal», *Jueces para la Democracia*, 1996, n.º 27, p. 57, nota 44; MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón, *Comentarios al nuevo Código Penal* (dir.: Quintero Olivares, Gonzalo; coord.: Valle Muñiz, José Manuel), 2.ª ed., Pamplona, Aranzadi, 1999, pp. 238 y 239; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La protección de la libertad sexual*, Barcelona, Bosch, 1985, pp. 24-29.

(6) Sin embargo, tal como se ha destacado por la doctrina científica, en este título no se incluyen todas las infracciones penales contrarias a la libertad e indemnidad sexual. Por todos, DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio, «Agresión, abuso y acoso sexual en el Código penal de 1995», *Actualidad Penal*, 1996, n.º 32, p. 613. En otro sentido, estimamos acertada la reflexión de ASÚA BATARRITA, Adela, «Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico», cit., p. 99, cuando sostiene que esa connotación «sexual» frecuentemente sólo lo es para el autor del hecho delictivo y no, en cambio, para la víctima. De ahí que, como propuesta *de lege ferenda*, ASÚA BATARRITA Adela, «Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico», cit., p. 101, considere más precisa su ubicación como delitos contra la integridad moral.

(7) Se muestran contrarios a configurar estos delitos en un título autónomo por considerar que son una modalidad de infracciones que atentan contra la libertad y que, por ello, debían incluirse en dicho título DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El Derecho Penal ante el sexo*, Barcelona, Bosch, 1981, pp. 218-226; LAMARCA PÉREZ, Carmen, «La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal», cit., p. 50, nota 2.

(8) La expresión es de DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio, «Agresión, abuso y acoso sexual en el Código penal de 1995», cit., p. 613.

(9) Destaca también dicho aspecto ORAÁ GONZÁLEZ, Javier, «Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual. Primeras notas críticas», *Revista "La Ley"*, n.º 4044, de 27 de mayo de 1996, ref. D-186, p. 1349.

suscita tal reforma es si los dos preceptos que integran dicho capítulo II bis (artículos 183 y 183 bis) resultan perseguibles a instancia de parte.

Al respecto, se ha de destacar que el régimen procesal previsto en el artículo 191 de la norma penal, precepto que no se ha visto reformado, se aplicará a «los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales». Además, se ha de tener en cuenta que tanto el artículo 183 como el 183 bis del Código Penal aluden exclusivamente a supuestos donde la víctima es menor de edad (en concreto, menor de trece años)[10]. La ubicación otorgada a los delitos de «abusos y agresiones sexuales a menores de trece años» (capítulo II bis) —detrás de los delitos de agresiones (capítulo I) y abusos (capítulo II) sexuales y antes del delito de acoso sexual (capítulo III)— parece que apunta a que lo señalado en el artículo 191 resultará en tales casos asimismo aplicable. Y el hecho de que tales infracciones penales sólo se refieran a víctimas menores de edad no impide acudir a la categoría de la perseguibilidad a instancia de parte, dado que el propio artículo 191.1 se refiere a tal supuesto.

En otro orden de cuestiones, se ha de traer a colación lo dispuesto en el artículo 104.I de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dice así: «Las acciones penales que nacen de los delitos de estupro (...) tampoco podrán ser ejercitadas por otras personas, ni en manera distinta que las prescritas en los respectivos artículos del Código Penal». Fácilmente se perciben las importantes diferencias terminológicas —el delito de estupro[11] no existe como tal

---

(10) A partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, el artículo 183 del Código Penal establece lo siguiente: «1. El que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.

2. Cuando el ataque se produzca con violencia o intimidación el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión.

3. Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1 y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2.

4. Las conductas previstas en los tres números anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación de total indefensión y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.
b) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.
c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.
d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.
e) Cuando el autor haya puesto en peligro la vida del menor.
f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades.

5. En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años».

Asimismo, la Ley Orgánica 5/2010 añade un nuevo artículo 183 bis, que dispone lo siguiente: «El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño».

(11) El delito de estupro, según el texto penal anterior al Código Penal de 1995, abarcaba las siguientes conductas: «La persona que tuviere acceso carnal con otra mayor de doce años y menor de dieciocho, prevaliéndose de su superioridad, originada por cualquier relación o situación, será castigada, como reo de estupro, con la pena de prisión

en el Código Penal de 1995—, como de fondo —dicho estupro, además, parece que sólo resultaba coincidente con algunas modalidades de abuso sexual— entre el reproducido precepto procesal con respecto a la regulación contenida en el texto penal de 1995.

A modo de conclusión, se constata en la esfera de la delincuencia sexual una reducción de las peculiaridades persecutorias, en el sentido de que cada vez se aproximan en mayor medida a las infracciones penales públicas. Al respecto, cabe destacar la cláusula contenida en el artículo 191.1 del Código Penal que posibilita la puesta en marcha del correspondiente proceso penal mediante querella del Ministerio Fiscal, «ponderando los legítimos intereses en presencia», en casos en que la víctima es mayor de edad, capaz y no desvalida. A continuación analizaremos los tres estadios o fases que cabe diferenciar en el ámbito de la perseguibilidad en los mencionados delitos sexuales:

## 1. La iniciación del proceso

El Código Penal de 1995 a la hora de establecer peculiaridades en materia de perseguibilidad en algunas infracciones penales, con el consiguiente alejamiento del criterio general, opta por la diferenciación en función de las características de la víctima que ha sufrido el hecho delictivo. En concreto, ello lleva a distinguir dos grandes regímenes en sede de incoación del proceso: la víctima menor de edad, incapaz o desvalida y la víctima mayor de edad, capaz y no desvalida.

Tal división se observa, asimismo, desde la óptica de la actuación del Fiscal, en el artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, precepto que, desde 1882, establece lo siguiente: «Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querella privada. También deberán ejercitarlas en las causas por los delitos contra la honestidad que, con arreglo a las prescripciones del Código Penal, deben denunciarse previamente por los interesados, o cuando el Ministerio Fiscal deba, a su vez, denunciarlos por recaer dichos delitos sobre personas desvalidas o faltas de personalidad». Llama poderosamente la atención la mención a los «delitos contra la honestidad». Al respecto, el citado artículo 105 de la norma procesal penal deberá interpretarse como «una norma procesal en blanco que precisa ser integrada con las correspondientes disposiciones del Código Penal vigente de 1995»[(12)]. Lo anterior afecta no sólo al ámbito estrictamente

---

menor. La pena se aplicará en su grado máximo cuando el delito se cometiere por ascendiente o hermano del estuprado» (artículo 434 del Código Penal —en adelante, CP— derogado); «Comete, asimismo, estupro la persona que, interviniendo engaño, tuviere acceso carnal con otra mayor de doce años y menor de dieciséis. En este caso la pena será de arresto mayor» (artículo 435 CP derogado); «Se impondrá la pena de multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas al que cometiere cualquier agresión sexual, concurriendo iguales circunstancias que las establecidas en los dos artículos precedentes» (artículo 436 CP derogado).

(12) Aun cuando GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, 1.ª ed., Madrid, Colex, 2004, p. 176, se está refiriendo al artículo 104 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en nuestra opinión dicha afirmación resulta, asimismo, predicable del artículo 105 de la norma procesal penal.

terminológico[13], sino también en lo que atañe a los concretos tipos penales no perseguibles de oficio. Y es que de la lectura de dicho artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pareciera que los únicos ilícitos penales que integran actualmente la categoría de las tradicionalmente denominadas infracciones semipúblicas son los sexuales[14].

Ahora bien, como especificidad del régimen previsto para las agresiones, acoso y abusos sexuales y en concreto para los casos en que la víctima reúne las características mencionadas en segundo lugar (mayor de edad, capaz y no desvalida), la Ley Orgánica 10/1995 ha introducido una novedosa cláusula en el número 1 del artículo 191 del Código Penal que permitirá al Ministerio Fiscal —mediante querella, señala el precepto— la puesta en marcha del correspondiente proceso penal aun sin la concurrencia de la denuncia de la propia víctima.

### *A) Víctima menor de edad, incapaz o desvalida: denuncia del representante legal o del Ministerio Fiscal*

En primer lugar, al objeto de concretar la figura de la representación legal en estos supuestos en que el interés protegido por el Código Penal es de índole personal (aquí la libertad e indemnidad sexual) se ha de acudir a las normas establecidas al respecto en el Código Civil. Así, los dos supuestos más frecuentes en cuanto a la representación legal de menores de edad e incapaces son, por una parte, la regulación contenida en los artículos 162 y 163 del Código Civil (en adelante, CC), preceptos que se refieren a la representación legal que ostentan los padres con respecto a los hijos menores no emancipados; además, cabe mencionar aquí la prórroga en la patria potestad, con su consiguiente repercusión en materia de representación, que se producirá cuando los hijos incapacitados alcancen la mayoría de edad (*ex* artículo 171 Código Civil). Y, por otra, debe ser mencionada la representación legal que ostenta el tutor según lo dispuesto en los artículos 222 y 267 de la norma civil.

---

(13) No creemos que resulte desmedida la exigencia de que en la ley procesal penal se produzca el acomodo preciso en relación con aquellos cambios introducidos en la norma penal ya mediante la Ley Orgánica 3/1989, que modificó el bien jurídico a proteger a partir de entonces (libertad sexual) y erradicó la referencia a la honestidad.

(14) En la actualidad, junto con los delitos sexuales objeto de nuestro análisis, se contienen, asimismo, especialidades persecutorias —dejando de lado los delitos «privados» contra el honor, que recoge el artículo 215— en los siguientes preceptos penales: artículo 161 (delito de reproducción asistida no consentida); artículo 201 (delitos de descubrimiento o revelación de secretos); artículo 228 (en relación con los delitos de abandono de familia e impago de pensiones); artículo 267 (delito de daños imprudentes); artículo 287 (delitos contra el mercado y los consumidores); artículo 296 (delitos societarios); artículo 639 (con respecto a las faltas penales contenidas en los artículos 620, 621 y 624.1). Sin embargo, en el momento de aprobarse la decimonónica Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el Código Penal de 1870 entonces vigente, las infracciones penales graves que conformaban la categoría de las «semipúblicas» eran algunos delitos contra la honestidad (violación y rapto ejecutado con miras deshonestas). En concreto, el artículo 463.I y II del Código Penal de 1870 decía así: «No puede procederse por causa de estupro sino á instancia de la agraviada ó de sus padres, ó abuelos ó tutor.

Para proceder en las causas de violación y en las de rapto ejecutado con miras deshonestas, *bastará la denuncia* de la persona interesada, de sus padres, abuelos ó tutores, aunque no formalicen instancia (...)» [Cursiva añadida]. Tal como se desprende del precepto reproducido, las expresiones «a instancia de» y «formalizar instancia» equivalían a los delitos privados en lo que se refiere a la incoación del proceso.

Destaca, en comparación con la regulación contenida en el Código Penal anterior (artículo 443.I[15]), la ausencia de toda referencia al guardador de hecho. Al respecto, y de acuerdo con MARCOS AYJÓN, cabe tildar de desafortunada tal omisión[16]. Y es que la presentación de denuncia por quien, sin ser representante legal del menor o incapaz, tiene su guarda y custodia, cobra cierto sentido en supuestos de acogimiento. Aun con todo, dicha ausencia puede resultar de alguna manera suplida a través de la denuncia del Ministerio Fiscal, tal como ha puesto de relieve el propio MARCOS AYJÓN[17].

No obstante lo anterior, la aplicación de la mencionada regulación civil en el proceso penal no ofrece solución a algunas cuestiones de difícil respuesta. Veamos algunas de ellas. En primer lugar, la referencia a la «persona desvalida» resulta una mención un tanto vaga e indefinida, ya que lo único que se desprende del tenor del artículo 191.1 del Código Penal es que se trata de una tercera categoría, distinta de la minoría de edad y de la incapacidad[18]. Sin embargo, a partir de ahí todos son interrogantes pues no es claro cuándo existe desvalimiento, ni si en tales casos resultarán válidas tanto la denuncia (sin necesidad de querella) del Ministerio Fiscal como la de la propia víctima. Tal imprecisión genera cierta inseguridad jurídica, máxime si se tiene presente que en la normativa anterior el legislador no se refirió en los delitos sexuales con peculiaridades en materia de perseguibilidad a la situación de desvalimiento, al aludir el artículo 443 del Código Penal derogado, tras la Ley Orgánica 3/1989, exclusivamente a los menores o incapaces como segunda gran categoría de víctimas.

Además, existen supuestos en los que la aplicación de la legislación civil puede comportar soluciones un tanto insatisfactorias. En concreto, nos referimos al siguiente su-

---

(15) El artículo 443.I del texto penal anterior establecía lo siguiente: «Para proceder por los delitos de violación, agresiones sexuales, estupro y rapto bastará denuncia de la persona agraviada o del ascendiente, representante legal o guardador de hecho, por este orden, o del Ministerio Fiscal, cuando se tratare de menores o incapaces».

(16) MARCOS AYJÓN, Miguel, «Una nueva concepción del principio de oportunidad: la denuncia en el Código Penal de 1995», *Tribunales de Justicia*, 1997, n.º 6, p. 651.

(17) MARCOS AYJÓN, Miguel, «Una nueva concepción del principio de oportunidad: la denuncia en el Código Penal de 1995», cit., pp. 651 y 652.

(18) En cambio, no quedaba claro que fuera ésta la acepción empleada en el artículo 602 del Código Penal anterior, que establecía lo siguiente: «En las faltas perseguibles previa denuncia del ofendido o perjudicado, en defecto de éstos, podrán también instar la incoación del procedimiento sus herederos o su representante legal.

*El Ministerio Fiscal podrá denunciar en los casos que considere oportuno, en defensa de la persona agraviada si ésta fuere de todo punto desvalida*. (...)» [Cursiva añadida]. La duda también se planteaba con anterioridad a la reforma operada a través de la Ley Orgánica 3/1989 en el Código Penal derogado. Al respecto, téngase en cuenta la redacción de los tres primeros párrafos del artículo 443 del texto penal en aquel entonces: «Para proceder por los delitos de violación, abusos deshonestos, estupro y rapto bastará denuncia de la persona agraviada o del ascendiente, representante legal o guardador de hecho, por este orden.

Por los menores de dieciséis años podrán denunciar los hechos el Ministerio Fiscal, la Junta de Protección de Menores o cualquier Tribunal Tutelar de Menores.

*El Ministerio Fiscal podrá denunciar y el Juez de Instrucción proceder de oficio, en los casos que consideren oportunos, en defensa de la persona agraviada si ésta fuere de todo punto desvalida*» [Cursiva añadida]. Por último, tampoco parecía ser ésa la intención del legislador del Código Penal de 1870, pues del precepto que reproducimos a continuación cabría extraer como consecuencia que se trataba de una submodalidad de la minoría de edad y de la incapacidad. En concreto, el artículo 463.III del texto penal de 1870 disponía lo siguiente: «Si la persona agraviada careciere por su edad o estado moral de personalidad para comparecer en juicio, *y fuere además de todo punto desvalida, careciendo de padres, abuelos, hermanos, tutor ó curador* que denuncien, podrán verificarlo el Procurador síndico ó el Fiscal por fama pública» [Cursiva añadida].

puesto: como regla general, la representación legal se extingue, entre otras causas, por el fallecimiento del representado (artículos 169.1.º y 171.1.º CC, en relación con la patria potestad; artículo 276.3.º CC, para con la tutela). Ahora bien, cabe plantearse si sería posible la presentación de denuncia por el representante legal —aun en contra del parecer del Ministerio Fiscal—, tras la muerte de la víctima menor de edad o incapaz, cuando el motivo de no haber denunciado con anterioridad el representante legal del menor o incapaz fue precisamente para no causar ulteriores daños a quien ya había sido objeto de una agresión, abuso o acoso sexual. Una aplicación rigurosa de la ley civil excluiría tal opción, dado que la categoría de la representación ha quedado extinguida. Sin embargo, desde una interpretación teleológica podría llegar a resultar admisible, aun con alguna duda al respecto, tal supuesto. Otra cuestión de interés es la discrepancia que pudiera existir a la hora de presentar la correspondiente denuncia entre el representado (menor de edad o incapaz) y el representante[19].

Debemos destacar, asimismo, el debate doctrinal suscitado en lo que respecta a la existencia o no de una prelación en los sujetos facultados para remover el escollo e incoar así el correspondiente proceso penal. Al respecto, encontramos opiniones contrapuestas en torno a si la intervención de la Fiscalía resulta escalonada[20] o, por el contrario, se halla a un mismo nivel y resulta alternativa[21] a la del representante legal. El tema viene de antiguo, dado que el anterior artículo 443 del Código Penal sí que establecía expresamente una preferencia que debía ser respetada («por este orden»). El Código Penal de 1995, en cambio, ha omitido cualquier tipo de prelación al respecto. En nuestra opinión, el Ministerio Fiscal debería tener en cuenta la decisión del representante legal en punto a la no presentación de denuncia. Entendemos así, que existe en el caso del Ministerio Fiscal una especie de subordinación, o, como mínimo, de toma en consideración de la voluntad reacia del representante legal en torno a la presentación de la correspondiente denuncia. Además, en relación con la actuación de la Fiscalía en casos de menores, incapaces y personas desvalidas, consideramos que dicha intervención no puede ser en ningún caso automática, pese a no existir —a diferencia de lo que sucede cuando la víctima es mayor de edad, capaz y no desvalida— cláusula alguna que prevea la necesidad de realizar algún tipo de ponderación[22]. Aun con todo, somos conscientes de que la literalidad de la ley puede llevar a preferir en ambos casos la solución contraria.

---

(19) Al respecto, QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 4.ª ed., Barcelona, Atelier, 2002, p. 142, señala que «hubiera sido necesario aclarar si tal representante puede obrar en contra de la voluntad del ofendido. En mi opinión, tratándose de mayores de edad, no».

(20) SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, «El delito de acoso sexual», *Poder Judicial*, 3.ª época, 1997 (II), n.º 46, p. 320; MATALLÍN EVANGELIO, Ángela, *El nuevo delito de acoso sexual*, Valencia, Revista General del Derecho, 2000, p. 84, aun cuando reconoce la admisibilidad de la interpretación contraria.

(21) CANCIO MELIÁ, Manuel, «Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual», *Revista "La Ley"*, n.º 4181 de 5 de diciembre de 1996, ref.ª D-366, p. 1632.

(22) En sentido semejante, LAMARCA PÉREZ, Carmen, «La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal», cit., p. 61, quien realiza la siguiente observación: «no se requiere ponderación alguna de los intereses que pudieran concurrir en el caso, lo que ciertamente no se comprende muy bien, pues también aquí pueden existir legítimos intereses para no iniciar el procedimiento, en especial cuando la víctima, mayor de edad, no se encuentra en condiciones de realizar la denuncia». En cambio, CANCIO MELIÁ, Manuel, «Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual», cit., p. 1632, entiende que en estos supuestos el Ministerio Fiscal deberá formular denuncia en todo caso.

*B) Víctima mayor de edad, capaz y no desvalida: denuncia de la víctima o querella del Ministerio Fiscal. Especial consideración de la cláusula «querella del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia»*

La segunda categorización de víctima abarca los supuestos en que concurren los tres siguientes caracteres: mayoría de edad, capacidad y no desvalimiento. Si faltara alguna de dichas notas, entraría en juego el régimen anteriormente expuesto. En los casos en que el titular del bien jurídico protegido (la libertad sexual) reúne esas tres características apuntadas, el Código Penal de 1995 establece dos posibilidades a la hora de remover el obstáculo existente: la denuncia de la víctima o la querella de la Fiscalía.

Tampoco aquí resulta cuestión pacífica la de si ambas intervenciones en sede de incoación del proceso —la de la víctima y la del Ministerio Fiscal— resultan entre sí alternativas o subordinadas[23]. Nos resulta preferible el criterio de que la actuación de la acusación pública se produzca de manera secundaria, esto es, tras conocer y haber oído las razones de la víctima para no presentar la correspondiente denuncia.

a) Denuncia de la víctima

La primera de las posibilidades previstas en el artículo 191.1 del Código Penal para este tipo de víctimas conforma precisamente la diferencia más característica existente entre el régimen general y el establecido en las infracciones penales semipúblicas. Y es que tales requisitos subjetivos y de forma en sede de incoación del proceso concurrirán, en principio, en todos los delitos y faltas no perseguibles de oficio[24]. En estos casos, por tanto, la denuncia (como mínimo) de la víctima capaz y no desvalida que ha cumplido los dieciocho años removerá el escollo existente en materia de perseguibilidad.

b) Querella del Ministerio Fiscal

Sin embargo, la cláusula contenida en el artículo 191.1 del Código Penal que permite al Ministerio Fiscal, mediante la ponderación[25] y [26] de los legítimos intereses en presencia, la incoación del proceso penal por un delito de agresión, acoso o abuso sexual en casos en que la víctima no entra en ninguna de las tres categorías que para el legislador precisan de una protección reforzada, reviste sin género de duda una de las novedades más llamativas en materia de perseguibilidad. Su relevancia se ha de relacionar con la apertura que supone

(23) De esta opinión BEGUÉ LEZAUN, Juan José, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Barcelona, Bosch, 1999, p. 230.

(24) Como excepción a lo anterior, cabe destacar lo establecido para los procesos por delito privado, donde se requiere de la presentación de querella (no resulta, por tanto, suficiente la denuncia).

(25) En opinión de un sector de la doctrina, que no compartimos, tal decisión adoptada por el Ministerio Fiscal en este punto no resulta revisable por el órgano judicial: BEGUÉ LEZAUN, Juan José, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, cit., p. 230; ARIAS EIBE, Manuel José, «Las agresiones sexuales en el Código Penal español: estado actual de la cuestión», *Actualidad Penal*, 2001, n.º 17, p. 384.

(26) Según MONTALBÁN HUERTAS, María Inmaculada, «Delitos contra la libertad sexual (cuestiones prácticas)», *Jueces para la democracia*, 1998, n.º 32, p. 65, dicha ponderación requiere de la previa audiencia a la víctima, opinión esta que compartimos.

—sin saber a ciencia cierta en qué supuestos resultará de aplicación— para que el Ministerio Público pueda válidamente incoar el proceso penal por infracción semipública cuando la persona agraviada es plenamente capaz[27].

La redacción del artículo 191.1 del Código Penal ha permanecido invariada desde la entrada en vigor de la norma penal actualmente vigente. Por su parte, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, ha continuado por esa senda, y no ha reformado el mencionado artículo 191.1. Sobre el particular, la Ley de Enjuiciamiento Criminal no contiene referencia alguna, dado que en su artículo 105 sólo se alude a la intervención del Fiscal en las causas por los delitos contra la honestidad «cuando se trate de una víctima desvalida o falta de personalidad»[28].

La doctrina dominante[29] contrapone a la hora de fijar los elementos que integran la ponderación exigida en el artículo 191.1 del Código Penal, por un lado, la persecución de unos hechos aparentemente constitutivos de una infracción penal (a modo de interés público); y, por otro, la preservación de la intimidad de la víctima (como un bien de carácter más personal)[30]. Sin embargo, entendemos que precisamente ése es el origen (uno de los orígenes) de la propia existencia de las infracciones penales no perseguibles de oficio, donde la víctima será quien haya de decidir sobre dicho extremo. Por ello, no consideramos plenamente satisfactoria aquella interpretación, pues desplazaría su ámbito decisorio de la víctima a la Fiscalía.

Independientemente de la posición que se mantenga en torno a la cláusula comentada, no queda en ningún caso explicado —aun cuando normalmente se la haya ligado con la esfera íntima a la que afectan dichos supuestos— por qué se ha concedido esta facultad al Ministerio Fiscal sólo en los delitos de agresión, acoso y abuso sexual en que la víctima

---

(27) Un sector de la literatura penal efectúa una valoración positiva en torno a dicha cláusula. Así, MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón, *Comentarios al nuevo Código Penal* (dir.: Quintero Olivares, Gonzalo; coord.: Valle Muñiz, José Manuel), 2.ª ed., cit., p. 303; LAMARCA PÉREZ, Carmen, «La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal», cit., p. 61; CANCIO MELIÁ, Manuel, «Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual», cit., p. 1632. En cambio, merece la dura crítica de QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 4.ª ed., cit., p. 142: «Se trata, salvo mejor opinión, de una muestra de estado paternalista que sólo *cum grano salis* puede ser admitida; por ejemplo, vejaciones sexuales generalizadas (en una institución cerrada), acoso sexual extendido en una empresa, (...) . Fuera de casos análogos, donde la impotencia y el miedo de los agraviados sea moneda común, no parece lícita la intervención del Ministerio fiscal, pues infligirá a la víctima más daño del que se quiere reparar».

(28) Recordemos que el artículo 191.1 *in fine* del Código Penal también se refiere a este supuesto, al establecer lo siguiente: «Cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal».

(29) Tal cuestión ha sido estudiada en LIBANO BERISTAIN, Arantza, *Los delitos semipúblicos y privados: Aspectos sustantivos y procesales*, Barcelona, J.M. Bosch, 2011, pp. 443-451. Con independencia de su análisis en dicha sede, nos gustaría destacar aquí la opinión de ALONSO RIMO, Alberto, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 184-186, 417-423, quien precisamente intenta dotar de una significación restrictiva a dicha cláusula.

(30) Así, por ejemplo, GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, 1.ª ed., cit., p. 179, considera que el «interés que ha de legitimar la interposición por parte del Ministerio Fiscal de una querella, en contra incluso de la voluntad de la ofendida, no puede ser otro sino el *interés público en la prevención de la libertad sexual en tanto bien jurídico, no sólo individual, sino también socialmente relevante*» [Cursiva añadida].

es mayor de edad y capaz. Los chantajes a los que puede verse sometida dicha persona no justifican la interferencia consistente en que el Ministerio Público pueda finalmente tener en sus manos la decisión sobre tal aspecto. Por ello, el argumento de que, ante la desaparición paulatina de los efectos del perdón en esta esfera de la criminalidad, la totalidad de las presiones se concentrarán en el momento inicial del proceso, no deviene motivo suficiente a la hora de legitimar la novedosa intervención del Ministerio Fiscal para que remueva el escollo previsto por el legislador.

Ello obligaría, asimismo, a justificar por qué en los delitos semipúblicos contra la libertad sexual el Ministerio Público tiene en sus manos dicha decisión, y no así en el resto de infracciones penales no perseguibles de oficio (*ex* artículos 161.2, 201.1, 215.1, 228, 267. II, 287.1, 296.1 y 639.I) en que la víctima es una persona mayor de edad y capaz. Quizá el problema final resida en que el legislador de 1995 no se atrevió a dar el paso consistente en convertir los delitos de agresión, abuso y acoso sexual en públicos, y tuvo que acudir al subterfugio previsto en el artículo 191.1 del Código Penal a fin de posibilitar algún tipo de control público sobre tal cuestión.

En nuestra opinión, una vez la víctima mayor de edad y capaz ha mostrado su negativa al comienzo del proceso penal no puede dejarse en manos de la Fiscalía una especie de «comodín» final que le permita, en contra de aquélla, incoar dicho procedimiento. El argumento de que su actividad debería realizarse en forma de querella, a modo de garantía, nos parece insuficiente para intentar dotar de sentido a su intervención. Además, entendemos que dicha facultad carece de límites, por más que se venga diciendo que debería resultar excepcional. Y es que nada impide que se pudiera mantener en la Fiscalía el criterio contrario, convirtiendo así —de hecho, ya que de la letra del Código Penal parece desprenderse otra conclusión— en públicos los delitos de agresión, acoso y abuso sexual con víctima mayor de edad y capaz. Se estaría sustrayendo del monopolio de la víctima la cuestión relativa a la conveniencia de perseguir ese hecho, para dejar la decisión final sobre tal aspecto a la Fiscalía.

Bajo nuestro punto de vista, y dada la literalidad de la ley, la tarea asignada al Ministerio Fiscal ha de consistir en la comprobación de que la decisión adoptada por la víctima en cuanto a la no persecución de tales hechos ha sido tomada de manera voluntaria. A nada más debería extenderse el papel desempeñado por el Ministerio Fiscal en dichos casos cuando tras oír a la víctima se llega a la conclusión de que ésta ha actuado libremente, con independencia de sus razones. Se trata de comprobar así que la voluntad del titular del bien jurídico lesionado no estaba mermada o disminuida. Para concretar el citado ámbito, quizá sirva de soporte inicial el artículo 1265 del Código Civil, previsto en la esfera de los requisitos esenciales para la validez de los contratos. Dicho precepto considera nulo el consentimiento prestado «por error, violencia, intimidación o dolo».

Y es que si el legislador entiende que en estos casos de delitos sexuales —recordemos la gravedad que alcanzan algunas de estas infracciones— la víctima no puede tener en sus manos tan importante decisión, debería modificar su perseguibilidad y convertirlas en públicas. En cualquier caso, nos parece que la introducción de fórmulas como la contenida en el artículo 191.1 del Código Penal, que no se sabe bien cómo interpretar, debe ser una técnica legislativa a erradicar.

De esta manera, pues, los dos pesos ínsitos en toda ponderación quedarían integrados por la decisión de la víctima en punto a la persecución o no de dicho hecho con apariencia de delito de los contemplados en los artículos 178-184 del Código Penal. Sólo a ella le compete dicha decisión y el Ministerio Público habrá de velar únicamente por que la víctima al decantarse por una de las dos opciones de que goza haya actuado de manera libre. Lógicamente dicha decisión la debería poder tomar la víctima de un delito de agresión, abuso o acoso sexual habiendo sido informada de los aspectos básicos, pero más relevantes para su persona, que conlleva la sustanciación de un proceso penal. Y es que se trata de evitar en la medida de lo posible la denominada victimización secundaria consecuencia del mismo devenir procesal.

## 2. El desarrollo del proceso penal

Se ha planteado en la esfera de los procesos penales por agresión, abuso o acoso sexual con especial intensidad el tema relativo a la posibilidad, una vez removido el escollo inicial, de que la acusación popular se muestre como parte procesal. Se constata la división de la doctrina en relación con esta cuestión. Sin embargo, las opiniones que habitualmente dan los autores se limitan a admitir o negar dicha posibilidad, sin ofrecer razonamiento alguno sobre tal parecer. Por nuestra parte, entendemos que una vez incoado válidamente el proceso penal por infracción semipública no han de existir ulteriores restricciones en lo que respecta al ejercicio de la acción penal.

A tal efecto, consideramos que el único escollo que pudiera alegarse para la admisión de la acción popular en tales casos lo constituye la literalidad del término «ciudadano» previsto en el artículo 125 de la Constitución[31]. Resulta innegable que inicialmente dicha institución se reconocía en exclusiva a las personas físicas, pero a día de hoy su utilidad quedaría muy mermada si se denegara su ejercicio por personas jurídicas[32]. En esta línea, actualmente resulta opinión más bien pacífica en la doctrina y jurisprudencia la admisión de la extensión del vocablo «ciudadano» tanto a la esfera de las personas físicas como también a la de las jurídicas (en principio, privadas). Si se parte de esta premisa, no encontramos fundamento alguno para negar el ejercicio de la acción a la acusación popular en las infracciones penales semipúblicas. En suma, bajo nuestro punto de vista, y si se comparte la premisa anterior, el acusador popular, una vez presentada la denuncia por persona facultada para ello, puede intervenir en dicho proceso penal.

Pero incluso se encuentran posiciones aún más permisivas con respecto a la intervención de la acusación popular en tales infracciones penales. Así, se ha llegado a plantear la posibilidad de que una asociación (por ejemplo, para la defensa de los derechos de mujeres que han sufrido un delito de violación) pudiera ejercitar la acción penal popular sin la pertinente denuncia de la persona agraviada, es decir, pudiera con su actuación incoar el proceso penal. En este sentido, OROMÍ VALL-LLOVERA se cuestiona la admisibilidad de dicha opción: «Por un lado, parece que la respuesta debe ser negativa, pues, para iniciar

(31) Dicho precepto constitucional dice así: «Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular (...)».

(32) Para un estudio detallado de la cuestión, puede consultarse PÉREZ GIL, Julio, *La acusación popular*, Granada, Comares, 1998, pp. 363-413.

un proceso penal por violación se requiere la previa denuncia del ofendido. Por otro lado, sin embargo, si el perjudicado no presenta dicha denuncia, como sucede habitualmente a causa del miedo y desequilibrio que este delito ocasiona a la víctima, ¿por qué no puede admitirse que la mencionada asociación presente acción popular en defensa de la legalidad y de los intereses generales, si se reúnen todas las condiciones y requisitos necesarios para su ejercicio?»[33]. Por su parte, BANACLOCHE PALAO disiente del planteamiento mostrado por la mencionada autora y considera que «la solución para estos casos (...) podría más bien estar en la modificación legal de la condición de semipúblicos de este tipo de delitos, o en permitir que el Fiscal también pueda actuar contra esos comportamientos (como de hecho ya está previsto en la legislación penal española)»[34].

En conclusión, consideramos que se han de distinguir dos ámbitos en relación con la intervención de la acusación popular en los procesos por infracciones penales semipúblicas. Así, en primer lugar, nos parece que, si se admite la premisa anteriormente mencionada («ciudadano» = persona física+persona jurídica), no existe razón alguna para negar la acción *quivis ex populo*, eso sí, siempre que la víctima haya presentado previamente denuncia. En cambio, creemos que la acción popular no puede servir para incoar el proceso penal por infracción semipública, dado que justamente la característica que distingue estos delitos y faltas semipúblicos de los perseguibles de oficio es la exigencia (como mínimo) para poner en marcha el proceso penal de denuncia del titular del bien jurídico vulnerado.

## 3. La conclusión del proceso penal: la ineficacia jurídica del perdón

La progresiva eliminación de los efectos jurídicos del perdón[35] en los delitos sexuales semipúblicos se pone de relieve en el momento en que la Ley Orgánica 8/1983 suprimió de su radio de acción el delito de violación[36]; la Ley Orgánica 3/1989 continuó dicha senda y dejó sin efectos jurídicos el perdón en el resto de las infracciones penales sexuales. Por su parte, el Código Penal de 1995 ha mantenido dicha situación y el artículo 191.2 del Código Penal vigente establece en relación con los delitos de agresiones, acoso o abusos

(33) OROMÍ VALL-LLOVERA, Susana, *El ejercicio de la acción popular*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 84 y 85.

(34) BANACLOCHE PALAO, Julio, «La acusación popular en el proceso penal: Propuestas para una reforma», *Revista de Derecho Procesal*, 2008, pp. 23 y 24, nota 22.

(35) Para un estudio detallado de la institución, pueden consultarse los siguientes trabajos de MARTÍN RÍOS, María del Pilar: «Cuestiones procesales problemáticas en torno al perdón del ofendido», *Revista de Derecho Procesal*, 2009, pp. 705-723 y, «Cuestiones procesales en torno al perdón del ofendido: Estado de la cuestión tras la LO 15/2003 y la LO 5/2010», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2010, n.º 24, pp. 31-43.

(36) A partir de entonces y hasta la Ley Orgánica 3/1989, los apartados IV a VI del artículo 443 del Código Penal anterior disponían lo siguiente: «En los delitos de abusos deshonestos, estupro y rapto, el perdón del ofendido, mayor de edad, o el del representante legal o guardador de hecho del menor de edad o incapaz, que se produzca antes de que recaiga sentencia en la instancia, extingue la acción penal.

Dicho perdón necesitará, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente. Cuando lo rechazare, a su prudente arbitrio ordenará que continúe el procedimiento, representando al menor o incapaz, en su caso, el Ministerio Fiscal.

En el delito de violación el perdón del ofendido, mayor de edad, o el del representante legal o guardador de hecho del menor de edad o incapaz, no extingue la acción penal».

sexuales que «el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase».

Sin embargo, tal referencia resultaba innecesaria[37], dado que el artículo 130.1.5.º de la ley penal —precepto insertado entre las disposiciones generales del Código Penal— exige, a diferencia del anterior artículo 25.I del Código Penal derogado[38], previsión legal expresa para que el perdón ostente virtualidad jurídica.

## III. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO RIMO, Alberto, *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

ARIAS EIBE, Manuel José, «Las agresiones sexuales en el Código Penal español: estado actual de la cuestión», *Actualidad Penal*, 2001, n.º 17, pp. 343-390.

ASÚA BATARRITA, Adela, «Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico», en *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Vitoria, Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer, 1998, pp. 45-101.

BANACLOCHE PALAO, julio, «La acusación popular en el proceso penal: Propuestas para una reforma», *Revista de Derecho Procesal*, 2008, pp. 9-54.

BEGUÉ LEZAUN, Juan José, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Barcelona, Bosch, 1999.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* (coord.: Gracia Martín, Luis), 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

CANCIO MELIÁ, Manuel, «Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual», *Revista "La Ley"*, n.º 4181 de 5 de diciembre de 1996, ref. D-366, pp. 1626-1633.

DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio, «Agresión, abuso y acoso sexual en el Código penal de 1995», *Actualidad Penal*, 1996, n.º 32, pp. 597-615.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El Derecho Penal ante el sexo*, Barcelona, Bosch, 1981.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La protección de la libertad sexual*, Barcelona, Bosch, 1985.

FUENTES SORIANO, Olga, «La iniciación *cuasi pública* de los procesos por delitos sexuales», en *Derecho Penal y discriminación de la mujer-Anuario de Derecho Penal 1999-2000* (dir.: Hurtado Pozo, José), Lima-Friburgo (Suiza), Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad de Friburgo, 2001, pp. 273-289.

GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, 1.ª ed., Madrid, Colex, 2004.

LAMARCA PÉREZ, Carmen, «La protección de la libertad sexual en el nuevo Código penal», *Jueces para la Democracia*, 1996, n.º 27, pp. 50-61.

(37) Como botón de muestra, véase BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* (coord.: Gracia Martín, Luis), 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 353.

(38) El mencionado artículo 25.I del Código Penal derogado establecía lo siguiente: «El perdón de la parte ofendida no extingue la acción penal. Se exceptúan los delitos que sólo pueden ser perseguidos mediante denuncia o querella del agraviado, salvo disposición contraria de la Ley».

LIBANO BERISTAIN, Arantza, *Los delitos semipúblicos y privados: Aspectos sustantivos y procesales*, Barcelona, J.M. Bosch, 2011.

MARCOS AYJÓN, Miguel, «Una nueva concepción del principio de oportunidad: la denuncia en el Código Penal de 1995», *Tribunales de Justicia*, 1997, n.º 6, pp. 643-659.

MARTÍN RÍOS, María del Pilar, «Cuestiones procesales problemáticas en torno al perdón del ofendido», *Revista de Derecho Procesal*, 2009, pp. 705-723.

MARTÍN RÍOS, María del Pilar, «Cuestiones procesales en torno al perdón del ofendido: Estado de la cuestión tras la LO 15/2003 y la LO 5/2010», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2010, n.º 24, pp. 31-43.

MATALLÍN EVANGELIO, Ángela, *El nuevo delito de acoso sexual*, Valencia, Revista General del Derecho, 2000.

MONTALBÁN HUERTAS, María Inmaculada, «Delitos contra la libertad sexual (cuestiones prácticas)», *Jueces para la democracia*, 1998, n.º 32, pp. 65-70.

MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón, *Comentarios al nuevo Código Penal* (dir.: Quintero Olivares, Gonzalo; coord.: Valle Muñiz, José Manuel), 2.ª ed., Pamplona, Aranzadi, 1999.

ORAÁ GONZÁLEZ, Javier, «Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual. Primeras notas críticas», *Revista "La Ley"*, n.º 4044, de 27 de mayo de 1996, ref. D-186, pp. 1343-1350.

OROMÍ VALL-LLOVERA, Susana, *El ejercicio de la acción popular*, Madrid, Marcial Pons, 2003.

PÉREZ GIL, julio, *La acusación popular*, Granada, Comares, 1998.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 4.ª ed., Barcelona, Atelier, 2002.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, «El delito de acoso sexual», *Poder Judicial*, 3.ª época, 1997 (II), n.º 46, pp. 287-326.

# NOVEDADES LEGISLATIVAS EN MATERIA DE DECOMISO Y RECUPERACIÓN DE ACTIVOS

Francisco Jiménez-Villarejo Fernández [1]

*Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Penal y*
*Director del Centro de Estudios de Derecho Penal*
*Universidad de Talca (Chile)*
*rcarnevali@utalca.cl*

## RESUMEN

**Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos**

La transposición de la Decisión Marco relativa al decomiso del producto, instrumentos y bienes relacionados con el delito, de 25 de febrero de 2005, que inspira la aproximación de los instrumentos legales contemplando el decomiso ampliado a lo largo de los Estados miembros de la Unión Europea, juega un papel importante en la actual política criminal nacional en la lucha contra la criminalidad organizada mediante la privación de los productos, así como los instrumentos del delito a los delincuentes, como una realización del concepto «que el delito no resulte provechoso». Aunque el reconocimiento mutuo es uno de los principios básicos establecidos en el Tratado de Lisboa para la cooperación internacional, la implementación a nivel nacional y posterior aplicación de las Decisiones Marco 2003/577/JAI y 2006/783/JAI permanece incompleta como consecuencia de una falta de claridad y coherencia en los textos y su cohabitación con convenios de asistencia mutua. Este artículo analiza las novedades de la legislación española en decomiso desde un punto de vista material y procesal, en concreto la Ley 4/2010 para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso y la transposición a la normativa nacional de la Decisión de 2007 sobre las Oficinas de Recuperación de Activos (AROs).

**Palabras clave:** Decomiso, crimen organizado, decomiso ampliado, confiscación civil, investigación patrimonial, reconocimiento mutuo, asistencia mutua, recuperación de activos, AROs.

## ABSTRACT

**Spanish legal novelties on confiscation and assets recovery in the fight against organised crime**

The implementation of the Framework Decision on Confiscation of Crime-Related Proceeds, Instrumentalities and Property of 25 February 2005, which commands harmonisation throughout the European Union Member States of legal instruments covering extended powers of confiscation, play important part in the current domestic policy of fighting organized crime by depriving offenders of the proceeds as well as instrumentalities of crime, as a fulfillment of the 'crime does not pay' concept. Despite mutual recognition is one on the basis principles established in the Treaty of Lisbon for the International Cooperation, implementation at national level and later application remains incomplete with regard to Framework Decisions 2003/577/JHA and 2006/783/JHA as a result of a lack of clarity and coherence in the texts and the cohabitation with mutual legal assistance conventions. This paper analyses the novelties of the Spanish legislation on confiscation from a substantive and procedural perspective, in particular our law No. 4/2010 on the application of the principle of mutual recognition to confiscation orders and the national transposition of the AROs 2007 Council Decision.

**Key Words:** Confiscation, organized crime, extended powers of confiscation, civil confiscation, patrimonial investigation, mutual recognition, mutual legal assistance, recovering assets, AROs.

---

(1) Fiscal Delegado de la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada en la Fiscalía Provincial de Málaga y punto de contacto de la Red Judicial Europea.

## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: UNA NUEVA ESTRATEGIA EN LA LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA.

II. NUEVA REGULACIÓN DE LOS DELITOS DE ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES.

III. EL DECOMISO EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL.

IV. RECONOCIMIENTO MUTUO DE LAS RESOLUCIONES DE DECOMISO EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA.

V. ANÁLISIS DE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DECISIÓN MARCO 2006/783/JAI EN NUESTRA LEY 4/2010, DE 10 DE MARZO.

**1. Autoridades competentes.**

A) Autoridades judiciales de emisión españolas.
B) Autoridades judiciales de ejecución españolas.
C) Papel de la autoridad central.
D) Intervención del Ministerio Fiscal.

**2. Transmisión por las autoridades judiciales españolas de una resolución de decomiso para su ejecución en otro estado miembro de la UE.**

A) Documentación y modo de transmisión.
B) Transmisión a más de un Estado.
C) Transformación del decomiso.
D) Terminación de la ejecución. Reparto de gastos.

VI. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES DE DECOMISO DICTADAS POR UNA AUTORIDAD JUDICIAL DE OTRO ESTADO MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA

**1. Aplicación del principio de doble incriminación.**
**2. Reconocimiento y ejecución.**
**3. Denegación del reconocimiento y ejecución.**

VII. OFICINAS DE RECUPERACIÓN DE ACTIVOS.

## I. INTRODUCCIÓN: NUEVA ESTRATEGIA EN LA LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

Durante demasiado tiempo la atención del proceso penal y los esfuerzos de la política criminal giraron en torno a su elemento punitivo del delito. El objetivo del proceso penal era lograr la imposición de penas a los delincuentes, generalmente privativas de libertad, y

estaba dirigido, en esencia, a la sanción del delito y, no tanto, a la recuperación de los activos ilícitamente obtenidos por aquellos. Al producto del delito se llegaba, al final, tras la investigación de los hechos criminales y como consecuencia lógica de dicha investigación criminal, siendo inusual que el itinerario investigador y procesal fuera el inverso.

Hay que reconocer que, a diferencia del importante papel que tenía la confiscación en la legislación aduanera, hasta hace relativamente poco tiempo el decomiso merecía escasa atención en nuestro Derecho Penal y era materia por desarrollar en el Derecho Procesal Penal. De ahí que su referencia en escritos de acusación y sentencias penales fuera, puramente formal, casi una coletilla en los escritos de acusación y en las sentencias. Afortunadamente, bajo la influencia del modelo norteamericano(2) y siguiendo las medidas preconizadas desde instrumentos internacionales(3), este escenario está cambiando y podemos comprobar cómo desde las Instituciones Comunitarias, profundamente preocupadas por la lucha contra las diferentes manifestaciones de la criminalidad organizada, se viene atribuyendo una gran relevancia a la localización, seguimiento, incautación y confiscación, no solo dentro de las fronteras de cada Estado, sino también en la dimensión transfronteriza del decomiso de bienes de origen delictivo. Así, la Unión Europea fijó como objetivo en el programa de la Haya(4), y lo ha consolidado en el de Estocolmo(5), una línea de trabajo dirigida a estrangular financiera y patrimonialmente a las organizaciones criminales hasta conseguir su *«muerte civil»*.

Incidiendo en el principio de *«que el delito no resulte provechoso»* y teniendo en cuenta que la criminalidad organizada existe y actúa, esencialmente, por ánimo de lucro, la Comisión de la Unión Europea resume, en un lúcido comunicado(6), la legislación puesta en marcha subrayando la importancia del decomiso y la recuperación de bienes de origen delictivo como las herramientas más eficaces en la lucha contra dicha manifestación criminógena a fin de reducir su influencia y producir un efecto disuasorio.

Utilizando un símil militar, la lucha contra la criminalidad organizada, en vez de basar únicamente su estrategia en hacer el mayor número de prisioneros de guerra, debería, considerar igualmente, el ataque de los centros logísticos del enemigo, inutilizando los suministros de las tropas enemigas. Con ello, conseguiríamos una mayor eficacia en el resultado final deseable, que no es otro que la erradicación de la criminalidad organizada, al tiempo que se optimizarían nuestros propios recursos materiales y humanos. En ese sentido, la lo-

---

(2) Prof. Dr. J.A.E. VERVAELE, Catedrático de Derecho penal económico y financiero, Facultad de Derecho de Utrecht, en el artículo doctrinal «El embargo y la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el Derecho de los Estados Unidos».

(3) En primer lugar el artículo 5 del Convenio de UN firmado en Viena de 1988, sobre confiscación de los beneficios de la droga.

(4) Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2005, *Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia* [COM (2005) 184 final – Diario Oficial C 236 de 24.9.2005].

(5) Programa de Estocolmo: *Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano* (DOUE C 115/01, 4.5.2010).

(6) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 20 de noviembre de 2008, *Productos de la delincuencia organizada: garantizar que «el delito no resulte provechoso»* [COM (2008) 766 final – no publicada en el Diario Oficial].

calización, el seguimiento, la incautación o embargo provisional y la final confiscación de los medios, instrumentos y productos del delito, probablemente sea la mejor y más efectiva manera de combatir el crimen organizado mermando, de manera inexorable, su capacidad operativa. A todo ello se debe sumar el valor añadido que supone la posibilidad de poner los recursos y activos decomisados al servicio del Estado de Derecho aumentando sus medios para ganar esta compleja y pertinaz guerra.

Como acertadamente destaca la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 4/2010, de 23 de diciembre, en la actualidad, la investigación patrimonial tiene especial interés en el ámbito del proceso penal por los siguientes motivos: en primer lugar, porque es necesaria para asegurar el pago de las genéricamente denominadas responsabilidades pecuniarias, que incluyen la responsabilidad civil —*ex delicto*— derivada de la infracción penal, las costas procesales y la multa; en segundo lugar, porque a través de la concreción de determinados flujos y movimientos patrimoniales se pueden obtener los elementos probatorios de la realización de diversas infracciones; y, en tercer lugar, porque la investigación criminal, en ocasiones, estará orientada a la localización de bienes relacionados con la actividad delictiva, con el objetivo de proceder a su incautación, actuación que constituye un instrumento de primer orden para hacer frente a diversas manifestaciones delictivas, en particular a las realizadas por grupos organizados, por cuanto incide directamente en las ganancias ilícitamente obtenidas con las que éstos se financian. La primera de las indicadas finalidades tiene por objeto la localización de bienes de origen lícito para el afianzamiento de las expresadas responsabilidades pecuniarias, mientras que las dos últimas constituyen la investigación del patrimonio relacionado con la actividad criminal[(7)].

El contenido de la confiscación, y las medidas de aseguramiento que le preceden, ha desplazado el acento, en muchos sistemas legales de nuestro entorno, de su inherente y relativamente sencilla finalidad de conservación de elementos probatorios, característica y propia del *instrumentum sceleris* y del *objetum sceleris* [(8)], hacia la más compleja finalidad de obtener y recuperar la propiedad de los bienes procedentes de las ganancias del delito

(7) Pese a que en ocasiones puede existir un solapamiento, entre las actuaciones de investigación patrimonial orientadas a la realización de la responsabilidad civil derivada del delito y las dirigidas a la determinación de los bienes relacionados con la actividad delictiva, nuestra jurisprudencia, desde la STS núm. 56/1997, de 20 de enero, ha señalado que el comiso de los instrumentos y de los efectos del delito que constituía una «pena accesoria» en el antiguo artículo 48 del CP de 1973, se configura en el nuevo Código Penal como una «consecuencia accesoria» de la pena (artículo 127 CP de 1995). En cualquier caso, *«en ambos Códigos, por tanto, es cosa distinta de la responsabilidad civil "ex delicto"* (…). *La responsabilidad civil constituye una cuestión de naturaleza esencialmente civil, con independencia de que sea examinada en el proceso penal, y nada impide que, por ello, su conocimiento sea deferido, en su caso, a la jurisdicción civil. El comiso, por el contrario, guarda una directa relación con las penas y con el Derecho sancionador, en todo caso, con la lógica exigencia de su carácter personalista y el obligado cauce procesal penal para su imposición».* Hasta la más reciente STS núm. 202/2007, de 20 de marzo, en el mismo sentido expresa que los decomisos sólo podrán considerarse correctos si los bienes decomisados hubieran sido adquiridos con dinero procedente en su totalidad del delito (...), bien directamente, bien indirectamente, esto es, a través de las transformaciones que hubiera podido experimentar ese dinero ilícito como consecuencia de negocios y operaciones posteriores (decomiso subrogatorio).

(8) Siguiendo la clasificación tradicional en la materia que distingue entre la aprehensión-confiscación de los instrumentos con los cuales ha sido cometida la infracción (*instrumentum sceleris*), del objeto del delito (*objetum sceleris*) y del producto y los beneficios del delito (*productum sceleris*). Como subraya GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, profesor de la Universidad Complutense en «Mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales en la Unión Europea y decomiso de bienes», en la normativa supranacional, como en nuestro ordenamiento jurídico, estas tres figuras reciben un tratamiento unitario, si bien en los sistemas jurídicos germánicos se distingue entre *Einziehung*, en relación con las

(*productum sceleris*). Con ello, se ha introducido una investigación independiente y separada de la causa principal en la que se aceptan, incluso, excepciones a las reglas procesales que rigen el proceso principal (como la alteración de la carga de la prueba). La *confiscation order* en otros sistemas legales, como los de *common law*, alcanza un carácter reparatorio y preventivo en su pretensión de evitar que volvieran a ser utilizados para la comisión de nuevas infracciones, que, por diluir su naturaleza sancionadora, no forma ya necesariamente parte de la pena impuesta en la sentencia definitiva a ejecutar [(9)].

En cumplimento de esta estrategia europea, se va abriendo paso en nuestro país una nueva regulación del decomiso armonizada desde el punto de vista material y basada en el principio de reconocimiento mutuo y libre circulación de las resoluciones judiciales que acuerden embargos y ulteriores decomisos en su dimensión transnacional. Prueba de ello la podemos encontrar en la reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la ley de implementación de la Decisión marco de ejecución de resoluciones judiciales de decomiso, ambas aprobadas durante el año 2010. La reforma vino de mano de la LO 5/2010, de 22 de junio[(10)], que introduce una extensa reforma en el Código Penal de 1995, basada, en gran medida, en la aproximación normativa impulsada desde la construcción del espacio judicial europeo, de ahí que su disposición final sexta, referida a la *«incorporación de Derecho de la Unión Europea»* expresamente relaciona la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, que ha dado lugar a la reforma del artículo 127 del Código Penal, si bien, incomprensiblemente, olvida mencionar la Decisión Marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre, del Consejo de la Unión Europea sobre la Lucha contra la Delincuencia Organizada, entre los nueve instrumentos que menciona en relación con los nuevos delitos de grupos y organizaciones criminales. Por otro lado, la Ley 10/2010, de 10 de marzo[(11)], para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso, de naturaleza procesal y que persigue facilitar el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras de decomiso en condiciones de igualdad a las nacionales, utilizando para ello el principio de reconocimiento mutuo.

Finalmente, coincidiendo con estas novedades de la normativa sustantiva y procesal, y como consecuencia de las exigencias prácticas de éstas y las recomendaciones de Bru-

---

dos primeras manifestaciones —para referirse al decomiso de los efectos e instrumentos delictivos— y *Verfall* —para designar la privación de las ganancias ilícitas—.

(9) En ese sentido el Auto de 19 de julio de 2010, dictado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el Expediente 4bis/2010, procedente del Exhorto internacional del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Marbella en relación con la orden de confiscación de bienes dictada por un Tribunal de Nueva York en resolución diferente y separada de la propia sentencia, considera que a la ejecución de ésta en España sería de aplicación la regla competencial del artículo 65.2 de la LOPJ que lo atribuye a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, aclarando, definitivamente, la inicial duda surgida en el marco de la asistencia mutua tradicional, ya que en el nuevo sistema surgido del reconocimiento mutuo la competencia correspondería al Juzgado de lo Penal del lugar donde radiquen los bienes o resida la persona afectada, de acuerdo con el nuevo apartado 4 del artículo 89 bis de la LOPJ reformada por la Ley Orgánica 3/2010, de 10 de marzo.

(10) BOE núm. 152, miércoles 23 de junio de 2010.

(11) BOE núm. 61, jueves 11 de marzo de 2010.

selas[12], se ha previsto la creación de una nueva estructura organizativa para facilitar la localización y recuperación de activos, en lo que se ha dado en denominar las Oficinas de Recuperación de Activos (AROs). Así, el nuevo artículo 367 septies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducido en el apartado tercero de la mencionada disposición final sexta de la LO 5/2010, igualmente en relación con actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal (no con la generalidad de los delitos), encomienda su localización, conservación, administración y realización a una Oficina de Recuperación de Activos que, actuando por decisión y supervisión de la autoridad judicial, tendrá la consideración de Policía Judicial y que actualmente se encuentra pendiente de desarrollo reglamentario.

## II. NUEVA REGULACIÓN DE LOS DELITOS DE ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES

El limitado ámbito material del novedoso decomiso ampliado y de la proyectada oficina de recuperación de activos vinculados a los delitos relacionados con la criminalidad organizada ha exigido del legislador español abordar, finalmente, la esperada e inaplazable reforma del Código Penal en esta materia. De ahí que merezca la pena hacer un breve repaso del alcance de ésta.

En efecto, como respuesta a necesidades de política criminal de primer orden que exigen combatir adecuada y eficazmente las distintas manifestaciones de la criminalidad organizada y como muestra de la colonización normativa inherente a los compromisos internacionales, entre las novedades más relevantes introducidas por la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se encuentra la creación un régimen punitivo más riguroso en el nuevo Capítulo VI en el Título XXII del Libro II, que comprende los artículos 570 bis, 570 ter y 570 quáter, bajo la rúbrica *«De las organizaciones y grupos criminales»*. Con esta nueva regulación se pretende superar el actual marco normativo, en el que el delito de asociación ilícita, recogido en el artículo 515 del Código Penal[13], resultaba a todas luces inidóneo para castigar los fenómenos de criminalidad organizada, dado su insuficiente e insatisfactoria definición típica y consecuente déficit de taxatividad. Como señala LUZÓN CANOVAS, María[14], no existiendo hasta ahora ningún otro tipo penal del que echar mano para hacer frente a la criminalidad orga-

(12) Decisión 2007/845/JAI del Consejo, de 6 de diciembre de 2007, sobre cooperación entre los organismos de recuperación de activos de los Estados miembros en el ámbito del seguimiento y la identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito.

(13) Sistemáticamente situado dentro del Título XXI , de «Delitos contra la Constitución» en el Capítulo IV «De los Delitos relativos al ejercicio de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas», en sintonía con su origen histórico que se remonta a nuestro primer Código Penal de 1822, donde junto a la criminalidad común «De las cuadrillas de malhechores, y de los que roban caudales públicos o interceptan correos o hacen daños en bienes o efectos pertenecientes al Estado o al común de los pueblos» tipificaba «las facciones y parcialidades, y de las confederaciones y reuniones prohibidas», castigando tanto las organizaciones criminales («cuadrillas de malhechores»), como las asociaciones que, no siendo propiamente criminales, perseguían «cualquier otro objeto contra el orden público» (como sociedades secretas, masones, etc.) contrarias o alejadas de los objetivos del Estado.

(14) LUZÓN CANOVAS, María, «La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales», publicado en la *Revista-La Ley* de julio de 2011.

nizada, la conocida «asociación ilícita», amplió forzadamente sus contornos, pasando a ser una especie de «cajón de sastre»[15]. Si este remedio no se compadece con los principios del Derecho penal, menos aún su utilización cuando no era posible comprobar los delitos finales cometidos. Por ello, la utilización extensiva del delito de la asociación ilícita se fue corrigiendo en una jurisprudencia que limitaba su aplicación a la modalidad de asociación para delinquir vinculada al terrorismo o a la perturbación del orden público y la subversión del orden constitucional. De ahí que la nueva regulación, vigente desde diciembre de 2010, viene a delimitar la aplicación adecuada de la asociación ilícita en convivencia con los nuevos tipos de organización y grupo criminal[16].

Hasta ahora, la Instrucción 4/2006 de la Fiscalía General del Estado, sobre atribuciones y organización de la Fiscalía Especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción y sobre la actuación de los Fiscales especialistas en delincuencia organizada, nos proporcionaba un concepto de delincuencia organizada a partir de las definiciones asumidas por algunas disposiciones legales internas (artículo 282 bis, apartado 4, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), por los Convenios Internacionales de los que España es parte y por la jurisprudencia de nuestros tribunales, basado en la concurrencia de cuatro elementos cardinales: a) pluralidad de personas; b) estructura interna, establecida normalmente en torno a la existencia de criterios de jerarquía (también disciplina) interna y división o distribución funcional; c) vocación de cierta permanencia temporal, y d) actuación concertada o «voluntad colectiva» en la comisión de delitos[17].

En el marco normativo supranacional, verdadero impulsor y promotor de las iniciativas nacionales en esta materia, podemos encontrar definiciones de *«organización delictiva»* y de *«asociación estructurada»* en dos relevantes instrumentos internacionales. En primer lugar, cronológicamente hablando, nos encontramos con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000[18]. A nivel de la Unión Europea, la Decisión Marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre, del Consejo de la Unión Europea sobre la Lucha contra la Delincuencia Organizada[19], que persigue la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en la lucha contra

(15) La STS 1075/2006, de 23 de octubre, consideraba que un grupo de «descuideras» no puede ser considerado asociación ilícita, porque este concepto entronca con el derecho de asociación constitucionalmente reconocido y porque bajo esa rúbrica se han ubicado hechos tan relevantes como las organizaciones terroristas, de manera que el principio de proporcionalidad impide su aplicación a la pequeña delincuencia insidiosa.

(16) En un ejercicio de interpretación auténtica el legislador, en el Apartado XXVIII del Preámbulo de la LO 5/2010, nos ofrece un criterio de distinción entre la existente y mantenida asociación ilícita y las nuevas formas de agrupación criminal. Así, partiendo de la incapacidad del delito de asociación ilícita «para responder adecuadamente a los diferentes supuestos de agrupaciones y organizaciones criminales», señala que «*Las organizaciones y grupos criminales no son realmente "asociaciones" que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad*».

(17) En la línea jurisprudencial mantenida en numerosas sentencias, entre otras las SSTS 326/2010, de 13 de abril; 480/2009, de 22 de mayo; 50/2007, de 19 de enero y, por todas, la STS núm. 415/2005, de 23 marzo.

(18) Firmada por España el día 13 de diciembre de 2000 y cuya ratificación se produjo mediante Instrumento de 1 de septiembre de 2003.

(19) L 300/42, Diario Oficial de la Unión Europea 11.11.2008 cuya transposición se realiza en la LO 5/2010, de 22 de junio, aunque su disposición final sexta no la mencione.

la delincuencia transfronteriza, a fin de evitar el efecto llamada de los sistemas legales más benévolos o con lagunas en esta normativa.

En la nueva versión del Código Penal de 1995, actualizado en la LO 5/2010, por un lado, el artículo 570 bis ofrece una definición auténtica de **organización criminal** al establecer, en el párrafo segundo del apartado 1, que *«se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas»*, destacando, en dicha figura delictiva, la nota de permanencia y estabilidad en el concepto de organización, de modo que la unión no ha de ser esporádica sino que ha de tener duración en el tiempo y debe estar vinculada por lazos estables o permanentes. Debemos destacar que el legislador español ha ido más allá de lo establecido en los textos internacionales, extendiendo el ámbito de aplicación de este delito no sólo a la comisión de delitos graves y menos graves, sino también a la comisión reiterada de faltas, por ser la lucha contra este tipo de pequeña delincuencia una de las finalidades político-criminales de la reforma.

El legislador define las conductas típicas de la organización criminal distinguiendo dos clases de autores merecedores de distinto reproche penal. Así, se diferencia la responsabilidad penal de los que promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren[(20)] la organización, frente a los que meramente participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma[(21)].

En cuanto a los subtipos agravados el artículo 570 bis del Código Penal, en su apartado segundo, establece, en función de las características de la organización, los siguientes:

a) Cuando la organización esté formada por un elevado número de personas.
b) Cuando la organización disponga de armas o instrumentos peligrosos.
c) Cuando la organización disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o de transporte.
d) Especial gravedad y naturaleza del delito planificado.

Recogiendo la definición de «asociación estructurada» del artículo 1 de la Decisión Marco 2008/841/JAI y del «grupo estructurado» del artículo 2 del Convenio de Palermo

(20) Hasta ahora la jurisprudencia ha calificado la conducta como de dirección, cuando el sujeto posea capacidad de adopción autónoma de decisiones (SSTS 31-3-2010 y 21-01-2009).

(21) El artículo 2 de la Decisión Marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre, sobre delincuencia organizada, incluye la participación activa entre las conductas relacionadas con una organización delictiva, si bien remite a las legislaciones domésticas para su concreta tipificación, señalando entre las conductas que han de ser tipificadas por los Estados la facilitación de información o de medios materiales, el reclutamiento de nuevos participantes, así como toda forma de financiación de sus actividades. En ese sentido la STS de 31-03-2010 aclara que: «*los integrantes de la banda, organización o grupo —que se suelen denominar miembros activos— son las personas que intervienen activamente en la realización de sus objetivos, esto es, la comisión de delitos de manera organizada. La intervención activa no equivale tanto a la futura autoría o coparticipación en los delitos, sino más bien ha de hacerse equivalente a cualquier intervención causal relevante y dolosa en el proceso de preparación y ejecución de alguno de ellos. Así será integrantes —miembros activos— los autores de los delitos que la banda, organización o grupo lleven a cabo, los partícipes de los mismos y también los que intervienen en su preparación, e igualmente las conductas de encubrimiento cuando revelen un carácter permanente*».

y como una figura de carácter residual frente al de organización criminal, el Código Penal define residualmente el **grupo criminal** en el artículo 570 ter 1 *in fine* del Código Penal como la unión *(«formación no fortuita»)* de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas. Basta, pues, la no concurrencia de uno de los elementos estructurales del tipo de organización delictiva, para que nos encontremos ante un grupo criminal. Por otro lado, el artículo 570 ter CP distingue la respuesta punitiva a partir de la naturaleza y gravedad de las infracciones criminales que el grupo pretenda cometer.

## III. EL DECOMISO EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

El desarrollo normativo de la institución del comiso surge de la lucha contra el narcotráfico, con la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código penal. El Código penal de 1995 reproduce, en los artículos 127 y 374, la normativa anterior de los artículos 48 y 344 bis.c) del Código penal de 1973, sin embargo, fue con ocasión de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, cuando, siguiendo las directrices supranacionales, se modificó el ámbito y alcance del comiso, incorporando a nuestro ordenamiento jurídico importantes innovaciones como la extensión del comiso a los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado el delito así como a las ganancias provenientes de éste, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar, incluso si se hubieran transmitido a un tercero, salvo que éste los hubiera recibido legalmente de buena fe. También se incorporó la posibilidad de que, con carácter subsidiario, se decrete el comiso de otros bienes de los criminalmente responsables por el valor equivalente al de aquellos cuyo decomiso no fuera posible, o la de acordar dicha consecuencia accesoria, aun cuando no se impusiere pena alguna, en los casos de exención o extinción de la responsabilidad criminal, siempre que se demuestre la situación patrimonial ilícita.

Como consecuencia de la última y relevante reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, además de incorporar en el artículo 127 CP[22] un nuevo apartado en que se prevé la posibilidad de acordar el comiso, dentro de ciertos límites punitivos, en el caso de delitos imprudentes, el legislador español ha implementado de nuevo una de las posibilidades u opciones de decomiso ampliado reguladas en la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero, *relativa al decomiso de productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito*, a fin de conseguir una eficaz lucha contra la delincuencia organizada. Para facilitar la aplicación del comiso ampliado, se establece la presunción de considerar que proceden de actividades delictivas aquellos patrimonios cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o delito de terrorismo.

(22) La nueva regulación general del comiso sigue recogida en el artículo 127 CP, cuyas normas ubicadas en el Libro I del Código Penal, son también de aplicación a los supuestos de comiso previsto en la parte especial del citado texto legal (artículos 319, 374, 385 bis y 431) y en las leyes especiales (artículo 5 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando), sin perjuicio de la aplicación preferente de estas normas por razón de la especialidad si existe contradicción entre unas y otras.

La citada Decisión Marco 2005/212/JAI establece, en su artículo 3.2, que cada Estado miembro tomará las medidas necesarias para que se pueda proceder al decomiso, ofreciendo para ello tres opciones en las que se amplían los poderes de decomiso, siendo la tercera de dichas opciones aquella por la cual cuando (…) *se tenga constancia de que el valor de la propiedad es desproporcionado con respecto a los ingresos legales de la persona condenada y un órgano judicial nacional, basándose en hechos concretos, esté plenamente convencido de que los bienes en cuestión provienen de la actividad delictiva de la persona condenada*. Con base en dicho instrumento el legislador español ha optado por transponer dicha opción en nuestra Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, añadiendo un segundo párrafo en el apartado primero del artículo 127 del siguiente tenor: «*El Juez o Tribunal* ***deberá*** *ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas»*. Esta reforma legal, siendo novedosa, es limitada ya que extiende exclusivamente a la criminalidad organizada el criterio sentado por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en fecha 5 de octubre de 1998, a propósito de los delitos de tráfico de drogas y blanqueo de capitales, por el que acordó considerar que el comiso de las ganancias a que se refiere el artículo 374 del C. Penal debería extenderse a las ganancias de operaciones precedentes a la concreta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia delictiva y se respete, en todo caso, el principio acusatorio. Dicha jurisprudencia podía haber dado pie a una regulación del decomiso ampliado con un ámbito material de aplicación más ambicioso.

En cualquier caso, el legislador clarifica nuestra regulación estableciendo una presunción *iuris tantum* acerca del origen de dicho patrimonio, susceptible, en todo caso, de ser enervada mediante prueba en contrario que acredite o justifique el origen lícito del patrimonio cuestionado, o, al menos, que no procede de actividades criminales llevadas a cabo en el marco de una organización, grupo criminal o terrorista o derivadas de la realización de un delito de terrorismo. Asimismo, debemos recordar que dicha presunción legal no afecta en sí misma al derecho fundamental a la presunción de inocencia, ya que no incide ni en el núcleo de la acción delictiva objeto de enjuiciamiento, ni en la imputación de dicha acción a persona concreta y determinada [(23)].

Sin perjuicio de las diversas cuestiones debatidas en relación con los nuevos tipos de agrupación criminal y su convivencia con la coautoría o la conspiración para delinquir o los problemas concursales, así como aspectos de la confiscación derivados de la variedad de sistemas legales y la necesidad de ser eficaces en la recuperación transnacional de bienes, como las dificultades para reconocer las denominadas confiscaciones civiles, que, sin duda, darán lugar a ríos de tinta, permítanme que me centre en la relación de la delincuencia organizada y las novedosas modalidades de decomiso ampliado.

(23) *Vid.* SSTC núm. 219 y 220/2006, de 3 de julio.

## IV. RECONOCIMIENTO MUTUO DE LAS RESOLUCIONES DE DECOMISO EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

Una vez lograda la armonización normativa en torno al concepto de decomiso y, en particular, respecto de los poderes ampliados de decomiso, la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso, tuvo como objetivo desarrollar la medida núm. 19 del documento programático, aprobado en diciembre de 2000[24] bajo el título de *Programa de medidas destinadas a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal*, por el que se persigue reforzar la seguridad jurídica en el seno de la Unión Europea mediante la libre circulación de resoluciones penales interlocutorias y definitivas en su espacio judicial, armonizando para ello aspectos sustantivos y procesales del Derecho penal de cada Estado miembro. Así, entre otras 24 medidas identificadas, en el tercer apartado de resoluciones condenatorias, la medida núm. 19 abogaba por *«Estudiar... en particular, si los motivos de denegación de la ejecución de una resolución de confiscación que cita el artículo 18 del Convenio de 1990[25] resultan todos ellos compatibles con el principio del reconocimiento mutuo»*. Dicho convenio de 1990 es el instrumento normativo más utilizado en el ámbito europeo, hasta el punto de que todos los Estados miembros de la Unión Europea lo han ratificado. Éste obliga a sus signatarios a reconocer y ejecutar las resoluciones de decomiso dictadas por otra Parte, o a someter una solicitud a sus autoridades competentes a fin de obtener una resolución de decomiso y, en caso de que se conceda, ejecutarla. Sin duda el *talón de Aquiles* de este instrumento internacional lo encontramos en las causas de denegación del mencionado artículo 18. Las Partes pueden denegar las solicitudes de decomiso, entre otros motivos, si el delito en el que se basa la solicitud no constituye un delito con arreglo a la legislación de la Parte o si en la legislación de la Parte requerida el decomiso no está previsto respecto del tipo de delito al que hace referencia la solicitud requerida (con lo que el principio de doble incriminación rige en toda su extensión, proyectándose, incluso, en su dimensión más específica de la doble tipicidad del propio decomiso). De ahí que el Consejo de la Unión Europea se planteara un nuevo instrumento normativo, a fin de reducir los motivos de denegación de ejecución entre los Estados miembros y suprimir el sistema de conversión de la resolución de decomiso como medida nacional.

La idea central de la que parte la Unión Europea es que cualquier lucha eficaz contra la delincuencia organizada debe pasar por neutralizar su principal objetivo de obtención de beneficios económicos, mediante el seguimiento, el embargo preventivo, la incautación y el decomiso de los productos del delito. Para ello, no basta con garantizar el reconocimiento mutuo dentro de la Unión Europea de medidas legales temporales como el embargo preventivo y la incautación. Utilizando un símil taurino, hace falta «rematar la faena», completando dicha acertada estrategia frente a la delincuencia económica mediante la extensión del principio de reconocimiento mutuo a resoluciones definitivas de las autoridades judiciales

(24) Programa de medidas destinadas a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal (2001/C 12/02), publicado en el DOCE el 15 de enero de 2001.

(25) Convenio del Consejo de Europa (ETS 141) de 8 de noviembre de 1990 relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito («Convenio de 1990»).

europeas, como es la que acuerda el decomiso de los productos del delito. Por ello, la DM de 6 de octubre de 2006 está íntimamente relacionada, no solo con la Decisión marco 2005/212/JAI, de 24 de febrero de 2005, sobre el decomiso de los instrumentos y productos del delito y de bienes relacionados con el delito, sino también con la DM de 22 de julio de 2003 sobre embargo preventivo y aseguramiento de elementos probatorios, dado que el aseguramiento de los bienes es requisito indispensable para la eficacia de un ulterior decomiso. El propósito de la Decisión marco de 2005 es puramente armonizador de la regulación sustantiva, procurando que todos los Estados miembros tengan normas efectivas que regulen el decomiso ampliado de los productos del delito lo más aproximadas, entre otros aspectos, en materia de inversión de la carga de la prueba del origen de los bienes en posesión de una persona condenada por delito relacionado con la delincuencia organizada.

Desde un punto de vista sustantivo, la armonización normativa del decomiso fue acometida por la Decisión Marco de 24 de febrero de 2005 de manera cronológicamente anterior a la aprobación del mecanismo de reconocimiento mutuo de dichas resoluciones[26], contiene la definición armonizada de lo que debe ser el decomiso en todos los países miembros de la Unión Europea, junto a la determinación de aquellos delitos que deben llevar necesariamente incorporada la sanción de decomiso. La obligación de previsión de decomiso del equivalente y de la posibilidad de consideración del decomiso ampliado está también incorporada a esa Decisión Marco. Pese a que la lógica hubiera recomendado su incorporación previa al Código Penal español, diversas vicisitudes en el proceso legislativo de la reforma del Código Penal han propiciado su retraso, de manera que no vio la luz hasta la **LO 5/2010**, de 22 de junio, de reforma del Código Penal (su nuevo artículo 127)[27], a lo que debemos sumar seis meses de *vacatio legis*, por lo que la previa armonización material se retrasó hasta la Navidad de 2010 respecto de la ya vigente Ley 4/2010 de ejecución en la UE de las resoluciones judiciales de decomiso. La falta de sincronización en el proceso legislativo ha sido evidente, lo que, sin duda, no ha favorecido su correcto conocimiento y aplicación.

Por otro lado, y desde el punto de vista procesal, debe tenerse en cuenta la apuntada íntima relación de esta Ley 4/2010 con la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales y la Ley Orgánica 5/2006, de 5 de junio, complementaria de la Ley para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, de transposición de la Decisión Marco de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas. Efectivamente, el decomiso es una medida definitiva que, aunque puede ser adoptada en ocasiones de forma independiente, en muchos casos irá precedido de la correspondiente medida provisional de embargo, que podría haber sido ejecutada en ejecución de las disposiciones de la Ley 18/2006. Desde el punto de vista activo, el propio certificado modelo a emitir anexo a la ley y a la Decisión Marco, incorpora en el apartado

(26) Como indicaba el Informe del Consejo Fiscal al anteproyecto: Es evidente que la transposición de las disposiciones de esta Decisión Marco de 2005, que armoniza la regulación material del decomiso, debe favorecer posteriormente su reconocimiento mutuo. Ninguna otra medida puede fomentar más la confianza mutua que la constatación de que la definición material de esta medida es uniforme en las legislaciones penales de todos los países miembros.

(27) BOE núm. 152, del miércoles 23 de junio de 2010.

f) esta previsión solicitando a la autoridad emisora que concrete si existió embargo previo, la fechas de transmisión, autoridad y número de referencia [28], además, el artículo 6.1 exige a la autoridad judicial española de emisión que recabe *«los antecedentes al Juez de Instrucción a los efectos de continuar su tramitación»,* siendo dichos antecedentes los que obren en la propia causa. Igualmente, desde el punto de vista de la actuación pasiva de las autoridades españolas, cuando se trate de ejecutar una orden extranjera, parece imprescindible garantizar la coordinación con posibles actuaciones previas, en tanto que los bienes cuyo decomiso se solicita al Juez de lo Penal competente han podido ser objeto de embargo previo por el Juzgado de Instrucción del lugar donde se encuentren los bienes, en ejecución de una decisión extranjera transmitida de conformidad con lo dispuesto en la Ley 18/2006, habida cuenta que para el embargo es competente el Juez de Instrucción (artículo 3.2 Ley 18/06). Dicha información deberá ser proporcionada al Juez de lo Penal en el certificado. Sin perjuicio de ello, y siguiendo la recomendación del informe del Consejo Fiscal al anteproyecto, la Ley 4/2010 indica expresamente la obligación del Juez de lo penal de recabar la información y antecedentes necesarios del Juez de Instrucción que hubiere acordado una medida cautelar o de aseguramiento provisional en ejecución de una orden de embargo preventivo, coordinando su actuación con él. Así el artículo 15.1 *in fine* establece categóricamente que el reconocimiento o ejecución de la orden de decomiso ***«sucederá, en su caso,*** *a las medidas que sobre los mismos bienes se hubieran acordado en aplicación de la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales».*

Lo expuesto es consecuencia de la diversificación normativa existente en materia de recuperación de activos procedentes del delito en la Unión Europea. En efecto, mientras que en los instrumentos de asistencia mutua (convenios de 1990 y 2005) el embargo preventivo y la confiscación van de la mano y se regulan conjuntamente, nos encontramos con su regulación fragmentada y separada en los instrumentos de reconocimiento mutuo (Decisiones marco de 2003 y 2006). A ello se une que la Decisión marco de embargo preventivo regula conjuntamente el aseguramiento de prueba cuya transmisión se regula limitadamente en denominado Exhorto Europeo de prueba de la Decisión marco de 2008, mezclando medidas cautelares patrimoniales con elementos probatorios, propios del denominado por J. VOGEL «Derecho a la Prueba Transnacional». Todo ello genera un déficit de seguridad jurídica que debe ser superado por una nueva Directiva de embargo preventivo y confiscación que regule con visión global esta materia de manera similar a la Propuesta de Directiva de la Orden Europea de Investigación[29] en relación con las diligencias probatorias. Este marco normativo reinante en el espacio judicial europeo resulta aún más desconcertante si tenemos en cuenta que coexisten en su vigencia y aplicación los instrumentos clásicos de asistencia mutua y los novedosos de reconocimiento mutuo, pese a responder a planteamientos muy diferentes.

---

(28) En el citado Informe del Consejo Fiscal se indica que es posible que los bienes decomisados cuya ejecución se pretende en un país de la Unión Europea hayan sido sometidos previamente a embargo en el extranjero y es probable que la orden de emisión del embargo proceda de un juez distinto, puesto que el orden lógico sería que el Juez de Instrucción haya acordado el embargo que será ratificado como decomiso por el Juez o Tribunal sentenciador.

(29) Aunque la traducción española de la Propuesta de Directiva se refiere al «exhorto europeo de investigación en materia penal» [Bruselas, 29 de abril de 2010 (03.05), (OR. en), doc. 9145/10] y utiliza el acrónimo EEP, entiendo que se compadece más con el principio de reconocimiento mutuo la utilización de la palabra ORDEN en vez de EXHORTO para referirse a la resolución judicial cuyo reconocimiento y ejecución se pretende.

La falta de previsión y de visión global de las autoridades comunitarias y acumulación de instrumentos normativos aplicables surgidos de sistemas que debieran ser incompatibles en esta efervescente construcción del espacio de justicia europeo, está dando lugar al desuso de normas recién transpuestas debido a un preocupante *ius shopping* de los operadores jurídicos y su consecuente necesidad de reforma, en lo que podíamos llamar una verdadera «obsolescencia normativa», si bien, no demasiado programada.

## V. ANÁLISIS DE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DECISIÓN MARCO 2006/783/JAI EN NUESTRA LEY 4/2010, DE 10 DE MARZO

La finalidad de la Decisión marco es establecer las normas en virtud de las cuales las autoridades judiciales españolas deberán transmitir a las autoridades competentes de la Unión Europea o reconocer y ejecutar en su territorio una resolución firme de decomiso impuesta como consecuencia de una infracción penal (artículo 1.1 y 2 de la Ley 4/2010). El texto de nuestra ley opta por una definición idéntica de resolución de decomiso a la que se contiene en el artículo 2 de la Decisión Marco que se traspone —que se corresponde también esencialmente con la definición de la DM de 2005—: *«Se entenderá por resolución de decomiso la sanción o medida firme impuesta por un órgano jurisdiccional a raíz de un procedimiento relacionado con una o varias infracciones penales que tenga como resultado la privación definitiva de bienes…».* La gran pregunta que nos podemos hacer es si dicha definición permite la ejecución en España de las resoluciones de decomiso dictadas no solo por tribunales penales, sino también por tribunales civiles o administrativos, en relación con un procedimiento penal[30], es decir, incluso sin que exista sentencia condenatoria o, simplemente, que la infracción penal sea una mera referencia.

Por otro lado, la ley reproduce la definición de los bienes o efectos que pueden ser objeto de decomiso de forma que, además de recoger los instrumentos o el producto del delito o su equivalente, lo que se corresponde con la actual definición del artículo 127.1 y 2 de

(30) Resulta muy interesante la problemática derivada de las solicitudes de auxilio internacional para la ejecución de resoluciones de decomiso emitidas en procesos denominados de «recuperación civil» propios del common law, como el previsto en el artículo 5 de la Ley de Ganancias del Crimen de 2002 («POCA») del Reino Unido que permite obtener la recuperación de bienes sin necesidad de acusación o condena penal previa de su titular. La confiscación civil *in rem* o NCB («Non conviction basis forfeiture»), que el artículo 54(1) (c) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 insta a los Estados parte a incluir en su legislación nacional a fin de facilitar el decomiso de activos ilícitamente obtenidos cuando no pueda formularse acusación. A diferencia de la penal que tiene naturaleza sancionadora, la confiscación civil se basa en la ficción jurídica de que la propiedad misma, y no el propietario, ha violado la ley. Por lo tanto, el procedimiento se dirige contra el objeto o la cosa implicada en alguna actividad ilegal especificada por la ley. El artículo 11 del Convenio de 1990, en su apartado 1, al regular la obligación de adoptar medidas provisionales prevé que «*A solicitud de otra parte en la que se haya iniciado un procedimiento penal o un procedimiento con fines de confiscación cada parte tomará las medidas provisionales necesarias...»*, lo que parece admitir que el embargo preventivo adoptado por un Juez civil en un procedimiento de confiscación civil entraría *a priori* en el ámbito objetivo de aplicación de dicho instrumento internacional, sin perjuicio de la facultad que tiene el Estado requerido de denegar finalmente dicha asistencia con base en una de las causas de denegación prevista en la larga lista del artículo 18, concretamente en el apartado 4, letra d).1. Asimismo, el artículo 2 de la DM de 6 de octubre de 2006 —que se corresponde esencialmente con la definición de la DM de 2005—, no habla de procedimiento penal *«Se entenderá por resolución de decomiso la sanción o medida firme impuesta por un órgano jurisdiccional a raíz de* ***un procedimiento relacionado con una o varias infracciones penales*** *que tenga como resultado la privación definitiva de bienes…».*

nuestro Código Penal, alude a aquellos bienes que puedan ser objeto de decomiso en virtud de los supuestos de potestad de decomiso ampliada prevista en los supuestos alternativos del artículo 3.2 de la Decisión Marco de 2005, cuya incorporación a nuestra legislación interna se produjo con la publicación de la reforma del Código Penal operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, en donde opta por la presunción de procedencia de actividades delictivas en supuestos de patrimonio desproporcionado respecto a los ingresos legales[31], si bien solo aplicable al decomiso de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo.

A destacar la previsión separada del artículo 3.2, letra d) de la Ley 4/2010, al admitir la posible ejecución (punto de vista pasivo exclusivamente) de cualquier otro supuesto de decomiso ampliado, concretamente a los que se refiere el artículo 3.3 de la DM de 2005, es decir, el *decomiso de allegados*, al extender el decomiso a bienes adquiridos por terceros relacionados de forma especial con el condenado, que la DM plantea a los Estados dejándoles plena libertad para valorar si lo incorporan o no a sus ordenamientos[32]. Dicha previsión extensa de los bienes a los que afecta la resolución de decomiso llama la atención dado que contrasta con lo establecido en el artículo 19.g) de la ley nacional que contempla, como motivo obligatorio de denegación de la ejecución, que el decomiso hubiera sido adoptado precisamente en los supuestos previstos en la letra d) del apartado 2 del artículo 3, para aquellos supuestos en los que el juez considere incompatible con los derechos y

---

(31) La LO 5/2010 de Reforma del Código Penal (BOE núm. 152, de 23 de junio) completa la regulación existente del comiso permitiendo a los jueces y tribunales acordar el decomiso respecto de aquellos efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista. Para facilitar la medida, se establece una presunción de procedencia de actividades delictivas cuando el valor del patrimonio sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización criminal. Asimismo, en cumplimiento de la Decisión Marco 2005/212/JAI se faculta a los jueces y tribunales a acordar el comiso cuando se trate de un delito imprudente que lleve aparejado en la ley la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año. En ese sentido, se modifica el artículo 127.1, que queda redactado como sigue: «1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar... *El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización criminal cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.*

(...)

4. El Juez o Tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la *situación patrimonial ilícita*.

5. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la Ley no previera otra cosa, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán».

(32) Efectivamente, el apartado 3 del artículo 3 de la DM de 2005 prevé que «*Cada Estado miembro podrá estudiar además la posibilidad de adoptar las medidas necesarias que le permitan proceder, conforme a las condiciones fijadas en los apartados 1 y 2, al decomiso, total o parcial, de bienes adquiridos por los allegados de la persona de que se trate y de bienes transferidos a una persona jurídica sobre la que la persona de que se trate ejerza un control efectivo individualmente o junto con sus allegados. La misma regla será de aplicación si la persona interesada recibe una parte considerable de los ingresos de la persona jurídica*».

libertades fundamentales reconocidos en la Constitución Española, en una redacción que no favorece, precisamente, la seguridad jurídica.

En cualquier caso, no debemos perder de vista que dicha aplicación extensiva de una figura no prevista en nuestra legislación interna está limitada al reconocimiento del decomiso de efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista.

## 1. Autoridades competentes

### *A) Autoridades judiciales de emisión españolas*

El artículo 4.1 de la Ley 4/2010 atribuye la competencia activa a la autoridad judicial (Juez o Tribunal) [33] competente para ejecutar una resolución de decomiso en España. Sin embargo, la redacción habla de *«Juez o tribunal competentes para su ejecución»*, en realidad, en cuanto que se trata de la emisión de una decisión de decomiso, el Juez o Tribunal al que se refiere el precepto es el competente para su adopción que, una vez acordado el decomiso y ante la imposibilidad de ejecutarlo en España, remite la decisión para su ejecución en un país de la Unión Europea. La redacción podría ser más adecuada si se aludiera *«al Juez o Tribunal competente para adoptar la medida de decomiso en España»*, que es el que debe transmitirla a la autoridad judicial de ejecución en Europa. Para localizar la autoridad judicial competente: como en la totalidad de los instrumentos de reconocimiento mutuo se prevé el recurso a la RJE (artículo 6.2 PL).

### *B) Autoridades judiciales de ejecución españolas*

De manera acertada y desviándose de la designación efectuada con relación al embargo preventivo a los Juzgados de Instrucción[34], el artículo 4.2 del Proyecto atribuye la competencia para la ejecución a los «Juzgados de lo Penal» del lugar donde se encuentren los bienes objeto de decomiso. Sin embargo, en garantía de la eficacia en la obtención de los bienes (tal y como recoge la Decisión Marco), se establece como fuero alternativo el domicilio del condenado, cuando no pueda concretarse el lugar donde se encuentran los bienes y en tanto no se localicen en otro lugar. Momento en que podría acordarse por el Juez de lo Penal que recibió la solicitud la remisión a este otro para su ejecución.

A efectos prácticos, sería conveniente que en la información facilitada por España a la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea al tiempo de la notificación de la transposición de la ley española, a diferencia de lo realizado respecto del embargo pre-

(33) De acuerdo con el Informe de evaluación de la Comisión de 23.08.2010 COM (2010) 428, algunos Estados miembros han designado autoridades judiciales *strictu sensu* o al Ministerio público competente territorialmente para la emisión y/o ejecución (AT, CZ, IE HU, LV, PL, PT, SI and RO). En otros Estados miembros la autoridad central ha sido designada como autoridad de emisión/ejecución, como FI (Legal Register Centre), DK (Minister of Justice) y NL (Public Prosecutor in Leeuwarden).

(34) Criterio adoptado en la LO 5/2006, de 5 de junio, que les atribuyó a los Juzgados de Instrucción la ejecución de las medidas de embargo y aseguramiento de pruebas transmitidas por un órgano judicial de un Estado miembro de la Unión Europea, que las hubiere acordado en un proceso penal.

ventivo en enero de 2009[35], en relación con las autoridades competentes de ejecución, se haga referencia a los Juzgados de lo Penal en términos más acertados (tal vez, *«District Courts»*), a fin de evitar las confusiones a las que algunas traducciones puedan dar lugar. Asimismo, podría hacerse referencia a los Juzgados Decanos o cualquier otra Oficina Común de Ejecución que sea creada en el nuevo diseño de la Oficina Judicial abordado en el marco de la Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a fin de evitar dilaciones y confusiones innecesarias en la tramitación, toda vez que las autoridades extranjeras no tienen, necesariamente, conocimiento de la existencia y organización competencial o de reparto de asuntos de los órganos judiciales españoles.

### *C) Papel de la autoridad central*

Queda reducido a la fase de ejecución, concretamente en materia de reembolso (artículo 12) y reparto de bienes decomisados (artículo 24), sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional en relación con la recopilación de datos estadísticos.

### *D) Intervención del Ministerio Fiscal*

Tanto el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de ley, como el Informe del CGPJ, coincidían en resaltar la necesidad de dar entrada y regular convenientemente la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento nacional de reconocimiento mutuo de las resoluciones que impongan el decomiso de bienes. Pese a no haber sido legalmente designado el Fiscal autoridad judicial competente de emisión o ejecución y, por lo tanto, no tener competencias o intervención directa en el reconocimiento y ejecución de las resoluciones imponiendo sanciones pecuniarias, la defensa ante los órganos jurisdiccionales españoles de la legalidad plasmada en el principio de reconocimiento mutuo, como variante supranacional[36], tal y como mantiene MORÁN MARTÍNEZ, Rosana, del principio de legalidad nacional, cuya salvaguarda le encomienda el artículo 124 de la Constitución Española y la expresa atribución constitucional de la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos[37], así como su especialización en materia de cooperación internacional, le otorgan una legitimación reforzada no solo para recurrir (lo que ya le reconoce el artículo 19.1 de la ley) sino para informar en el plazo de siete días con carácter previo y preceptivo todas las solicitudes de ejecución de decomiso (artículo 15.1 de la ley) a fin de evitar que se puedan interpretar de forma incorrecta las normas que incorporan este principio o dichos derechos, así como en el ejercicio de su función de *«velar por el cumplimiento de*

---

(35) La Cover Note publicada el 24 de febrero de 2009 (26.02) (OR. en, es) 6448/09 COPEN 33, se refiere vaga e imprecisamente a «*The criminal court which has jurisdiction*».

(36) En Inglaterra y Gales el papel de la *Crown Prosecution Service*, en la euro-orden se centra en defender y representar el interés de la autoridad judicial de emisión de acuerdo con lo dispuesto en la Secc. 191 de la *Extradition Act 2003* y la *Attorney General´s Assignment* de 10.12.96, considerado también en el *R v Director of Public Prosecution ex parte Thom* [1996] Crim. L.R. 116 (<http://www.cps.gov.uk./legal/section2/chapter_c.htm>).

(37) Frente a la idea de una construcción del espacio judicial europeo por policías y Fiscales prescindiendo de la participación o de la consideración a los ciudadanos, he de recordar que la función del Ministerio Fiscal español no se reduce a una labor meramente investigadora o acusadora en el proceso penal, sino que se justifica y fundamenta en la defensa de la legalidad y de los derechos fundamentales.

*las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social»*[38], entre las que, indudablemente, se encuentran las que impongan el decomiso de bienes.

Con ello, por fin, un texto normativo de implementación de medidas de reconocimiento mutuo establece el traslado de la solicitud al Ministerio Fiscal para que por éste se emita informe previo a la adopción de la decisión judicial, favorable o desfavorable al reconocimiento o ejecución de la resolución de decomiso, colmando una reivindicación reiterada del Consejo Fiscal en sus informes a los anteproyectos anteriores de acuerdo con lo previsto en el artículo 14 de su EOMF y en el artículo 20 de la Ley de Gobierno.

## 2. Transmisión por las autoridades judiciales españolas de una resolución de decomiso para su ejecución en otro Estado miembro de la UE

El Título II de la ley regula la *«Transmisión por las autoridades judiciales españolas de resoluciones de decomiso para su ejecución en otro Estado miembro de la UE»* y en su artículo 6 cubre las previsiones del artículo 4 FD, estableciendo la transmisión directa entre autoridades competentes y exigiendo que la resolución a ejecutar sea firme y que tenga motivos fundados de que los bienes objeto de decomiso se encuentran en dicho Estado. A falta de dichos motivos fundados de localización de los bienes, el apartado 3 del artículo 3 señala como fuero alternativo el del domicilio de la persona jurídica o sede social de la persona jurídica.

Como he comentado anteriormente, siguiendo la sugerencia del Informe del Consejo Fiscal, nuestra ley establece la adecuada coordinación y relación cuando la emisión de una orden de decomiso haya sido precedida de una orden previa de embargo por aplicación de la Ley 18/2006, de 5 de junio. En este caso, *«el Juez de lo Penal **recabará** los antecedentes al Juez de Instrucción a los efectos de continuar su tramitación»*, garantizando la eficacia de las medidas. En ese sentido, el propio certificado modelo incorpora en el apartado f) esta previsión solicitando a la autoridad emisora que concrete si existió embargo previo, la fechas de transmisión, autoridad y número de referencia.

### *A) Documentación y modo de transmisión*

El artículo 7 de la Ley 4/2010 recoge la documentación que se debe transmitir y otros limitados requisitos formales de la transmisión. De ese modo, la copia certificada de la sentencia que imponga la medida de decomiso cuya ejecución se pretende, o el auto específico dictado en la ejecutoria en impulso de su ejecución, deberá remitirse acompañado del certificado cuyo modelo figura en el anexo de la ley, el cual irá firmado por la autoridad judicial penal española que haya dictado dicha resolución, debiendo solamente traducirse dicho formulario al idioma del Estado de ejecución o el alternativamente permitido por su legislación y que se refleje en la notificación realizada a la Secretaría General del Consejo de la UE.

(38) Artículo 3.9.º de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

No contempla nuestra legislación con carácter general y, antes de la trasmisión de una orden de decomiso, la convocatoria de vista o audiencia alguna, ya que retrasaría el procedimiento innecesariamente. Si bien pudiera pensarse que la observancia de la necesaria contradicción haría recomendable dicha previsión, tanto en relación con terceros de buena fe como en previsión de posibles denegaciones por vulneración de derechos y garantías procesales, la realidad de nuestro ordenamiento jurídico procesal penal es bien distinta. En efecto, si bien en el orden jurisdiccional civil la audiencia del demandado es el criterio general (artículo 733 LEC) que admite excepciones, en el orden penal no es precisa la previa audiencia del afectado. Este presupuesto y la urgencia del caso determinan que resulte adecuado no conceder audiencia previa al afectado. En cualquier caso, la oposición de las medidas afectadas podrá hacerse valer a través de los recursos propios del orden penal (artículo 13.1 de la Ley 4/2010).

Por último, destacar que el artículo 7.2 de la ley española concreta[39] la posibilidad de transmitir la orden utilizando correo certificado, fax, medios informáticos o telemáticos.

### *B) Transmisión a más de un Estado*

La Decisión Marco pretende, en esencia, facilitar y asegurar la ejecución del decomiso acordado, por ello parte de la posibilidad de remisión simultánea y sucesiva de la orden a varios Estados. En el artículo 5.1 de la Decisión Marco se establece que la resolución de decomiso sólo puede transmitirse «simultáneamente» a un solo Estado miembro excepto los supuestos previstos en los números 2 y 3 de dicho artículo. La Decisión marco en el apartado 3 de este artículo 5 permite la transmisión simultánea de la orden de decomiso de cantidades de dinero cuando la autoridad judicial competente considere que hay motivos específicos para hacerlo. La mención posterior a supuestos tasados a título de ejemplo que se contemplan en la Decisión marco no añade nada al concepto por lo que considero es innecesaria su mención en la ley nacional. Incluso puede observarse que la indicación a modo de ejemplo del supuesto a) a que los bienes no hayan sido embargados con arreglo a la Ley 18/2006 provoca cierta confusión. En tanto que se trata de cantidades de dinero, es posible imaginar supuestos en que se haya dado un embargo parcial y, pese a todo, quepa la transmisión simultánea, por ello la ley, recogiendo una sugerencia del Informe del Consejo Fiscal, se plantea el caso de que exista una cuenta embargada por esta vía en un país y, sin embargo, la cantidad no sea suficiente para cubrir el importe total decomisado, previendo, en este caso, que el certificado se transmita simultáneamente a otro país donde haya sido localizada otra cuenta, exista o no un embargo anterior. En realidad lo que se busca con las indicaciones de la Decisión Marco es que no se decomise dos veces el mismo importe y no se sobrepase la cantidad sometida a decomiso, pero ello no impide que el Juez transmita la orden de decomiso de cantidades dinerarias a dos Estados, cuando la primera cuenta, embargada o no, no contenga la suficiente cantidad para que se ejecute completamente el decomiso acordado.

Es por ello que nuestra ley, no obstante reproducir casi literalmente el artículo 5 de la DM, establece en su artículo 8, apartado 3, la posibilidad de la remisión de forma sucesiva

(39) El artículo 4.2 de la Decisión Marco 2006/783/JAI se refiere a la transmisión «por cualquier medio que pueda dejar constancia escrita en condiciones que permitan al Estado de ejecución establecer su autenticidad».

a los Estados en los que se presuma se encuentran los bienes del condenado, cuando no fuera posible llevar a cabo la transmisión simultánea y siempre que no se haya cumplido en su totalidad la resolución de decomiso (posibilidad no contemplada en la DM).

*C) Transformación del decomiso*

El artículo 10 de la ley prevé que la autoridad judicial española *«solicitará»* a la autoridad competente del Estado de ejecución, para el caso de que el decomiso del bien localizado en el extranjero no fuera posible por cualquier circunstancia[40], que éste adopte la forma de obligación de pago de una cantidad de dinero equivalente al valor del bien de que se trate. Dicha previsión es preceptiva para el Juez español pese a que, debe ser el decomiso por el valor equivalente una figura ya armonizada[41]. La redacción preceptiva contenida en nuestra ley es más ajustada al principio de reconocimiento mutuo que la propia Decisión marco, ya que ésta, en su artículo 7.2, considera la transformación del decomiso como una mera posibilidad que deben valorar las autoridades judiciales de ejecución en caso de que su legislación lo permita pese a la previa aproximación normativa recomendada en la Decisión Marco 2001/500/JAI, de 26 de junio, respecto del decomiso del valor equivalente.

*D) Terminación de la ejecución. Reparto de gastos*

Los artículos 11 a 13 de la ley se refieren a los efectos de la terminación de la ejecución solicitada por la autoridad española. En primer lugar, obliga racionalmente a la autoridad española que emitió y transmitió la decisión a informar a la autoridad de ejecución en el caso de que, por cualquier motivo, no fuera necesario continuar con la ejecución.

En cuanto al reparto de gastos entre Estados en el caso de que hayan sido sustanciales o excepcionales, el artículo 12 de la ley, siguiendo la recomendación del Informe del Consejo Fiscal y lo dispuesto en el artículo 20 de la Decisión Marco, establece la comunicación entre la autoridad judicial española y el Ministerio de Justicia, cuando ésta reciba una comunicación de la autoridad del Estado de ejecución sobre gastos especiales que ha conllevado la ejecución de la resolución de decomiso, a efectos de un posible acuerdo sobre el reparto de los costes con el Estado de ejecución. Evidentemente, la judicialización implícita en el principio de reconocimiento mutuo no se extiende a su participación en los acuerdos sobre reparto de gastos, de manera que resulta acertado mantener dicha competencia en la órbita

(40) La regulación española del decomiso en el artículo 127.2 del CP no contiene ninguna disposición que permita al juez realizar esta transformación salvo en el caso de que el bien sobre el que haya recaído la medida no pudiera ser decomisado. Sólo en este caso se permite, incluso se aconseja, el decomiso del equivalente, pero debe darse esa condición. De ahí que el Informe del Consejo Fiscal recomendare que se hiciera constar dicha circunstancia como requisito previo para dicha solicitud alternativa, si bien la solicitud transeuropea no se articula dentro de la discrecionalidad del Juez sino como preceptiva una vez se cumplan las condiciones legales.

(41) La LO 15/2003, de 23 de noviembre, reformó la redacción del artículo 127 del Código Penal introduciendo el apartado 2 con el siguiente tenor literal *«Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en el apartado anterior, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho»,* con ello se recogió en nuestra legislación la recomendación de aproximación del Derecho penal contenida en la Decisión Marco 2001/500/JAI, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito.

del Ministerio de Justicia como autoridad central en materia de cooperación judicial internacional y gestor de los recursos de la Administración de Justicia.

## VI. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES DE DECOMISO DICTADAS POR UNA AUTORIDAD JUDICIAL DE OTRO ESTADO MIEMBRO DE LA UNIÓN EUROPEA

### 1. Aplicación del principio de doble incriminación

Tanto la Decisión Marco como la Ley 4/2010 respetan el mismo sistema de lista adoptada para la orden europea de detención y entrega. Se acoge, por tanto, la obligación de reconocimiento, sin necesidad de doble incriminación, cuando se trate de hechos subsumibles en la lista de categorías delictivas que se describe en la propia Decisión y la ley nacional siempre que estén castigadas con penas privativas de libertad cuya duración máxima sea de, al menos, tres años.

Para el resto de las infracciones no incluidas en la lista o que no superen el umbral punitivo del artículo 14.1 de la Ley 4/2010, se opta, congruentemente, por la misma solución adoptada en la Ley 18/2006 —artículo 10.2— al exigir el control de doble incriminación, de manera que las certificaciones de decomiso emitidas por delitos no comprendidos en la lista deberán ser denegadas con carácter preceptivo. Este criterio fue el propugnado por el Consejo Fiscal en su informe a fin de conseguir unidad en la aplicación de la norma, limitando la excesiva discrecionalidad judicial que supuso la Ley 3/2003 que regula la orden europea de detención y entrega que las incluyó entre las causas de denegación facultativa [artículo 12.2.a)].

### 2. Reconocimiento y ejecución

Los siguientes artículos de la ley (artículos 15 a 19) concretan la forma en que el Juez de lo Penal competente debe ejecutar el decomiso acordado por la autoridad extranjera o las razones por las que puede denegar la ejecución. El sentido del principio de reconocimiento mutuo supone que la decisión de decomisar ya ha sido tomada en este caso por la autoridad judicial extranjera competente y lo que se solicita es su ejecución. No podemos sino subrayar que a la tercera va la vencida[42], ya que, finalmente, el legislador ha decidido recoger la recomendación del Consejo Fiscal del informe previo del Ministerio Público que ya propuso para la Ley 18/2006 sobre embargo preventivo y la Ley 1/2008, en relación con las sanciones pecuniarias. Ello, indudablemente, supone una mejora en la técnica legislativa seguida hasta ahora respecto de dichas leyes de implementación de instrumentos de reconocimiento mutuo. La inclusión del informe preceptivo y previo del Ministerio Fiscal en la primera semana desde la recepción del certificado por el Juez de lo Penal competente,

(42) La Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega no llegó a ser informada por el Consejo Fiscal, ya que hasta el RD 232/2005, de 4 de marzo, no se incluyó entre sus competencias la de informar los anteproyectos de ley que pudieran afectar a la estructura, organización y funcionamiento del Ministerio Fiscal lo que hizo que su informe se incluyera entre los previstos en el artículo 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

además de garantizar el principio de legalidad en su dimensión europea, supone un valor añadido desde el punto de vista de la proporcionalidad de la medida.

En ese sentido, cabe destacar igualmente como un acierto, que el artículo 15 de la ley haga referencia expresa al Auto, como resolución motivada con la que el Juez de lo Penal ha de decidir el reconocimiento y ejecución de la medida de decomiso. Aunque en general el decomiso en la legislación española es acordado en sentencia, sin embargo, siendo una autoridad extranjera la que acuerda el mismo, la decisión española no debe exigir una nueva sentencia, sino un pronunciamiento razonado acordando el despacho de la ejecución a través de auto, lo que, además, se corresponde con la previsión del artículo 21 dedicado a los recursos y lo dispuesto en el artículo 17.1.

Por otro lado, para asegurar la eficacia de la decisión y que la ejecución se realice, sin más trámite, se compadece totalmente con el principio de reconocimiento mutuo la necesidad de señalar un plazo razonable al juez para que resuelva el auto ejecutando el decomiso o dicte el auto rechazando su ejecución por los motivos expresamente previstos. Por consiguiente, el artículo 15 señala el plazo de quince días, lo que parece satisfacer dicha exigencia, desde el punto de vista de la actuación del Juez de lo Penal, si bien resulta poco realista contemplando la ejecución en su conjunto, es decir, hasta la realización efectiva de los bienes y la disposición de las cantidades bloqueadas y consignadas, teniendo en cuenta las dificultades que podemos encontrar en la realización de los bienes inmuebles. Se compadece escasamente con la finalidad de la ley y la propia realidad a la que ésta ha de aplicarse, que no exista en esta Ley 4/2010 precepto alguno que tenga en consideración la legislación hipotecaria.

Cuando se produzca la necesidad de decidir respecto a resoluciones de decomiso concurrentes, el artículo 17 recoge todas las circunstancias que menciona la Decisión Marco, estableciendo como orden de preferencia para adoptar la decisión, principalmente y por este orden, la existencia de un embargo preventivo, la gravedad relativa y el lugar de la infracción, las fechas de las resoluciones respectivas y las fechas de su transmisión. Habida cuenta de que el decomiso se ejecutará conforme a las normas españolas (artículo 18 de la Ley 4/2010), el orden de prioridad afortunadamente establecido siguiendo la recomendación del Informe del Consejo Fiscal, restará discrecionalidad al Juez a la hora de ejecutar los certificados recibidos, y con ello evitará ulteriores impugnaciones, al tiempo que permitirá orientar a la autoridad emisora sobre las posibilidades de éxito de su solicitud.

### 3. Denegación del reconocimiento y ejecución[43]

Respecto a los motivos de no reconocimiento recogidos en el artículo 19 de la Ley 4/2010, si bien no incorpora motivos adicionales de denegación y transpone fielmente los motivos

(43) De acuerdo con el Informe de evaluación de la Comisión de 23.08.2010 COM (2010) 428, el artículo 8 de la DM prevé un número de causas de denegación facultativas para los Estados miembros, dado que supone una restricción del principio de reconocimiento mutuo, por las que los mismos podrán elegir entre recogerlas en su legislación o no, incluso someter su aplicación a condiciones más rigurosas que las establecidas en dicho precepto (STJCE, 6 octubre 2009, caso C-123/08, Wolzenburg, OJ C 116 de 09.05.2008, p. 18), entre ellas entra la opción de nuestro legislador trasformando en preceptivas las causas inicialmente recogidas en la DM como facultativas. Concluyendo que las numerosas causas adicionales no previstas en la DM incorporadas por los Estados miembros en sus legislaciones nacionales muestran claramente que la implementación del artículo 8 de la DM es insatisfactoria.

del artículo 8.1 de la DM, opta por considerar obligatorios para el Juez todas las causas que en el artículo 8 de la Decisión Marco se recogen como facultativas. Con ello el legislador nacional pretende evitar la inseguridad jurídica inherente a la judicialización descentralizada derivada del principio de reconocimiento mutuo y el riesgo de atomización de las causas de denegación cara al exterior.

El artículo 19.1.e) se refiere al condenado, estimo que dada la regulación del vigente 127.3 CP sería más adecuada la referencia a la persona afectada a la que se refiere el artículo 8.2 de la Decisión marco. Esta referencia es igualmente aplicable a la mención al condenado del artículo 21 en cuanto a la legitimación para recurrir.

En general, no se recogen en la legislación española causas de denegación adicionales a las previstas en la DM. El motivo 19.1, letra i), en realidad traspone el 8.1 de la DM. Se recogen de manera más detallada y desarrollada causas como el *ne bis in idem* del artículo 8 DM [artículo 19.1, letra a)] y las relacionadas con el condenado en ausencia [artículo 19.1, letra e)][(44)]. Asimismo, se recoge expresamente la causa de denegación referida a los derechos de las partes interesadas (terceros de buena fe), artículo 19.1, letra d). Se advierte que no existe mención alguna a la previsión contenida en el artículo 8.3 de la Decisión Marco en relación con la posible denegación por el juez de la ejecución de decisiones de decomiso ampliado, que se correspondan con otras opciones del artículo 3.2 DM 2005/212/JAI no recogidas en el Código Penal español. La inexistencia de motivo de denegación basado en este apartado obliga al Juez español a ejecutar cualquier decomiso acordado en atención a las posibilidades de decomiso ampliado que plantea la DM de 2005 en el apartado 2 del artículo 3. Respecto de reconocimiento excepcional de resoluciones de decomiso ampliado de personas allegadas, como quiera que dicha posibilidad no ha sido recogida expresamente en el Código Penal, el legislador condiciona su reconocimiento y ejecución a que no sean incompatibles *«con los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución»,* como filtro judicial mínimo indispensable, si bien la discrecionalidad prevista hubiera requerido de una mayor concreción, al dejar en manos del Juez de lo Penal ni más ni menos que certificar la calidad constitucional de una decisión adoptada por una autoridad judicial europea.

## VII. OFICINAS DE RECUPERACIÓN DE ACTIVOS

Junto a la regulación del derecho sustantivo y procesal, aparecen elementos instrumentales y organizativos dirigidos a facilitar la localización de activos y el intercambio de información entre Estados en esta materia como las nuevas oficinas de recuperación de activos. Concretamente, la Decisión 2007/845/JAI del Consejo, de 6 de diciembre de 2007, sobre

(44) En cuanto a la causa de denegación referida a las sentencias dictadas en ausencia de la persona en cuestión («en rebeldía») cuando ésta no tuvo la posibilidad de recurrir u oponerse, la redacción del artículo 19.1, letra e), del proyecto de ley español es más extensa que el artículo 8.2, letra e), de la Decisión Marco 2006/783/JAI ya que el retraso en la implementación ha permitido incorporar las mejoras previstas en la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009 por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado.

cooperación entre los organismos de recuperación de activos de los Estados miembros en el ámbito del seguimiento y la identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito, pretende favorecer la ejecución de los decomisos acordados y, especialmente, la localización de los bienes y productos delictivos en los diferentes Estados. Esta Decisión establece en su artículo primero que:

> «Cada Estado miembro creará o designará un organismo nacional de recuperación de activos a fin de facilitar el seguimiento y la identificación de los productos de actividades delictivas y otros bienes relacionados con el delito que puedan ser objeto de una orden de embargo preventivo, incautación o decomiso dictada por una autoridad judicial competente en el curso de un proceso penal, o, en la medida que lo permita el Derecho nacional del Estado miembro afectado, de un proceso civil».

Anteriormente la Unión Europea había creado una Red (CARIN) (Camden Assets Recovery Inter-Agency Network). Esta red informal se fundó en La Haya los días 22 y 23 de septiembre de 2004. Constituye una red de profesionales y expertos que pretende reforzar el conocimiento común de los métodos y técnicas en el ámbito de la identificación, embargo, incautación y decomiso transfronterizo de los productos procedentes del delito y de otros bienes relacionados con él. Las nuevas oficinas de recuperación de activos, AROs (*Asset Recovery Offices*), vienen a otorgar base jurídica a los trabajos e intercambios de información que se comenzaron a ejecutar en la Red CARIN.

El objetivo de estas AROs se describen con gran minuciosidad en la comunicación que la Comisión dirigió al Consejo y el Parlamento el 20 de noviembre de 2008 sobre *«Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que el delito no resulte provechoso»*: Las oficinas deben actuar como puntos de contacto nacionales para las actividades relacionadas con el decomiso. Les corresponde promover mediante una cooperación reforzada, el seguimiento más rápido posible de los bienes de origen delictivo. En concreto, estas oficinas deberían poder cooperar efectivamente con las unidades de inteligencia financiera y con las autoridades judiciales. En este documento la Comisión propone oficinas con estructura multidisciplinar que comprenda policías y autoridades judiciales, aduaneras, etc. La oficina debe ser capaz de ejercer sus funciones y compartir información con las otras oficinas AROs sin límites derivados del secreto profesional. Las oficinas deben ser los puntos de contacto de las solicitudes de otros países. Deben también realizar estadísticas sobre los embargos y decomisos.

Por otro lado, la UE completa todo este plan con acciones dirigidas a la concienciación de las autoridades judiciales en la necesidad de actuar en este campo incrementando los esfuerzos procesales dirigidos a la incautación de los bienes y patrimonios tras la condena y también procurando el adelanto de la actuación a través de la incautación o embargo previo. Para ello se requiere buscar fórmulas que faciliten la localización de estos bienes y el intercambio de información sobre cuentas y patrimonios. El nuevo programa de Estocolmo insiste en esta línea de trabajo y exhorta a los Estados miembros a *«mejorar sus capacidades de investigación financiera utilizando todos los instrumentos legales disponibles, a mejorar la coordinación entre las unidades de inteligencia financiera en la lucha contra el blanqueo de capitales, a establecer una base de datos en Europol sobre operaciones sospechosas; a movilizar y coordinar fuentes de información para identificar transacciones*

*sospechosas de efectivo y confiscar el producto del delito; y a facilitar el intercambio de las mejoras prácticas en la prevención y aplicación de la ley, en particular en el marco de la red de agencias de recuperación de activos y de la red europea anticorrupción».*

En nuestro país, el Ministerio de Justicia envió un oficio a la Fiscalía General del Estado en fecha 12 de enero de 2009 en el que comunicaba la necesidad de nombrar puntos de contacto en relación con dos Decisiones Marco de la UE. Por un lado, la Decisión de 2007 sobre oficinas de recuperación de activos y, por otro, la Decisión 2008/852/JAI relativa al nombramiento de puntos de contacto para la red contra la corrupción. En el oficio se comunicaba, también, que el Ministerio del Interior ya había designado al Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado (CICO) como oficina de recuperación de activos pero habida cuenta que la Decisión Marco de 2007 establece *«No obstante lo dispuesto en el apartado 1, cada Estado miembro podrá crear o designar, con arreglo a su Derecho nacional, dos organismos de recuperación de activos»,* se estimaba oportuno solicitar de la Fiscalía la designación de un punto de contacto. Respondiendo a este oficio se propuso el nombramiento de la Fiscalía Anticorrupción para la Decisión Marco 2008, a la vez, se proponía a la Fiscalía Antidroga como oficina de recuperación de activos en relación con la Decisión Marco de 2007, habida cuenta de que es una de las Fiscalías con mayor actividad en estos aspectos y conscientes de que se solicitaba una oficina para trabajar junto a la ya designada CICO. Esta elección inicial y urgente se realizó sin perjuicio de abrir ulteriormente una reflexión conjunta sobre la posible necesidad de creación de un organismo u oficina de carácter mixto. Formalmente, por oficio de la REPER de 19 de marzo de 2009, se designó, a los efectos del artículo 1.3 de la Decisión Marco de 2008 (es decir, como oficina de recuperación de activos), al CICO y a la Fiscalía Antidroga. En la práctica, sin embargo, la oficina que realmente funciona operativamente en este ámbito es la UDEF (el CICO, que realiza la labor de punto de contacto, aunque tiene esas funciones para el extranjero, no realiza esas funciones a nivel nacional. De ese modo, la Policía Judicial recibe las peticiones extranjeras, las tramita y contesta y, a la vez, mantiene la estadística. El CICO envía periódicamente a la Fiscalía Antidroga las estadísticas a través de la Oficina de Localización de Activos y Relaciones Internacionales, UDEF Central Brigada de Blanqueo de Capitales. Tal vez por ello, finalmente, el Gobierno español ha optado por radicar orgánicamente esta oficina en el Ministerio del Interior. En ese sentido, la disposición final de la LO 5/2010, en su apartado 3, radica, finalmente, la Oficina de Recuperación de Activos en la Policía Judicial añadiendo a la LECRIM un nuevo artículo 367 septies[45] . Con ello se pretende dar repuesta a la necesidad de un órgano instrumental, centralizado y especializado, que

(45) *«El Juez o Tribunal, a instancia del Ministerio Fiscal, podrá encomendar la localización, conservación, administración y realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal a una Oficina de Recuperación de Activos. Dicha Oficina tendrá la consideración de Policía Judicial, y su organización y funcionamiento, así como sus facultades para desempeñar por sí o con la colaboración de otras entidades o personas las funciones de conservación, administración y realización mencionadas en el párrafo anterior, se regularán reglamentariamente.*

Asimismo, la autoridad judicial podrá acordar que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, el objeto del decomiso, si fuese de lícito comercio, pueda ser utilizado provisionalmente por la Oficina de Recuperación de Activos o, a través de ella, por cualquier otra unidad de la Policía Judicial encargada de la represión de la criminalidad organizada.

El producto de la realización de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias a los que se refiere este apartado podrá asignarse total o parcialmente de manera definitiva, en los términos y por el procedimiento que reglamentariamente

tenga funciones de policía judicial y que, en relación principalmente con procedimientos e investigaciones de delincuencia organizada, auxilie a las Fiscalías y órganos judiciales en la localización de activos, la siempre ingrata administración y gestión de los activos incautados durante la tramitación de los procedimientos judiciales en relación con actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal y la realización final de activos incautados. La Oficina, en su desarrollo reglamentario, quedaría dentro de la égida o dependiente orgánicamente del Ministerio del Interior y funcionalmente de jueces y fiscales con competencias y atribuciones en delincuencia organizada.

Sin duda se ha perdido una buena ocasión de crear una verdadera oficina multidisciplinar con un Fiscal al frente, siguiendo el exitoso ejemplo de países de nuestro entorno como Bélgica y Países Bajos[46].

se establezcan, a la Oficina de Recuperación de Activos y a los órganos del Ministerio Fiscal encargados de la represión de las actividades de las organizaciones criminales.

El Plan Nacional sobre Drogas actuará como oficina de recuperación de activos en el ámbito de su competencia, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley, en el Código Penal y en las demás disposiciones legales y reglamentarias que lo regulan».

(46) Las Oficinas de Recuperación de Activos de Bélgica, Central Office for Seizure and Confiscation (COSC), y de los Países Bajos, el National Criminal Assets Deprivation Bureau (BOOM).

Revista de

# Derecho Penal

## JURISPRUDENCIA

# ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

Página

## A

**Abono de prisión provisional:**

STS 208/2011, de 28 de marzo ..... 158
STS 243/2011, de 6 de abril ..... 166
STS 329/2011, de 5 de mayo ..... 202

**Acción popular:**

STC 67/2011, de 16 de mayo ..... 132

**Aclaración de sentencia:**

STS 88/2011, de 11 de febrero ..... 142

**Acusación y denuncia falsa:**

STS 254/2011, de 29 de marzo ..... 160

**Amenazas:**

SAP Jaén 89/2011, de 15 de abril ..... 240

**Apropiación indebida:**

SAP Lugo 70/2011, de 28 de abril ..... 251

**Audiencia preliminar:**

STS 511/2011, de 16 de mayo ..... 210

## C

**Coacciones:**

SAP Salamanca 54/2011, de 25 de abril ..... 245

**Conformidad:**

STS 88/2011, de 11 de febrero ..... 142

## D

**Delito electoral:**

STS 201/2011, de 25 de marzo ..... 158

**Delitos contra la propiedad intelectual:**

SAP Cáceres 126/2011, de 7 de abril ..... 233

**Derecho a la tutela judicial efectiva:**

STC 59/2011, de 3 de mayo ..... 129
STS 350/2011, de 5 de mayo ..... 201

**Derecho al juez predeterminado por la Ley:**

STS 350/2011, de 5 de mayo ..... 201

**Derecho de defensa:**

SAP Ciudad Real 45/2011, de 6 de abril ..... 231

**Desobediencia:**

SAP Jaén 85/2011, de 7 de abril ..... 235

**Dilaciones indebidas:**

SAP Santa Cruz de Tenerife 181/2011, de 15 de abril ..... 242

## E

**Estafa:**

STS 100/2011, de 22 de febrero ..... 149
SAP Salamanca 12/2011, de 8 de abril ..... 237
SAP León 23/2011, de 27 de abril ..... 248

**Expulsión de extranjeros:**

SAP Ciudad Real 21/2011, de 27 de abril ..... 246

**Extradición:**

STS 156/2011, de 21 de marzo ..... 154

## F

**Faltas. Animales peligrosos:**

SAP León 154/2011, de 18 de abril ..... 243

## G

**Genocidio:**

STS 259/2011, de 12 de abril ..... 173

## H

**Hurto:**

SAP Zamora 42/2011, de 3 de mayo ..... 254

## I

**Impago de pensiones:**

SAP Cáceres 132/2011, de 7 de abril ..... 234
SAP Ciudad Real 23/2011, de 28 de abril ..... 250

**Imputabilidad:**

SAP Segovia 29/2011, de 24 de mayo ..... 257

**Imprudente:**

SAP Jaén 48/2011, de 5 de abril ..... 230

**Incendio:**

STS 517/2011, de 20 de mayo ..... 215

**Incomunicación:**

STS 483/2011, de 30 de mayo ..... 216

**Incumplimiento del régimen de visitas:**

SAP Badajoz 66/2011, de 29 de abril ..... 252
SAP Teruel 16/2011, de 4 de mayo ..... 254

## J

**Juicio en ausencia:**

SAP Cuenca 43/2011, de 12 de abril ..... 238

## L

**Lesiones imprudentes:**

STS 528/2011, de 6 de junio ..... 219

## N

**Nulidad de actuaciones:**

SAP Santa Cruz de Tenerife 176/2011, de 18 de abril ..... 244

## O

**Orden europea de detención y entrega:**

STC 132/2011, de 18 de julio ..... 134

## P

**Prescripción:**

STC 133/2011, de 18 de julio ..... 136
SAP Huesca 66/2011, de 11 de mayo ..... 256

**Principio acusatorio:**

STS 348/2011, de 25 de abril ..... 194

**Principio de irretroactividad:**

STS 611/2011, de 9 de junio ..... 222

**Prueba:**

*Ilícita:*

STS 320/2011, de 22 de abril ..... 191

*Pericial:*

STS 204/2011, de 23 de marzo ..... 155

*Testifical:*

SAP Jaén 89/2011, de 15 de abril ..... 240

## R

**Realización arbitraria del propio derecho:**

STS 24/2011, de 1 de febrero ..... 139

**Recurso de apelación:**

STC 46/2011, de 11 de abril ..... 127

**Recurso de casación:**

STS 195/2011, de 14 de marzo ..... 151

**Refundición de condenas:**

STS 208/2011, de 28 de marzo ..... 158
STS 329/2011, de 5 de mayo ..... 202

**Responsabilidad civil. Vehículos a motor:**

STS 338/2011, de 16 de abril ..... 187

**Responsabilidad civil derivada del delito:**

STS 318/2011, de 31 de marzo ..... 164
SAP Lugo 51/2011, de 1 de abril ..... 229
SAP Segovia 29/2011, de 24 de mayo ..... 257

**Retroactividad de la Ley más favorable:**

STS 542/2011, de 14 de junio ..... 225

**Robo:**

SAP Cáceres 148/2011, de 28 de abril ..... 249

## S

**Secreto de las comunicaciones:**

STC 15/2011, de 28 de febrero ..... 125
STS 321/2011, de 26 de abril ..... 196

## T

**Tenencia ilícita de armas:**

STS 372/2011, de 10 de mayo ..... 207

**Tentativa. Desistimiento:**

STS 111/2011, de 22 de febrero ..... 145

**Tráfico de drogas:**

STS 241/2011, de 11 de abril ..... 170
STS 374/2011, de 10 de mayo ..... 205

**Tribunal del Jurado:**

STS 472/2011, de 19 de mayo ..... 213

# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

## Sentencia 15/2011 del TC, de 28 de febrero

Ponente: **Javier Delgado Barrio**
Resumen: **Secreto de las comunicaciones en el ámbito penitenciario**
Artículos: **18.3 y 25.2 CE y 50 y ss. Ley Orgánica General Penitenciaria**

**Otorgando el amparo al recurrente, se anula una resolución adoptada en nota informativa del director del Centro Penitenciario por la que establece requisitos adicionales a los previstos en la legislación penitenciaria para la comunicación del penado en el Juzgado de Vigilancia.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**5.** Desechado el óbice procesal opuesto por el Fiscal, procede exponer a continuación el canon de nuestro enjuiciamiento.

a) En primer lugar, a diferencia de otras Constituciones de nuestro entorno que específicamente garantizan la libertad de la correspondencia, el art. 18.3 CE consagra el derecho al secreto de las comunicaciones sin contemplar explícitamente la libertad de las comunicaciones. Pese a ello, este Tribunal ha declarado que, «[r]ectamente entendido, el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto» (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7). Dicho pronunciamiento se compadece con la prohibición de ingerencias arbitrarias en la correspondencia garantizada en el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el art. 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como con el derecho al respeto de la correspondencia previsto en el art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al indicar que «[u]n obstáculo en la posibilidad misma de iniciar correspondencia representa la forma más radical de "interferencia" (párrafo 2 del artículo 8) en el ejercicio del "derecho al respeto a la correspondencia"; no es admisible considerar que tal obstáculo está fuera del campo de aplicación del artículo 8 cuando no se discute que un simple control entra de lleno en dicho campo» (Sentencia de 21 de febrero de 1975, asunto *Golder,* § 43).

b) En segundo lugar, en la STC 106/2001, de 23 de abril, FJ 6, hemos afirmado que «el marco normativo constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones de que puede gozar una persona interna en un centro penitenciario viene determinado, no sólo por lo dispuesto en el art. 18.3 CE —que garantiza el derecho al secreto de las comunicaciones, salvo resolución judicial—, sino también y primordialmente por el art. 25.2 CE, precepto que en su inciso segundo establece que "el condenado a pena de prisión que estuviera cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria". Así pues, la persona recluida en un centro penitenciario goza, en principio, del derecho al secreto de las comunicaciones, aunque puede verse

afectada por las limitaciones expresamente mencionadas en el art. 25.2 CE. En los supuestos como el presente, en los que ni el contenido del fallo condenatorio, ni el sentido de la pena, han servido de base para la limitación del derecho del recurrente en amparo al secreto de las comunicaciones, es preciso contemplar las restricciones previstas en la legislación penitenciaria, al objeto de analizar su aplicación a la luz de los arts. 18.3 y 25.2 CE. (SSTC 170/1996, de 29 de octubre, FJ 4; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 2; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 2; 175/2000, de 26 de junio, FFJJ 2 y 3)».

Por lo tanto, el contenido del derecho al secreto de las comunicaciones de las personas internas en centros penitenciarios no es, sin más, el constitucionalmente declarado en los términos del art. 18.3 CE, sino, en virtud de la interpretación sistemática de este precepto en relación con el art. 25.2 CE, el que resulte de su configuración por el legislador, en el supuesto de que por la ley penitenciaria se hayan dispuesto limitaciones específicas del mismo y sin perjuicio de que esos límites se encuentren, a su vez, sometidos a sus propios presupuestos de constitucionalidad.

**6.** De conformidad con lo expuesto es preciso verificar, en primer lugar, si la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, general penitenciaria (LOGP), establece restricciones al secreto de las comunicaciones que puedan justificar la nota informativa dictada por el director del Centro Penitenciario el 25 de julio de 2006, así como la consiguiente actuación de la Administración penitenciaria por la que se condiciona el envío de comunicaciones escritas dirigidas al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria a que los internos cumplimenten una instancia adjunta a la misma conteniendo menciones identificativas del asunto de que trata la carta, al punto que el incumplimiento por el interno de dicha carga conlleva la negativa de la Administración penitenciaria a dar curso a esas comunicaciones.

Si bien el demandante de amparo y la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palencia abordan la legitimidad de la actuación controvertida partiendo del art. 51 LOGP, lo cierto es que este precepto no resulta determinante en el caso de autos en la medida en que, en sus diversos apartados, contempla las comunicaciones «con familiares, amigos y representantes acreditados de Organismos e instituciones de cooperación penitenciaria» (art. 51.1 LOGP), «con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales o con los Procuradores que los representen» (art. 51.2 LOGP), y «con profesionales acreditados en lo relacionado con su actividad, con los Asistentes Sociales y con Sacerdotes o Ministros de su religión» (art. 51.3 LOGP). El art. 51 LOGP no incluye en su regulación, sin embargo, las comunicaciones escritas dirigidas por los internos a la Autoridad Judicial y resulta, por tanto, inaplicable a los hechos que se encuentran en el origen del presente recurso de amparo.

Como certeramente indica el Ministerio Fiscal, el art. 50 LOGP contiene una regulación específica de las quejas y de los recursos de la que en modo alguno resulta la posibilidad de someter su interposición a restricciones como la impuesta en el caso de autos: por un lado, «[l]os internos tienen derecho a formular peticiones y quejas relativas a su tratamiento o al régimen del establecimiento ante el director o persona que lo represente, a fin de que tome las medidas oportunas o, en su caso, las haga llegar a las autoridades u organismos competentes. Si fueren hechas por escrito, podrán presentarse en pliego cerrado, que se entregará bajo recibo» (art. 50.1 LOGP); por otro lado, «[s]i los internos interpusieren alguno de los recursos previstos en esta Ley, lo presentarán asimismo ante el director del establecimiento, quien los hará llegar a la autoridad judicial, entregando una copia sellada de los mismos al recurrente» (art. 50.2 LOGP). Este precepto permite a los internos formular peticiones y quejas en pliego cerrado que se entregarán bajo recibo, e impone expresamente al director del establecimiento penitenciario la obligación de dar curso a los recursos previstos en dicha ley que los internos dirijan a la Autoridad Judicial, sin facultarle a imponer restricción o limitación alguna.

La posibilidad de someter las quejas y recursos dirigidos al Juez de Vigilancia Penitenciaria a una carga como la impuesta en el caso

de autos tampoco está contemplada en el art. 54 del Reglamento penitenciario (RP), aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, que desarrolla en este punto el art. 50 LOGP. El citado precepto dispone que «los internos podrán formular directamente las peticiones o quejas o interponer recursos ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria» (art. 54.1 RP), de las cuales se «entregará al interno o a su representante recibo o copia simple fechada y sellada» (art. 54.2 RP), precisándose a continuación que «[c]uando el escrito de queja o de recurso se presente ante cualquier oficina de Registro de la Administración Penitenciaria, una vez entregado al interno o a su representante el correspondiente recibo o copia simple fechada y sellada, se remitirá, sin dilación y en todo caso en el plazo máximo de tres días, al Juez de Vigilancia Penitenciaria correspondiente» (art. 54.3 RP). En definitiva, la legislación penitenciaria remite al interno la decisión de si presenta la comunicación escrita dirigida al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en sobre cerrado con indicación del remitente y el destinatario, en cuyo caso la Administración penitenciaria habrá de entregarle un recibo, o si lo hace en sobre abierto, obteniendo entonces una copia simple fechada y sellada. En cualquiera de los dos supuestos, la Administración penitenciaria lo remitirá, «sin dilación y en todo caso en el plazo máximo de tres días, al Juez de Vigilancia Penitenciaria».

El hecho de que la limitación no aparezca prevista en la ley penitenciaria sería ya suficiente para constatar la vulneración constitucional alegada por el demandante de amparo, pero es que, además, el art. 49.2 RP prohíbe expresamente cualquier restricción de las comunicaciones de los internos con las Autoridades Judiciales, al disponer que «[l]as comunicaciones orales y escritas de los internos con … Autoridades Judiciales y miembros del Ministerio Fiscal no podrán ser suspendidas, ni ser objeto de intervención o restricción administrativa de ningún tipo». Por lo que la restricción de la comunicación escrita dirigida al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria impuesta al demandante de amparo, consistente en la negativa de la Administración penitenciaria a dar curso a los escritos dirigidos al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria si el interno no hace constar en la instancia adjunta a la misma el asunto de que trata la carta, constituye una restricción de las comunicaciones del interno no sólo no habilitada, sino excluida por la legislación penitenciaria, y vulnera por ello el derecho al secreto de las comunicaciones del recurrente (art. 18.3 y 25.2 CE).

**7.** Llegados a este punto debemos fijar, con arreglo a lo dispuesto en el art. 55 LOTC, el alcance del amparo otorgado. Una vez declarado que la resolución del director del Centro Penitenciario formalizada a través de la nota informativa de 25 de julio de 2006, así como la actuación administrativa a la que esta última dio lugar, han vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones del demandante de amparo (art. 18.3 y 25.2 CE), hemos de proceder a la anulación, tanto de aquella resolución, como de los Autos de los órganos judiciales que la confirmaron.

## Sentencia 46/2011 del TC, de 11 de abril

Ponente: **Eugeni Gay Montalvo**

Resumen: **Condena en apelación sin vista pública**

Artículo: **24.2 CE**

**Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías al revocarse en apelación la sentencia absolutoria sin inmediación y contradicción habiéndose extendido la valoración probatoria de la Audiencia más allá de la prueba documental revisando los testimonios prestados en primera instancia.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**2.** a) En relación con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) en supuestos de condena en segunda instancia, es jurisprudencia ya reiterada de este Tribunal, iniciada en la STC 167/2002, de 18 de septiembre (FFJJ 9 a 11), y seguida en numerosas Sentencias posteriores (entre las últimas, SSTC 49/2009, de 23 de febrero, FJ 2; 30/2010, de 17 de mayo, FJ 2, o 127/2010, de 29 de noviembre, FJ 2), que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, contenidos en el derecho a un proceso con todas las garantías, impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción. Por ello, se ha apreciado la vulneración de este derecho fundamental en los supuestos en los que, tras ser dictada una Sentencia penal absolutoria en primera instancia, la misma es revocada en apelación y dictada una Sentencia condenatoria justificada en una diferente valoración de pruebas, como las declaraciones de los acusados o declaraciones testificales que por su carácter personal no podían ser valoradas de nuevo sin su examen directo en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción.

(...)

**3.** En el presente caso, la absolución por el delito de alzamiento de bienes acordada por el Juzgado de lo Penal se basó en que no se había acreditado la presencia de los elementos típicos del delito; concretamente, ni la existencia de auténticas maniobras de ocultación o desaparición de los bienes inmuebles ni el elemento subjetivo del delito, relativo a que tales actos estuvieran guiados por un ánimo defraudatorio dirigido a causar un perjuicio a los acreedores. (...) Las pruebas que el juzgador tuvo en cuenta para llegar a dicha conclusión fueron, junto a la prueba documental, las declaraciones de los dos acusados, que el órgano judicial considera «creíbles y veraces», y las declaraciones prestadas por otros tres testigos, atribuyendo especial relevancia el juzgador al testimonio de la anterior propietaria de la vivienda, quien manifestó que el piso de Móstoles lo había vendido a doña Rosaura dos años antes de la fecha en que se firmó la escritura pública de compraventa.

Tales conclusiones probatorias son modificadas por la Audiencia Provincial a partir de la prueba documental, tomando en cuenta la escritura pública para concluir que, tal como en ella aparece, la vivienda de Móstoles fue comprada por ambos recurrentes una vez contraído matrimonio, por lo que, tomando en consideración que las capitulaciones matrimoniales tuvieron lugar sólo diecisiete días después del accidente, la salida del patrimonio de don Florentino de la vivienda debía considerarse una maniobra fraudulenta dirigida a sustraerse al pago de la indemnización derivada del accidente. Para llegar a tal conclusión el órgano judicial de apelación descarta la versión que los recurrentes expusieron en el acto del juicio oral con sus declaraciones, rechazando que la vivienda hubiera sido comprada por Rosaura con anterioridad a contraer matrimonio. Ello supone que la valoración efectuada por la Audiencia Provincial, aun cuando manifieste que sólo tuvo en cuenta la prueba documental, conlleva una revisión de las declaraciones prestadas en el acto del juicio oral, al haber restado toda credibilidad a las declaraciones de los recurrentes y de otros testigos, a las que el órgano *a quo* atribuyó veracidad. Ello se muestra con claridad en la lectura del fundamento jurídico primero de la Sentencia condenatoria, en el que, después de exponer que la recurrente declaró que el piso lo tenía pagado antes de casarse, expresamente concluye que «ello no era cierto, pues lo abonó en una gran parte Florentino».

De lo acabado de afirmar debemos concluir que en el presente caso se ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por cuanto la valoración probatoria efectuada por la Audiencia Provincial, pese a haber tomado en cuenta prioritariamente la prueba documental, ha supuesto una revisión de los testimonios prestados en primera instancia, en tanto

en cuanto las conclusiones a las que llega implican, de modo expreso, un juicio negativo sobre la credibilidad de las declaraciones efectuadas por los recurrentes y otros testigos acerca de los hechos opuestos al que dio lugar a la absolución en primera instancia.

## Sentencia 59/2011 del TC, de 3 de mayo

Ponente: **Pablo Pérez Tremps**

Resumen: **Vulneración derecho presunción de inocencia y tutela judicial efectiva en el ámbito penitenciario. Falta de acatamiento de la doctrina del TC**

Artículos: **24 CE y 5 Ley Orgánica del Poder Judicial**

**Además de declararse la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del recurrente cuyas alegaciones fueron completamente ignoradas en el procedimiento administrativo sancionador, se aprecia también la de su derecho a la tutela judicial efectiva derivada de la respuesta recibida por medio de formularios estereotipados cuyo empleo y abuso censura el TC al Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria así como su negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del TC.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**2.** El recurrente aduce que en el procedimiento administrativo sancionador se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por no haberse valorado toda una serie de circunstancias puestas de manifiesto en el escrito de alegaciones, entre ellas la nulidad del registro de su celda en que se halló el objeto prohibido por haberse vulnerado su derecho a la intimidad, y su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), al no haberse dado respuesta a los argumentos de descargo en relación con la autoría de la falta que se le imputaba, entre ellos el no tener acceso desde la celda al lugar donde se decía que se había hallado el objeto prohibido y el hecho de que en los últimos seis meses había estado en seis celdas diferentes y que no existía ningún protocolo para acreditar que cuando se destina a un interno a una celda está libre de cualquier objeto no autorizado dejado allí por el anterior ocupante.

En relación con estas quejas es preciso recordar que este Tribunal ha reiterado que las garantías procesales establecidas en el art. 24 CE son aplicables también a los procedimientos administrativos sancionadores, en cuanto que son manifestación de la potestad punitiva del Estado, con las matizaciones que resulten de su propia naturaleza (por todas, STC 39/2011, de 31 de marzo, FJ 4). Más en concreto, este Tribunal ha reiterado que de estos derechos no están privadas las personas recluidas en los centros penitenciarios, cuyos derechos constitucionales reconoce expresamente el art. 25.2 CE —que sólo excepciona aquéllos que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria—, señalando que en el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considerando que la existencia de un régimen disciplinario especial en materia penitenciaria no implica que las personas recluidas en establecimientos penitenciarios se vean privadas, en los casos apropiados, de la protección del art. 6 del Convenio de Roma (por todas, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de octubre de 2003, caso Ezeh y Connors c. Reino Unido). De hecho, este Tribunal ha insistido con reiteración en la particular intensidad de las garantías exigibles en el ámbito de la potestad disciplinaria sobre los internos penitenciarios, por cuanto cualquier sanción en este ámbito supone de por sí una grave

limitación a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de una pena (STC 215/2007, de 8 de octubre, FJ 2).

Por tanto, conforme a la doctrina constitucional citada hay que insistir en que el cumplimiento de las garantías procedimentales del art. 24 CE debe extremarse en los procedimientos disciplinarios incoados a los internos por las eventuales infracciones de las normativa penitenciaria habida cuenta de las muy singulares circunstancias de dependencia en que se desarrolla la vida en el centro penitenciario, la naturaleza especialmente aflictiva de algunas de las sanciones previstas en la legislación penitenciaria, que llega a incluir el aislamiento en celda, y las muy importantes repercusiones y alcance que para el propio interno puede tener la incoación del procedimiento y la imposición de la sanción tanto en su régimen de vida como en el tratamiento penitenciario, al condicionar la aplicación de instituciones tan sensibles para los derechos del interno como es el normal disfrute de los permisos de salida o la posibilidad de progresión en grado. De ese modo, sobre la Administración penitenciaria pesa una muy especial exigencia de respetar y hacer efectivo el cumplimiento de estas garantías en la tramitación que desarrolle los expedientes disciplinarios.

(...)

El hecho de que la Administración penitenciaria ignorara completamente las alegaciones del recurrente, omitiendo su valoración, determina, tal como también señala el Ministerio Fiscal, que deba concluirse que se han vulnerado los derechos del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), desde la perspectiva del derecho a la motivación de las resoluciones sancionadoras, y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

(...)

**6.** La conclusión ya alcanzada de que el acuerdo sancionador ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del recurrente, con la nulidad radical que ello implica tanto de dicho acuerdo como de las resoluciones judiciales que lo confirman, eximiría a este Tribunal de tener que analizar la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva que el recurrente imputa a las resoluciones judiciales por haber dado una respuesta estereotipada a los recursos de reforma de alzada y reforma presentados. Sin embargo, habida cuenta de que uno de los argumentos utilizados en la demanda de amparo para justificar la especial trascendencia constitucional de este recurso de amparo ha sido, precisamente, en los términos de la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria y que, además, en este caso el órgano judicial incurre en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional, resulta necesario hacer un pronunciamiento sobre el particular.

(...)

**7.** Respecto de esta última vulneración, además, es necesario hacer dos consideraciones. La primera es recordar, como ya se hiciera en la STC 14/2011, de 28 de febrero, FJ 4, la permanente apelación que este Tribunal ha realizado a que si bien la salvaguarda del ejercicio de los derechos constitucionales de los reclusos, preventivos o penados, compete primordialmente a las propias instituciones penitenciarias, máxime en el ámbito de los expedientes disciplinarios, juegan un especial papel en ese ámbito los órganos jurisdiccionales y, de un modo singular, los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, que tienen un relevante papel en nuestro sistema penitenciario, correspondiéndoles no sólo resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos frente a sanciones disciplinarias, sino, en general, preservar y salvaguardar los derechos fundamentales de los reclusos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

A esos efectos, ciertamente, este Tribunal ya ha reiterado que no desconoce las dificultades en que deben desarrollar su actividad muchos órganos judiciales, pero también ha sido muy contundente al destacar que, por más que las lesiones constitucionales traigan causa de deficiencias estructurales u organizativas de

los órganos judiciales o del abrumador trabajo que sobre ellos pesa, esta hipotética situación orgánica no puede llegar a alterar el juicio de constitucionalidad que corresponde realizar a este Tribunal (por todas, STC 215/2007, de 8 de octubre, FJ 4). En ese sentido, este Tribunal vuelve a incidir en que más allá del carácter especialmente lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva que implica el uso de formularios estereotipados cuando en ellos no se da respuesta a las pretensiones de las partes, esa práctica es especialmente condenable en circunstancias como las imperantes en el ámbito del control jurisdiccional que deben ejercer los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, ya que implica una dejación de funciones en la salvaguarda de los derechos fundamentales de los presos que quiebra el sistema mismo diseñado en la Ley Orgánica general penitenciaria en evitación de los abusos de que pueden ser objeto ciudadanos que están en una especial situación de dependencia vital, fáctica y jurídica de la Administración penitenciaria.

**8.** La segunda consideración aparece referida específicamente al órgano judicial del que emana la vulneración declarada en el presente recurso de amparo: el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria. Este órgano judicial fue creado por la Ley Orgánica 5/2003, de 27 de mayo, al modificarse el art. 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dotándosele de jurisdicción en toda España para el cumplimiento de las funciones jurisdiccionales previstas en la Ley Orgánica general penitenciaria en relación con los delitos competencia de la Audiencia Nacional. Por acuerdo de 29 de mayo de 2003, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, se atribuyó el cumplimiento de las funciones del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria al titular del Juzgado Central de Menores, en régimen de compatibilidad.

Desde la entrada en funcionamiento de este órgano judicial han sido muy reiterados los pronunciamientos que este Tribunal ha debido realizar en relación con la manera en que ejerce el control de legalidad de la función sancionadora de la Administración penitenciaria que tiene encomendado. En muchos de esos recursos de amparo hay una queja coincidente de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por el uso de formularios estereotipados en que no se da una respuesta expresa a las diversas invocaciones de los recurrentes, lo que provocó que en todos ellos se otorgara el amparo (así, SSTC 268/2006, de 11 de septiembre, FJ 5; 34/2007, de 12 de febrero, FJ 5; 124/2007, de 21 de mayo, FJ 6; 215/2007, de 8 de octubre, FJ 4; 5/2008, de 21 de enero, FJ 5; 71/2008, de 23 de junio, FJ 6; 77/2008, de 7 de julio, FJ 6, y 156/2009, de 29 de junio, FJ 7). Más en concreto, en todas las Sentencias citadas se recoge expresamente como motivo de otorgamiento del amparo que el órgano judicial a pesar de invocarse por el interno sancionado en el recurso de reforma la eventual vulneración de derechos fundamentales a los que no se daba respuesta en el Auto de resolutorio del recurso de alzada, la única respuesta era que «las alegaciones contenidas en el escrito del recurrente no aportan hechos, razones o argumentos distintos a los ya expuestos en el recurso de alzada sino que contienen una interpretación subjetiva y diferente de los hechos o la valoración jurídica que se hacen en el Auto recurrido, por lo que procede su desestimación». Como puede comprobarse esa misma respuesta es la que ha recibido el ahora recurrente en amparo.

Lo expuesto pone en evidencia que este órgano judicial, pese a la reiteración con que desde la STC 268/2006, de 11 de septiembre, este Tribunal le ha señalado que dicha respuesta estereotipada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) cuando se alegan vulneraciones de derechos fundamentales en la tramitación del procedimiento sancionador, insiste en su utilización. Ello implica, en los términos de la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, que este órgano judicial está incurriendo en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional, cuya exigencia trae causa del art. 5 LOPJ. Esta circunstancia no sólo pone de manifiesto la especial trascendencia constitucional de este recurso de amparo, sino que, además, debe servir de justificación para que este Tribunal haga una apelación directa a este órgano judicial para que haga un acatamiento estricto de la doctrina de este Tribunal sobre el particular.

## Sentencia 67/2011 del TC, de 16 de mayo

Ponente: **Luis Ignacio Ortega Álvarez**

Resumen: **Acción popular. Legitimación de Delegado especial de Gobierno contra violencia sobre la mujer**

Artículos: **24.1 y 125 CE y 29 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre**

**Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al proceso al negarse legitimación a la Delegada especial del Gobierno contra la violencia sobre la mujer para personarse ejercitando la acción popular en un proceso penal abierto en un caso de violencia de género.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**3.** (...) Frente al razonamiento jurídico seguido por el órgano judicial que denegó la personación de la Delegada especial del Gobierno contra la violencia sobre la mujer debemos declarar, en primer lugar, que si bien es cierto que la institución de la acusación particular está reservada para personas físicas y jurídicas privadas que resulten directamente perjudicadas por el delito, no lo es tanto que la institución de la acción popular reconocida por el art. 125 CE esté, asimismo, reservada para personas privadas. En el fundamento jurídico 3 de la STC 129/2001, de 4 de junio, a la que se remiten las resoluciones judiciales impugnadas, este Tribunal declaró efectivamente que el término «ciudadanos» del art. 125 CE se refería a personas físicas y jurídicas privadas pero con exclusión de las Administraciones públicas. Ahora bien, la doctrina derivada de la citada Sentencia constitucional es previa al reconocimiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de las personas jurídico-públicas por la STC 175/2001, de 26 de julio. En el fundamento jurídico 7 de esta Sentencia el Pleno del Tribunal reconoció que la ampliación del término ciudadano del art. 53.2 CE a las personas jurídico-privadas no justifica por sí misma la ampliación subjetiva de forma automática a las personas jurídico-públicas, aunque el Tribunal consideró que tampoco lo impide a la luz del reconocimiento de la titularidad de ámbitos específicos del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión a las personas jurídico-públicas que la propia Sentencia establece en su fundamento jurídico 8.

En cuanto al contenido del término ciudadanos en su utilización por el art. 125 CE al referirse a los titulares de la acción popular, en el mismo FJ 3 *in fine* de la STC 311/2006, de 23 de octubre, recordamos que, según hemos declarado, «el argumento terminológico es insostenible "desde el momento en que, con relación a otros preceptos constitucionales, este Tribunal viene entendiendo que el término en cuestión no se refiere exclusivamente a las personas físicas ... En definitiva, si el término 'ciudadanos' del art. 53.2 de la Constitución ha de interpretarse ... en un sentido que permita la subsunción de las personas jurídicas, no hay razón alguna que justifique una interpretación restrictiva de su sentido cuando dicho término se utiliza en el art. 125 o en la normativa articuladora del régimen legal vigente de la acción popular" (STC 241/1992, de 21 de diciembre, FJ 4; reiterado en STC 34/1994, de 31 de enero, FJ 3; 50/1998, de 2 de marzo, FJ 2)».

En segundo lugar, respecto de la exigencia por parte de la propia doctrina constitucional (STC 64/1999, de 26 de abril) de que la acción popular esté prevista expresamente por ley que determine en qué procesos y con qué requisitos puede ejercerse, como argumento utilizado por los órganos judiciales para declarar la falta de

legitimación de la Delegada especial del Gobierno contra la violencia sobre la mujer en el proceso penal del que trae causa este recurso de amparo, debemos declarar que las resoluciones judiciales impugnadas interpretaron el art. 29.2 de la Ley Orgánica 1/2004, sin tener en cuenta el contexto social y los objetivos de la citada ley expresados en su exposición de motivos, en los que cobra sentido la institución del Delegado especial del Gobierno.

Es cierto que a diferencia de la legislación autonómica valenciana o cántabra, que disponen expresamente la legitimación de los respectivos delegados especiales autonómicos para intervenir ejerciendo la acción popular en procesos penales abiertos como consecuencia de violencia de género (lo que fue objeto de otorgamiento del amparo solicitado en las SSTC 311/2006, 8/2008 y 18/2008), en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, se faculta al Delegado especial del Gobierno «ante los órganos jurisdiccionales para intervenir en la defensa de los derechos y de los intereses tutelados en esta Ley en colaboración y coordinación con las Administraciones Públicas» (art. 29.2 de la citada Ley Orgánica). Ni el art. 29.2 transcrito, ni el art. 3 del Real Decreto 263/2011, que establece la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, dedicado a las funciones del Delegado especial del Gobierno, ni los preceptos reglamentarios anteriormente vigentes dedicados a desarrollar las funciones del Delegado especial del Gobierno (art. 5 del Real Decreto 1135/2008, de 4 de julio, que desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Igualdad), concretan su legitimación para personarse en procesos penales. De exigirse habilitación expresa, como criterio general, significaría que, dado que no se habilita expresamente para ningún orden jurisdiccional, el precepto carecería de contenido. Lo que existe es una habilitación genérica para todos los órdenes jurisdiccionales.

Ahora bien, como alegó el Abogado del Estado tiene especial relevancia la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2004, donde el legislador explicita el contexto social al que la ley trata de ofrecer respuesta y, por tanto, los objetivos de la misma.

(...)

La Ley Orgánica 1/2004 proporciona, como recoge la exposición de motivos, «una respuesta legal integral que abarca tanto las normas procesales, creando nuevas instancias, como normas sustantivas penales y civiles, incluyendo la debida formación de los operadores sanitarios, policiales y jurídicos responsables de la obtención de pruebas y de la aplicación de la ley». En la respuesta integral que ofrece la Ley Orgánica 1/2004 a las víctimas de la violencia de género se enmarca la institución del Delegado especial del Gobierno contra la violencia sobre la mujer. El art. 29 de la citada ley que lo regula se ubica en el título III de la Ley Orgánica 1/2004, dedicado a la «tutela institucional», que lo crea junto al Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer. De acuerdo con la exposición de motivos de la ley, al Delegado especial del Gobierno le corresponde, entre otras funciones, «proponer la política del Gobierno en relación con la violencia sobre la mujer y coordinar e impulsar todas las actuaciones que se realicen en dicha materia, que necesariamente habrán de comprender todas aquellas actuaciones que hagan efectiva la garantía de los derechos de las mujeres».

Por lo expuesto podemos concluir que, aunque el art. 29.2 de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, no contenga una habilitación expresa al Delegado especial del Gobierno contra la violencia sobre la mujer para ejercitar la acción popular y descartada su personación como acusación particular, puesto que esta figura se reserva por el legislador para aquellos perjudicados por el delito, no es posible desconocer que el legislador orgánico atribuye al Delegado especial del Gobierno una habilitación *ex lege* para personarse ante los órganos jurisdiccionales en todos aquellos procesos que recaigan en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género. Una legitimación que puede ser calificada como acción popular. Aunque, como tiene declarado este Tribunal en la STC

311/2006, de 23 de octubre, «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 que la ley que así lo establezca fuera recurrida ante este Tribunal» (FJ 5).

La protección integral que otorga el legislador a las víctimas de violencia de género abarca el ámbito de los procesos penales, la defensa de sus derechos laborales o en el ámbito de la relación funcionarial, así como de sus derechos económicos, que pueden ser hechos valer a través de procesos judiciales en los que cabrá la intervención de la Delegación especial del Gobierno contra la violencia sobre la mujer merced a la habilitación contenida en el citado art. 29.2 de la Ley Orgánica 1/2004.

**4.** Las resoluciones impugnadas negaron la legitimidad de la Delegada especial del Gobierno para personarse en un proceso penal por homicidio de una mujer en un supuesto de violencia de género con un razonamiento jurídico que desconoce la finalidad de protección integral de la Ley Orgánica 1/2004 y que, a nuestros efectos, adquiere relevancia constitucional porque lesiona el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción en ejercicio de la acción popular reconocido en el art. 24.1 CE y del que, de acuerdo con la doctrina constitucional previamente citada, es titular la demandante de amparo.

## Sentencia 132/2011 del TC, de 18 de julio

Ponente: **Elisa Pérez Vera**

Resumen: **Euroorden. Tutela judicial efectiva**

Artículos: **17 y 24 CE**

**Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los recursos al no haber dado trámite a los medios de impugnación interpuestos por el reclamado en el procedimiento de euroorden con base en una causa no establecida legalmente (no hallarse el reclamado a disposición judicial).**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**3.** El derecho fundamental, pues, al que ha de ceñirse nuestro examen es el de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de acceso a los recursos legalmente establecidos respecto del que este Tribunal ha reiterado, en lo que aquí importa, que se trata de un derecho de configuración legal, correspondiendo a los órganos judiciales la interpretación y la aplicación de las normas procesales que regulan los requisitos para su admisión al tratarse de una cuestión de legalidad ordinaria, propia de los Tribunales de Justicia (art. 117.3 CE). En consecuencia, el control constitucional que de las resoluciones judiciales dictadas sobre esta materia puede realizar este Tribunal es meramente externo, debiendo circunscribirse a verificar si carecen de motivación, se apoyan en una causa de inadmisión no prevista legalmente o evidencian un juicio arbitrario, irrazonable o fundado en un error patente, sin que el escrutinio que nos compete efectuar sobre ellas pueda ampliarse al juicio de proporcionalidad inherente al principio *pro actione,* específico del derecho de acceso a la jurisdicción (entre las más recientes, SSTC 55/2008, de 14 de abril; 42/2009, de 9 de febrero; FJ 2, y 65/2011, de 16 de mayo, FJ 3).

**4.** De conformidad con lo expuesto, ha de analizarse si las resoluciones judiciales impugnadas fueron o no respetuosas con aquel derecho fundamental al determinar que, «[n]o estando el reclamado a disposición del Tribunal, no ha lugar a resolver sobre los escritos presentados por la parte». Pues bien, basta examinar el tenor literal transcrito para concluir que no proporciona base legal —dada la inexistencia en nuestro Ordenamiento jurídico de previsión alguna al respecto— sobre la que poder fundar de modo razonable la negativa a conocer de las pretensiones del demandante expuestas en sendos recursos, el primero frente al Auto que decretaba la prisión provisional del mismo y el segundo frente a la providencia que, precisamente, acordó no conocer del previo recurso por no hallarse aquél a disposición del órgano judicial.

De esta forma, le asiste la razón al recurrente cuando afirma que la circunstancia consistente en que no se encontrara a disposición del Tribunal, aunque estuviera obligado a ello, no resulta en modo alguno una justificación hábil para el órgano judicial en orden a dar o no trámite a los recursos procedentes previstos en la ley, especialmente cuando ni se cita ni existe precepto legal alguno que ampare tal modo de proceder. En este sentido, cabe señalar que no es aquí aplicable la doctrina constitucional contenida en las SSTC 87/1984, de 27 de julio, y 149/1986, de 26 de noviembre, ya que las mismas vienen referidas a la personación del procesado rebelde mediante procurador en procesos penales propiamente dichos, mientras que en este caso se trata de la inadmisión de un recurso contra un Auto de prisión provisional dictado frente a la parte ya personada y, además, en el seno de la ejecución de una orden de entrega en un procedimiento de orden europea de detención y entrega. Como también difiere del supuesto de la STC 198/2003, de 10 de noviembre, en la que se otorgó el amparo con base en el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y los derechos de defensa y de ser asistido de Letrado (art. 24.2 CE), en tanto se había denegado por los órganos judiciales la personación del Abogado y Procurador del demandante en el expediente de revocación de libertad condicional, aspectos que, según lo expuesto, no son los que se suscitan en el caso ahora enjuiciado.

Por lo demás, la falta de cobertura legal de la actuación judicial adquiere especial relevancia en el supuesto de hecho aquí examinado, en el que la resolución que se recurrió era el Auto en que se decretaba la prisión provisional del demandante, subyaciendo por tanto el derecho a la libertad personal garantizado en el art. 17.1 CE. Siendo asimismo un elemento a considerar, como observa el Ministerio Fiscal, que la cuestión que con la interposición de los recursos se sometía al Tribunal era dilucidar si habían transcurrido los plazos máximos para ejecutar la orden europea de detención y entrega. Se trataba, por consiguiente, de una cuestión de Derecho para cuya resolución no era precisa la sujeción del afectado sino que, por el contrario, de haber sido atendida dicha pretensión por el órgano judicial —o bien apreciada de oficio—, hubiera decaído el presupuesto legal habilitante de la medida cautelar limitativa del derecho a la libertad. Sin que, en fin, pueda reputarse lícito subordinar la efectividad del derecho de acceso al recurso a la imposición de una privación de libertad, en la medida en que el cumplimiento del requisito de ponerse a disposición del órgano judicial conllevaría la privación de la libertad ambulatoria del recurrente durante el período de tiempo empleado en la sustanciación del mismo, por breve que pudiera ser, por pesar sobre él un Auto de prisión provisional.

**5.** Por lo expuesto, no cabe sino concluir que las providencias de 4 de marzo y de 22 de febrero de 2008 de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional han lesionado el derecho del demandante a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de acceso a los recursos, al no haber dado trámite a los medios de impugnación interpuestos por el mismo con base en una causa no establecida legalmente. De ahí que la consecuencia del amparo que otorgamos consista en la anulación de aquellas resoluciones y en la retroacción de actuaciones para que se dicte nueva resolución con respeto al derecho constitucional reconocido.

## Sentencia 133/2011 del TC, de 18 de julio

Ponente: **Adela Asua Batarrita**

Resumen: **Prescripción**

Artículo: **132.2 Código Penal**

**La sentencia otorga el amparo por apartarse el órgano judicial de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la prescripción. Un voto particular discrepante entiende que, a la vista de las modificaciones introducidas al respecto en el Código Penal, el Tribunal Constitucional debería revisar su doctrina sobre la prescripción.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**3.** La siguiente queja que debe ser objeto de análisis es la relativa a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a libertad personal (art. 17 CE), por considerar que no se ha apreciado la prescripción de la responsabilidad criminal de los ejercicios 1997 y 1998, con infracción del art. 132.2 del Código penal y de la jurisprudencia constitucional sobre el particular.

Para llevar a cabo el examen de esta queja, cuya especial trascendencia constitucional [art. 50.1.b) LOTC] deriva, en los términos señalados en la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, del desconocimiento manifiesto del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional, tanto por parte del Juzgado de lo Penal núm. 9 de Barcelona, como por parte de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, comencemos por recordar que el art. 132.2 del Código penal, en la redacción vigente al momento de cometerse los hechos que han dado lugar a las Sentencias recurridas, disponía que la prescripción «se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido cuando el procedimiento se dirija contra el culpable». Este precepto ha sido interpretado por este Tribunal en el sentido de entender que la querella o denuncia de un tercero «es una "solicitud de iniciación" del procedimiento» (SSTC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 8, y 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10), pero «no un procedimiento ya iniciado» (precisa la STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10), razón por la cual aquella querella o denuncia no tiene por sí sola eficacia interruptiva del cómputo del plazo prescripción. La interrupción requiere un «acto de interposición judicial» [STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12.c)] o de «dirección procesal del procedimiento contra el culpable» (STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 5). En consecuencia, la interpretación de aquel precepto legal en el sentido de que «la simple presentación de una denuncia o querella, sin que medie ningún acto de interposición judicial, interrumpe el plazo de prescripción, no respeta las exigencias de tutela reforzada, al no tomar en consideración, ni las exigencias derivadas de la seguridad jurídica, ni el fundamento de la institución, ni la implicación del derecho a la libertad (art. 17.1 CE)» [STC 59/2010, de 4 de octubre, FJ 2.a)]. Ahora bien, «[l]a determinación de la intensidad o calidad de dicha actuación judicial para entender interrumpido el lapso prescriptivo de las infracciones penales corresponde a la jurisdicción ordinaria» [STC 59/2010, de 4 de octubre, FJ 2.c)].

En el caso analizado, y comenzando con la prescripción de la responsabilidad criminal correspondiente al ejercicio 1998, como señalan los órganos judiciales, el *dies a quo* para el cómputo de la prescripción era el 30 de enero del 1999 y el *dies ad quem* el 30 de enero de 2004, conforme al plazo de prescripción de cinco años previsto en el art. 131.1 del Código penal aplicable al presente caso. Pues bien, la querella de la Administración tributaria (solicitud de iniciación del procedimiento) se presentó con fecha de 23 de enero de 2003, esto es, antes de que concluye-

se el plazo de prescripción respecto al ejercicio de 1997, y el primer acto de interposición judicial con virtualidad interruptiva fue el Auto de 24 de enero de 2003, de incoación de diligencias previas y de admisión de querella. Sin embargo, la ampliación de la querella al ejercicio del año 1998 se solicitó mediante escrito fechado el 19 de enero de 2004, ampliación que fue admitida por Auto de 2 de febrero de 2004, esto es, una vez vencido el plazo de prescripción de cinco años correspondiente al ejercicio fiscal 1998.

La titular del Juzgado de lo Penal núm. 9 de Barcelona, ante la discrepante doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en la materia, considera prevalente la doctrina del Supremo y, por ello, tomó en consideración la fecha del escrito de ampliación de la querella de 19 de enero de 2004 como momento de interrupción de la prescripción y no la del Auto de admisión de 2 de febrero de 2004. Por su parte, la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona señala abiertamente que «no comparte» la doctrina de la STC 63/2005, de 14 de marzo, que califica como «aislada», y fija el *dies ad quem* en el día 24 de enero de 2003, esto es, el día de presentación de la querella (ni siquiera el día de la ampliación de la querella), momento en el que, a su juicio, se dirige la acción penal contra los acusados y en el cual no había transcurrido el plazo legal de prescripción de cinco años.

Pues bien, al momento de dictarse la Sentencia impugnada —el 26 de febrero de 2009—, ya había doctrina constitucional aplicable, debiendo recordarse que el art. 5.1 LOPJ, dentro del título preliminar y bajo el rótulo «Del Poder Judicial y del ejercicio de la potestad jurisdiccional» dispone expresamente que «[l]a Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos». No cabe duda, pues, de que ambas resoluciones judiciales al considerar no prescrita la responsabilidad criminal respecto al ejercicio 1998, con base en la idoneidad de la denuncia como acto interruptivo del cómputo del plazo de prescripción de la acción penal, se oponen frontalmente a la interpretación realizada por este Tribunal del alcance del art. 132.2 CP. Lo cual supone una clara quiebra del mandato recogido en el citado art. 5.1 LOPJ de la que deriva la consiguiente lesión de los derechos de los demandantes a la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24.1 CE (SSTC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10; 147/2009, de 15 de junio, FJ 2; 195/2009, de 28 de septiembre, FJ 6, y 206/2009, de 23 de noviembre, FJ 3).

En conclusión, lo determinante en este caso para considerar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) no es que la interpretación realizada por los órganos judiciales sobre el cómputo de prescripción resulte contraria al art. 24.1 CE, en relación con el art. 17.1 CE, como se mantuvo en la ya citada STC 63/2005. Lo realmente relevante es que, sin perjuicio de que pueda o no compartirse la doctrina sentada en la STC 63/2005, sobre lo que no es preciso pronunciarse ahora, los órganos judiciales eran conocedores de la existencia de una decisión clara del Tribunal Constitucional sobre el particular en la que se había considerado contraria a la Constitución española la interpretación finalmente asumida y, a pesar de ello, deciden conscientemente no aplicar dicha doctrina constitucional. Ello implica una contravención del mandato tajante del art. 5.1 LOPJ cuyo incumplimiento determina que las resoluciones judiciales impugnadas deban reputarse vulneradoras del art. 24.1 CE.

(...)

### VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON MANUEL ARAGÓN REYES RESPECTO DE LA SENTENCIA DICTADA EN LOS RECURSOS DE AMPARO NÚMS. 3794-2009 Y 3867-2009, ACUMULADOS

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 LOTC y con pleno respeto a la opinión de la mayoría de la Sala, expreso mi discrepancia con la fundamentación jurídica y el fallo de la Sentencia que otorga parcialmente el amparo. Dicha discrepancia se basa en los siguientes argumentos, defendidos por mí en las deliberaciones:

1. Aunque comparto, en principio, con la Sentencia, que el incumplimiento manifiesto del

deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional por los órganos judiciales, como ha ocurrido en este caso, supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva garantizada por el art. 24.1 CE, ello sólo cabe apreciarlo, a mi juicio, cuando el propio Tribunal desea mantener esa doctrina, no, obviamente, cuando esté dispuesto a modificarla. En este segundo supuesto, es claro que no debe sancionarse la actuación judicial que da ocasión al Tribunal, precisamente, para realizar dicha modificación. De lo contrario, el Tribunal Constitucional, cuya actuación no es de oficio, difícilmente podría dar cumplimiento a su función, de la que forma parte, sin duda, la revisión de su propia jurisprudencia.

2. Justamente, porque a mi entender la doctrina sobre la prescripción penal, sentada por el Tribunal desde la STC 63/2005, de 14 de marzo, debe ser modificada, el recurso de amparo no debiera haber sido resuelto por la Sala, sino avocado al Pleno (art. 13 LOTC) para que éste efectuase tal modificación. La Sentencia a la que este Voto particular se refiere no lo ha hecho así, al sostener la mayoría de la Sala que aquella doctrina debe mantenerse. De ahí mi discrepancia.

Dicha doctrina, iniciada, como ya dije, por la STC 63/2005, y después confirmada por Sentencias posteriores (SSTC 29/2008, de 20 de febrero, y 59/2010, de 4 de octubre, entre otras), deduce de la Constitución un concepto sustantivo de prescripción penal según el cual ésta no se interrumpe por la presentación de la denuncia o la querella, sino sólo a partir de un acto de intermediación judicial. En consecuencia, considera inconstitucional la interpretación del texto que entonces tenía el art. 132.2 del Código penal (CP) que conduzca al primer entendimiento, proclamando constitucional sólo la interpretación de dicho precepto que conduzca al segundo. Tal doctrina, sentada por la Sala Segunda de este Tribunal (a la que nunca he pertenecido), ni la compartí entonces ni la comparto ahora, por tres razones principales: porque desvirtúa por completo el tenor literal del texto (de entonces) del art. 132.2 CP, porque no cabe, a mi juicio, deducir de la Constitución ese sentido unívoco de la prescripción penal y porque, en consecuencia, el entendimiento y aplicación de la prescripción corresponde hacerlo a la jurisdicción ordinaria (tal como había sido doctrina constante de este Tribunal antes de la STC 63/2005). En tal sentido, mi posición es muy próxima a la de los Votos particulares de los Magistrados don Vicente Conde Martín de Hijas y don Ramón Rodríguez Arribas, formulados respecto de la aludida STC 63/2005.

Cierto es que no resultan admisibles situaciones de falta de diligencia del órgano judicial en la admisión a trámite de la denuncia o querella. Pero la respuesta a tales situaciones no puede ser la de desvirtuar el instituto de la prescripción, sino la adopción de medidas encaminadas a asegurar la pronta intervención judicial, que es cabalmente lo que se ha hecho mediante la reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en el art. 132.2 CP.

Precisamente por ello, producida la modificación del texto del art. 132.2 CP por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en el sentido contrario al de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional, es decir, aclarando que, como había sostenido el Tribunal Supremo respecto del texto anterior del art. 132.2 CP, la prescripción se interrumpe por la presentación de la denuncia o la querella, el mantenimiento de la jurisprudencia constitucional al respecto (jurisprudencia, que, como es obvio, no puede ser cambiada por el legislador) parece conducir a entender que esa modificación legislativa incurriría en inconstitucionalidad. Lo que añade un argumento más para sostener que el asunto al que este Voto particular se refiere no debiera haberse resuelto por la Sala, sino haberse avocado al Pleno. Y, allí, en la deliberación del Pleno, suscitarse (yo, al menos, lo habría hecho) la necesidad del cambio de doctrina.

3. Todo lo expresado es lo que me lleva a discrepar tanto de la fundamentación jurídica como del fallo de la Sentencia señalada en el encabezamiento de este Voto, ya que ni estoy a favor del mantenimiento de la doctrina de este Tribunal sobre la prescripción penal ni estoy de acuerdo, en consecuencia, con el otorgamiento del amparo, ya que lo procedente, a mi juicio, es que se hubieran avocado al Pleno los dos recursos acumulados para que ante éste se hubiera planteado la modificación de aquella doctrina.

Y en este sentido emito mi Voto particular.

# TRIBUNAL SUPREMO

## Acuerdo del Pleno, Sala Segunda del TS, de 27 de abril de 2011

**Único asunto: En relación con el recurso 2176/2010, «Aplicabilidad del artículo 132.1, 2.º inciso, a delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor».**

Acuerdo: Que las actuaciones declaradas nulas en el proceso penal no pierden por ello la eficacia interruptiva que tuvieron en su momento.

## Sentencia 24/2011, Sala Segunda del TS, de 1 de febrero

Ponente: **Andrés Martínez Arrieta**

Resumen: **Realización arbitraria del propio derecho**

Artículo: **455 Código Penal**

**Se estudian el alcance de los conceptos de «violencia» y «fuerza en las cosas» en el contexto del delito de realización arbitraria del propio derecho. Se recoge también un voto particular discrepante.**

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Único.—**(...)

Resta por examinar el motivo opuesto por error de derecho en el que denuncia la indebida aplicación del art. 455 del Código penal, a cuyo tenor es sancionado penalmente quien con la intención de realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas. La jurisprudencia de esta Sala ha considerado como elementos de este delito (STS de 14 de abril de 2004), a) en cuanto a la relación jurídica extrapenal preexistente, cabe aplicar éste no solo a derechos crediticios u obligacionales, sino que se ha extendido a otros derechos como los reales. b) En cuanto a la dinámica comisiva se trata de hacer efectivos derechos propios y la apropiación deberá recaer sobre los bienes que constituyen el objeto de los derechos, y deberá emplearse violencia, intimidación o fuerza en las cosas. c) En cuanto al propósito de realizar un derecho propio, elemento subjetivo del injusto, la jurisprudencia ha entendido que el mismo determina la eliminación del ánimo de lucro, y marca la diferencia con el robo. La intención de enriquecimiento injusto marcará el delito de robo, mientras que con el delito de realización arbitraria del propio derecho, se busca la reparación de un empobrecimiento injusto.

El motivo será estimado sobre tres consideraciones. En primer lugar, porque desde la redacción del tipo objetivo, se exige el empleo de violencia intimidación o fuerza en las cosas. Descartado en el hecho de la presente casación el empleo de violencia o de intimidación en las personas, la conducta declarada probada debe ser subsumida en una fuerza en las cosas merecedora del reproche penal de la norma. El concepto de fuerza en las cosas es un concepto normati-

vo cuyo contenido se encuentra en los arts. 238 y 239 del Código penal respecto al que no cabe realizar interpretaciones extensivas para comprender la utilización por el propietario de sus propias llaves. Por otra parte, la conducta posterior, el cambio de cerradura, podría ser objeto de una subsunción en las coacciones, modalidad delictiva que no ha sido objeto de acusación y que tampoco se encuentra entre las modalidades comisivas del art. 455, recordemos violencia, intimidación o fuerza en las cosas. El delito de coacciones (art. 172 Cp) consiste en impedir o compelir a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe o hacer lo que no quiere. La consideración de un cambio de cerradura posterior a la entrada en la vivienda realizada por el propietario supondría una interpretación extensiva del art. 455 Cp que refiere unas modalidades concretas de fuerza en las cosas.

Una segunda consideración argumentativa es la derivada de la presencia de la tipicidad de la realización arbitraria del propio derecho de un elemento subjetivo del injusto «para realizar un derecho propio», expresión que no resulta del hecho probado ni se infiere del relato fáctico. El elemento subjetivo del injusto, la finalidad perseguida por el autor debiera consistir, en el presente supuesto, en la utilización de una vía de hecho, violenta en las personas o con fuerza en las cosas, para recuperar una cosa a la que se tiene derecho y que la parte obligada no cede voluntariamente. En estos supuestos el autor del delito no utiliza las vías legales para recuperar su bien o su derecho, sino que emplea vías de hecho contrarias a la norma para su recuperación. Pues bien, en el presente supuesto no resulta mínimamente acreditado y tampoco se declara probado, que la finalidad perseguida fuera esa recuperación por vías de hecho sino que se declara probado que la vivienda había sido desalojada por los moradores, un año antes de los hechos. En todo caso, no hay una intimación previa al cumplimiento de la obligación, un requerimiento de devolución del apartamento que fue cedido para vivienda y abandonado en ese uso.

Por último, y como tercera consideración, cuando el propietario realiza la entrada y el posterior cambio de la cerradura la vivienda que había sido entregado para uso de los compradores durante el tiempo de la construcción de la que se adquiría en el contrato, había sido abandonada de ese uso un año antes y desde esa fecha había sido convertida en almacén, es decir, para un destino distinto de aquél para el que fue entregada. El hecho probado refiere que en el mes de de marzo de 2005 y en la vivienda entregada para ese uso estuvieron durante un año, lo que nos sitúa en el mes de marzo de 2006. La entrada del propietario para arreglar los desperfectos derivados de la rotura del depósito y posterior cambio de cerraduras acaece el 9 de junio de 2007, cuando los moradores habían dejado de pagar los servicios a los que se habían comprometido, esto es, agua y luz. Desde la perspectiva expuesta es razonable que el recurrente no actuara sobre el derecho de cesión para vivienda y en ese sentido manifestó en el enjuiciamiento que sabía que la vivienda estaba desocupada y no realizaba la finalidad para la que fue entregada, servir de vivienda a los compradores en cuyo contrato de compraventa se pactó la cesión de uso para vivienda. En consecuencia, no resulta acreditado el contenido del injusto típico de la realización arbitraria del derecho a la medida en que el apartamento sobre el que se actúa había sido abandonado como vivienda, no se gozaba de servicios de luz y agua, por lo que la entrega pactada para vivienda ya no existía.

Consecuentemente no resulta acreditado que el acusado tratara de realizar un derecho propio fuera de los cauces previstos en la ley, pues razonablemente puede tratarse de un supuesto de extinción de la relación contractual para la que se entregó el goce del apartamento, para vivienda no para almacén, y ese abandono de la finalidad del contrato aparece documentado en la causa mediante el cese en el pago de los compromisos adquiridos, lo que implicaba un abandono del contrato. En todo caso, no se emplearon en el hecho las formas de actuación típica del art. 455 del Código penal.

(...)

### VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS MAGISTRADOS EXCMOS. SRES. D. FRANCISCO MONTERDE FERRER Y D. DIEGO RAMOS GANCEDO

Con el máximo respeto al criterio de la mayoría de la Sala plasmado en la sentencia que

antecede, por el presente venimos a mostrar nuestro desacuerdo con aquél, en lo que concierne a la calificación jurídica de los hechos declarados probados que, a nuestro entender, son constitutivos del delito de realización arbitraria del propio derecho tipificado en el at. 455 CP.

**Único.—**El relato histórico describe que los perjudicados ocuparon la vivienda en virtud de un acuerdo con su propietario plasmado en un contrato. Se llevaron sus muebles, o una parte de ellos y allí permanecieron durante un tiempo. Cuando —siempre según el Hecho Probado— les nació un nuevo hijo, el apartamento se les quedaba pequeño y por su propia cuenta alquilaron otro que satisfacía mejor sus necesidades. No abandonaron el piso del acusado, porque en éste dejaron todo el mobiliario de su propiedad al ser amueblado el nuevo apartamento al que se trasladaron, y la esposa acudía habitualmente al antiguo.

Cuando en cierta ocasión la esposa acudió una vez más a limpiar el apartamento comprobó que la llave que les había entregado el acusado no abría la puerta, lo que se repitió poco después cuando tampoco pudieron entrar ni en el edificio ni en el apartamento al haber cambiado el acusado las cerraduras y alquilado la vivienda a otra persona.

No cabe duda alguna de que el cambio de cerraduras se hizo para impedir la entrada de los inquilinos. Ni que esa acción integra el concepto de «fuerza en las cosas» que requiere el tipo. La jurisprudencia está repleta de resoluciones en las que el cambio de cerraduras configura la violencia física sobre las cosas que configura el delito de coacciones.

Claro es que, de acuerdo con esa abundantísima doctrina jurisprudencial, el sustituir unas cerraduras por otras configura el delito de coacciones, tal y como sostiene la sentencia de la que discrepo. Pero en el concreto caso presente, esa violencia sobre las cosas (o «fuerza en las cosas» según el art. 455 CP) supone la utilización de esas vías de hecho para que el acusado pudiera recuperar el derecho real de posesión del inmueble del que era propietario.

No compartimos la tesis mayoritaria de que la actuación del acusado estaba fundada en la creencia de que el matrimonio había abandonado la vivienda. Este dato no figura en el Hecho Probado y, además, no se compadece con el hecho de que el matrimonio hubiese dejado en el piso sus propios muebles valorados en 1.500 euros. Resulta también harto significativo el dato de que, a diferencia de los denunciantes que trataron de ponerse en contacto con el acusado sin conseguirlo, para aclarar la situación, éste se abstuvo de todo intento de preguntar si los hasta entonces inquilinos abandonaban la vivienda, o de requerirles para que les devolviesen las llaves. A lo que cabe añadir que estando legitimados aquéllos por el contrato firmado con el acusado a utilizar la vivienda mientras no le fuera entregado el piso una vez constituido, hubieran podido volver a la misma cuando lo hubiesen deseado o les hubiese convenido por circunstancias sobrevenidas.

Que la finalidad de la actuación del acusado no era otra que la de impedir por las vías de hecho que los inquilinos pudieran entrar en el piso, es una conclusión palmaria y evidente. La finalidad de recuperación del inmueble, lo mismo. Pero los medios y formas utilizados para la recuperación del derecho posesorio, objetivo que se consiguió, se hizo al margen de las vías legales, que fueron despreciadas por el acusado, que alcanzó su objetivo en un modelo de «hechos consumados».

Creemos que la conducta desarrollada por el acusado es, efectivamente, constitutiva de un delito de coacciones del art. 172 CP. Pero creemos también que esa conducta coactiva fue el instrumento utilizado por aquél para conseguir el propósito siempre perseguido: la realización de su derecho de posesión de la vivienda por las vías de hecho y fuera de los cauces legales establecidos por el Ordenamiento Jurídico.

Ya se trate de concurso de normas y de delitos, lo cierto es que, no habiendo sido acusado de coacciones no se le puede sancionar por éste, pero sí por el tipo del tan citado art. 455 CP.

## Sentencia 88/2011, Sala Segunda del TS, de 11 de febrero

Ponente: **Manuel Marchena Gómez**

Resumen: **Conformidad. Aclaración de sentencia**

Artículos: **697 y 787.7 LECrim; 267 Ley Orgánica del Poder Judicial y 24.2 CE**

**La conformidad expresada por sólo parte de los acusados resulta irrelevante para determinar el sentido de la sentencia, debiendo venir éste dado por el resultado de la prueba practicada en el juicio oral que habrá de seguirse para la totalidad de los acusados. Además de desconocer la anterior exigencia, la sentencia de instancia resulta también afectada por el auto de aclaración que, excediendo sus límites, vulnera el principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**2.** (...)

Constituye, por tanto, objeto del presente recurso la impugnación hecha valer por aquellos acusados que, habiendo exteriorizado su conformidad con el acta de acusación del Ministerio Fiscal, vieron cómo el resultado de las pruebas conducía a la absolución de aquellos que habían negado su participación en los hechos, provocando la continuación, sólo para ellos, del juicio oral.

**3.** Conviene hacer una puntualización previa, referida al régimen jurídico de impugnación casacional de las sentencias dictadas por conformidad de las partes.

Decíamos en la STS 167/2008, 14 de abril que, en el ámbito del procedimiento abreviado, el tratamiento jurídico de la impugnación de las sentencias de conformidad, aparece expresamente regulado en el art. 787.7 de la LECrim. En la redacción dada a este precepto por la LO 15/2003, 25 de noviembre, se afirma que «... *únicamente serán recurribles las sentencias de conformidad cuando no hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad, sin que el acusado pueda impugnar por razones de fondo su conformidad libremente prestada*».

Es entendible que la LECrim arbitre un cuadro jurídico llamado a servir de garantía para la comprobación de la concurrencia de los presupuestos que legitiman la adhesión del acusado a la pretensión acusatoria del Ministerio Fiscal (art. 787.1 y 2). También lo es que la propia ley fije un expediente de desvinculación del órgano decisorio respecto de aquellas conformidades que considere incorrectas (art. 787.3) o que afecten a medidas protectoras en los casos de limitación de la responsabilidad criminal (art. 787.5).

El sentido de tales mecanismos procesales de fiscalización es perfectamente congruente con la necesidad de poner límites a una condena penal que no encuentra otra forma de legitimación que el allanamiento del acusado a la petición de pena que contra él se formula. Es lógico, pues, el recelo hacia una forma de administrar justicia que se rinde ante exigencias pragmáticas y que entroniza el principio del consenso, desplazando otras ideas clave como el principio de contradicción, con la consiguiente estructura dialogal del proceso penal, y la necesidad de que el reproche penal sea el resultado de una apreciación probatoria verificada por un órgano jurisdiccional que ha de valorar los elementos de cargo y descargo ofrecidos por las partes.

De ahí que el esquema jurídico de la conformidad en el procedimiento abreviado incorpore, además, una vía de impugnación de la sentencia en aquellas ocasiones en las que la aceptación de la pena fuera el resultado de un error del imputado o el fruto del desconocimiento de las consecuencias que de esa adhesión podrían derivarse.

(...)

Ahora bien esta regla general de inadmisibilidad del recurso de casación frente a las sentencias dictadas de conformidad está condi-

cionada a una doble exigencia: a) que se hayan respetado los requisitos formales, materiales y subjetivos legalmente necesarios para la validez de la sentencia dictada de conformidad, y b) que se cumplan en ésta los términos del acuerdo de las partes. Dentro de la primera de tales perspectivas, resulta admisible el recurso de casación interpuesto contra una sentencia de conformidad cuando se dicte en un supuesto no permitido por la Ley, como es el que afecte a una pena superior a la legalmente establecida (STS 58/2006, 30 de enero). Desde la segunda de dichas perspectivas, resulta admisible el recurso interpuesto contra sentencias que no respeten los términos de la conformidad de las partes, bien en el relato fáctico, bien en la calificación jurídica o bien en la penalidad impuesta, debiendo recordarse que la admisibilidad del recurso no determina la decisión que en su momento haya de adoptarse sobre su estimación, pues el Tribunal sentenciador, por ejemplo, no pierde sus facultades de individualizar la pena en cuantía inferior a la solicitada (cfr. SSTS 971/2010, 12 de noviembre y 370/2000, 6 de marzo).

A la vista de este cuerpo de doctrina y, en la medida en que la parte recurrente sostiene la vulneración del art. 697 de la LECrim, que impone la conformidad de todos los imputados, supuesto no concurrente en el presente caso, en el que tres de los acusados optaron por la continuación del juicio, la admisión a trámite del recurso de casación está suficientemente justificada.

**4.** Esta Sala, como se ha expuesto en el fundamento jurídico precedente, ha condicionado la viabilidad del recurso de casación, contra sentencias dictadas en régimen de conformidad, a que se respeten los presupuestos procesales exigidos por nuestro sistema. Así lo impone de forma expresa el art. 787.7 de la LECrim. Y entre ellos se encuentra, por imperativo del art. 697 de la LECrim, que la adhesión al acta acusatoria del Ministerio Fiscal provenga de todos y cada uno de los acusados. En él puede leerse que «... *cuando fueren varios los procesados en una misma causa, se procederá conforme a lo dispuesto en el* artículo 694 *si todos se confiesan reos del delito o delitos que les hayan sido atribuidos en los escritos de calificación, y reconocen la participación que en las conclusiones se les haya señalado, a no ser que sus defensores consideren necesaria la continuación del juicio».* El párrafo segundo del mismo precepto impone la continuación del juicio «... *si cualquiera de los procesados no se confiesa reo del delito que se le haya imputado en la calificación, o su defensor considera necesaria la continuación del juicio».* Esta misma idea se reitera, para el ámbito del procedimiento abreviado, en el art. 787.2 de la LECrim, cuyo primer inciso pone de manifiesto que la procedencia de la sentencia de conformidad sólo se justifica «... *a partir de la descripción de los hechos aceptada por todas las partes».*

En el presente caso, sin embargo, la conformidad no fue litisconsorcial. Como se desprende de los antecedentes de la resolución cuestionada y del examen del acta del juicio oral, frente a la aceptación de los hechos y de la calificación jurídica por parte de algunos de los imputados, otros tres de ellos —Maribel, Coro y Plácido— pidieron la continuación del juicio.

Esta Sala ya ha abordado un supuesto de hecho muy similar al que ahora centra nuestra atención. En efecto, la STS 971/ 1998, 27 de julio, que por razón de su fecha incluye alguna referencia a preceptos que ya han sido objeto de reforma, recordaba que «... *una sentencia de conformidad viene siempre condicionada por la unánime prestación de la conformidad por todos los acusados de un delito: el* artículo 691 exige que, si los procesados fueren varios, se pregunte a cada uno *sobre la participación que se le haya atribuido, de modo que únicamente podrá el Tribunal dictar sentencia de conformidad en los términos expresados en el* artículo 655 *si todos se confiesan reos del delito o delitos que les hayan sido atribuidos en los escritos de calificación y reconocen la participación que en las conclusiones se les haya señalado, no considerando los defensores necesaria la continuación del juicio* (artículo 697, párrafo primero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). *Pero si cualquiera de ellos no se confiesa reo del delito que se le haya imputado —o su defensa considera necesaria la continuación— se procederá a la celebración del juicio* (artículo 673, párrafo segundo, y 696 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). *Que un hecho se considere al mismo tiempo cierto por conformidad, e incierto por el resultado de las pruebas,*

*es un contrasentido evitado con la exigencia de la unanimidad de los acusados al conformarse con la calificación, y la necesidad de celebrarse el juicio oral para todos cuando la conformidad sólo es dada por algunos. Tal hipótesis conducirá a una determinación de los hechos probados, no en razón de esa especie de disponibilidad* sui generis *del objeto procesal, presente en cierto modo en la figura de la conformidad, sino sobre la base de la subsiguiente actividad probatoria desarrollada en el juicio oral con observancia de los principios de inmediación, contradicción y publicidad. De modo que una conformidad expresada por sólo parte de los acusados resultará irrelevante para determinar el sentido de la sentencia que en tal caso habrá de ser para todos los acusados —incluso para los que expresaron la conformidad— el resultado de un juicio contradictorio exactamente igual que si la conformidad no se hubiese manifestado por ninguno; y así las conformidades expresadas sólo por algunos devienen intrascendentes si faltan las de los demás, diluyéndose aquéllas en el ámbito de la actividad probatoria total, a valorar en conciencia por el Tribunal de instancia* (artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)».

(...)

**5.** Con independencia de lo expuesto, en el presente caso, la quiebra del derecho a un proceso con todas las garantías, se ha originado, además, por la deficiencia estructural que afecta a la sentencia que es objeto del recurso. No se trata ya del desliz gramatical que se refleja en el fallo cuando alude a una atenuante acogida en el art. 24.4, en relación con el art. 86, ambos del Código Penal. Ese error sí era perfectamente subsanable. Lo que desborda de forma palmaria el espacio funcional que es propio del expediente de aclaración de sentencias a que se refiere el art. 267 de la LOPJ es el auto de fecha 3 de junio de 2009, mediante el que el Tribunal *a quo* ha intentado suplir las omisiones advertidas en la redacción inicial del juicio histórico.

(...)

(...) se trata de un añadido que va mucho más allá de la aclaración de un concepto oscuro o del intento de suplir una omisión. Si bien se mira, lo que hace el auto de aclaración es convertir en delito lo que antes había sido descrito como una actividad económica en la que, desde luego, no se dibujaban los elementos del blanqueo de capitales, tal y como lo tipifica el art. 301.1 del CP. La aclaración de una sentencia no autoriza a completar el *factum*, hasta el punto de incluir en él los elementos del tipo objetivo y subjetivo que, con anterioridad, habían sido silenciados. Esa deficiencia se hace todavía más visible cuando la condena se ha basado en una conformidad que no se sabe exactamente si estaba referida a la primera de las versiones del hecho —tal y como fue recogido en la sentencia inicial— o a esa misma versión ya completada por un auto de aclaración que se notifica días después del juicio oral. Podría argumentarse que la conformidad se proyectó sobre las conclusiones del Fiscal. Sin embargo, la lectura del acta del plenario abriga la duda de si la conformidad se refirió a un *factum* y a una calificación jurídica o tan solo a esta última.

Las excepciones al principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales —los arts. 267 LOPJ y 161 de la LECrim son una clara muestra de ello— no pueden entenderse como una fuente abierta a la rectificación sin límites o al cambio sobrevenido a partir de una nueva ponderación de los elementos fácticos y jurídicos sobre los que se ha construido la estructura de la resolución finalmente aclarada. La STC 185/2008, 22 de diciembre —con cita de la STC 137/2006, 8 de mayo— recuerda que el derecho a la tutela judicial efectiva impone un límite a que los órganos judiciales puedan modificar o revisar sus resoluciones firmes al margen de los supuestos y cauces procesales taxativamente previstos en la Ley. Esta intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes no es un fin en sí misma, sino un instrumento para la mejor garantía de aquella tutela judicial efectiva, en conexión con la observancia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), pues de tolerarse la modificabilidad sin trabas de las resoluciones judiciales firmes se vaciaría de contenido el instituto de la firmeza, dejando al albur de las partes o del propio órgano judicial el resultado final de los procesos judiciales. El art. 24.1 CE, sin embargo, no veda por completo la posible alteración de las resoluciones judiciales firmes, pues tan

lesivo de la tutela judicial efectiva puede ser que aquéllas puedan revisarse en cualquier tiempo y de cualquier forma como que las partes en el proceso se beneficien de simples errores materiales o evidentes omisiones en la redacción o transcripción del fallo de la resolución en cuestión, que bien pudieron corregirse a la vista de lo que fácilmente se deduzca, con toda certeza, de su texto.

Por lo que se refiere a la rectificación de los errores materiales manifiestos o aritméticos, la jurisprudencia constitucional ha señalado, por un lado, que como tales sólo cabe considerar aquellos cuya corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica o nuevas y distintas apreciaciones de la prueba, ni supone resolver cuestiones discutibles y opinables por evidenciarse el error directamente al deducirse, con toda certeza, del propio texto de la resolución o del contexto procesal en la que se inscribe, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones (cfr. SSTS 171/2007, 23 de julio y 357/ 2006, 18 de diciembre, entre otras).

Por cuanto antecede, habiéndose producido una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), procede la estimación del recurso, con la consiguiente absolución del recurrente, efecto que aprovechará, por mandato del art. 903 de la LECrim, a todos los que resultaron condenados.

## Sentencia 111/2011, Sala Segunda del TS, de 22 de febrero

Ponente: **Joaquín Giménez García**

Resumen: **Tentativa desistida**

Artículos: **16, 138 y 150 Código Penal**

**En un supuesto de violencia de género, se expone con detenimiento la doctrina jurisprudencial relativa al desistimiento en los supuestos de tentativa y la denominada tentativa cualificada.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Cuarto.—**El motivo segundo, por la vía del *error iuris* del art. 849-1.º LECriminal. Estima que la calificación jurídica que de los hechos efectuó el Tribunal —homicidio en tentativa—, es incorrecta, ya que debió apreciarse la excusa absolutoria del art. 16-2 Cpenal —desistimiento activo— y sancionarse los hechos como constitutivos de un delito de lesiones del art. 148 Cpenal.

El Ministerio Fiscal apoya dicho motivo por estimar que desde el respeto a los hechos probados, se está, en efecto ante un desistimiento activo por parte del recurrente y como tal debe ser absuelto del delito de homicidio en tentativa, condenando los hechos por lo realmente cometido y consumado: un delito de lesiones con deformidad del art. 150 CPenal, no siendo óbice el que inicialmente el recurrente tuviese un *animus necandi*, en el que no persistió por la llamada efectuada al teléfono de emergencias, lo que por otra parte no es obstáculo para apreciar el delito de lesiones con deformidad en base a las cicatrices en el rostro con el que resultó la víctima.

La cuestión que plantea el recurrente se refiere al desistimiento voluntario del agente de la acción criminal, y a los efectos que el mismo debe tener tanto en el campo de la calificación jurídica de los hechos como en el de la pena.

En esta materia, es forzoso referirse al cambio operado en el Cpenal actual, frente a la situación del Cpenal de 1973.

En el Cpenal de 1973 se regulaba independientemente el delito frustrado y en tentativa. En relación a este último, en el art. 3 párrafo 3.º se decía:

*«... Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito, directamente por hechos posteriores y no practica todos los actos de ejecución que debiera producir el delito, por causa o accidente que no fuese su propio y voluntario desistimiento...».*

De ello, se derivaba que solo cabría el desistimiento —desistimiento pasivo— en casos de tentativa, es decir cuando el agente da principio a los actos de ejecución pero voluntariamente no los concluye. En el caso de que el agente llevara a cabo todos los actos de ejecución (delito frustrado), no estaba previsto *ex lege* el desistimiento. Hay que recordar que el delito frustrado lo era solo cuando el resultado no se producía *«...por causas independientes de la voluntad del agente...».*

En el Cpenal actual de 1995, desaparece la distinción entre delito frustrado y en tentativa, refundiéndose ambas categorías en una sola: el delito en tentativa. El art. 16 es como sigue:

*«1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.*

*2. 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.*

*3. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquel o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta».*

De acuerdo con ello, dentro del actual delito en tentativa, se distinguen dos estadios: que el agente practique todos los actos de ejecución, o una parte de los actos de ejecución, es decir, desaparece la frustración y se habla solo de tentativa en un sentido amplio.

A los efectos punitivos, el art. 62 establece que a los autores del delito en tentativa, se les aplicará la pena inferior en uno o dos grados atendiendo al peligro y al grado de ejecución.

Con el cambio operado, de alguna manera, el Código ha venido a reconocer la terminología doctrinal de tentativa acabada y tentativa inacabada.

En aquélla todos los actos ejecutivos están ejecutados en su totalidad y en ésta, solo una parte, y paralelamente, la rebaja penal sería de un grado en los casos de tentativa acabada, y de dos grados en los de tentativa inacabada, aunque también, habrá de tenerse en cuenta el peligro inherente al intento delictivo —ex art. 62 Cpenal—.

En tal sentido, SSTS de 21 de marzo de 2000, 1437/2000, 558/2002, 409/2004 ó 837/2005. De esta última retenemos el siguiente párrafo:

*«... En general, esta Sala en varias resoluciones ha sido sensible al criterio doctrinal de distinguirse entre tentativa inacabada y tentativa acabada. Aquélla supone una ejecución parcial de los actos de ejecución, ésta una ejecución total. En aquélla procedería la imposición de la pena en dos grados, en ésta en un solo grado...».*

Sin duda, lo más relevante de la nueva regulación de la tentativa en el vigente Código es que en el art. 16-2 se describe la figura del desistimiento con gran amplitud y con vigencia para los dos tipos de tentativa, acabada o inacabada, en los siguientes términos:

*«... 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 fuesen ya constitutivos de otro delito o falta...».*

A la vista de esta redacción, hay que convenir que el vigente Código distingue un desistimiento «pasivo» y que consistiría en que voluntariamente el agente no concluye los actos de

ejecución, y junto con éste, se prevé un desistimiento *«activo»* para aquel que ha agotado todos los actos de ejecución, pero posteriormente desarrolla una actividad contraria, tendente a evitar el efecto delictivo de la acción ejecutada, por eso, se hace referencia en el art. 16-2 a la expresión *«... bien impidiendo la producción del resultado...»*. Es decir se exige un *actus contrarius* que neutralice e impida el resultado delictivo de la acción ejecutada.

Ciertamente el nuevo desistimiento del art. 16-2.º, ha supuesto un giro en la jurisprudencia de la Sala porque si durante la vigencia del Cpenal 1973 no preveía el desistimiento en la antigua frustración, sino solo la aplicación de la atenuante novena del art. 9 de dicho Código —reparación del daño—, ahora se reconoce la existencia de un desistimiento activo cuando el agente impide el resultado dañoso, con la consecuencia que, por ejemplo en delitos contra la vida —como es el caso—, lo que antes era calificado como delito de homicidio en tentativa con la atenuante de reparación, con el actual Código, la jurisprudencia de la Sala los califica como delitos de lesiones consumadas, ya que se ha estimado que el delito contra la vida estaba exento de responsabilidad por el desistimiento voluntario activo del agente que había impedido el resultado, no siendo obstáculo a ello que el dolo inicial del agente fuese el de *animus necandi.*

En definitiva, la doctrina de esta Sala ha sido en casos de tentativa de homicidio voluntariamente desistida y eficaz, hace responder al agente solo del delito de lesiones —según la entidad de las mismas—, a pesar de que la inicial acción del agente estuviese motivada por una clara intención homicida.

¿Qué explicación o justificación puede tener la nueva regulación del desistimiento activo del delito intentado del art. 16-2.º Cpenal?

En sede doctrinal, son varias las teorías que han tratado de justificar los beneficios penales que se derivan del desistimiento activo. Ha habido autores que han hablado de la *«teoría del premio»* que articula este instituto como un *«puente de plata»* para el delincuente que evita el resultado delictivo inicialmente apetecido, otros sectores se inclinan por la innecesariedad de la pena del delito desistido ante la falta de la suficiente voluntad delictiva del agente, o bien, a la teoría de la compensación fundada en un *actus contrarius* del agente o un *«dolo de salvación»* que neutralizaría el inicial dolo criminal, y también se ha justificado la respuesta por falta de tipicidad del delito inicialmente querido.

En definitiva la razón principal que parece justificar la actual regulación del art. 16-2.º Cpenal, es de índole político-criminal por estimar que la aplicación de la pena del delito impedido por el propio agente sería contraria a los principios que informan el sistema de justicia penal tales como los de mínima intervención, necesariedad de pena y proporcionalidad de la respuesta.

Ambos casos de desistimiento, el pasivo de la tentativa inacabada, y el activo de la tentativa acabada, tienen una consecuencia común: hay una excusa absolutoria por el delito intentado, pero si los actos de ejecución practicados constituyen otro delito, deben ser sancionados como tal.

Como elementos diferentes se pueden consignar los siguientes:

En el desistimiento de la tentativa inacabada, concurren tres requisitos:

a) La omisión por parte del agente de la continuación de la acción para impedir su consumación, por ello la sola interrupción de los actos ejecutivos será normalmente eficaz para impedir el resultado.

b) Que dicha omisión sea voluntaria, es decir la omisión debe ser exclusivamente fruto de su voluntad, de un cambio de su voluntad, no siendo voluntario cuando las circunstancias ajenas impidan la consumación.

c) Que sea definitivo ese cambio de voluntad.

En el desistimiento en la tentativa acabada:

a) Se exige un acto contrario o los anteriores ejecutados por el agente que neutralice el curso delictivo impidiendo la producción del resultado. Dicho de otro modo, hay una novación del dolo inicial del agente, que de estar animado por una intención criminal, se transmuta, como ya hemos dicho, en un *«dolo de salvación»* tendente a evitar la producción del resultado.

b) Ese *«dolo de salvación»* tiene que ser eficaz, es decir evitar el resultado, pues así lo exige el art. 16-2.º Cpenal.

c) Tal acto debe ser voluntario, por lo tanto solo será posible tal voluntariedad cuando el *actus contrarius* sea anterior a que el hecho sea descubierto, y el agente tenga conocimiento de tal descubrimiento.

**Quinto.—**Esta Sala Casacional ha venido aplicando el desistimiento activo en la tentativa acabada con rigurosidad en cuanto a la existencia 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 instancia de aquél.

En este sentido, se pronunció el Pleno no Jurisdiccional de Sala de 15 de febrero de 2002 cuyo tenor es el siguiente:

*Acuerdo: La interpretación del* artículo 16.2 CP *que establece una excusa absolutoria incompleta ha de ser sin duda exigente con respecto a la voluntariedad y eficacia en la conducta que detiene el* iter criminis, *pero no se debe perder de vista la razón de política criminal que inspira, de forma que no hay inconveniente en admitir la existencia de la excusa absolutoria tanto cuando sea el propio autor el que directamente impide la consumación del delito; como cuando desencadena o provoca la actuación de terceros que son los que finalmente o consiguen, es por ello que el hecho enjuiciado en la sentencia recurrida debe considerarse comprendido en el desistimiento activo definido en el* artículo 16.2 CP.

El contenido de dicho Acuerdo se plasmó en la STS 446/2002 de 1 de marzo, primero que aplicó la excusa absolutoria respecto de la actuación de un tercero. Evidentemente, con anterioridad, esta Sala ya había aplicado el desistimiento activo del agente de acuerdo con la prescripción del art. 16-2.º Cpenal.

En síntesis, los hechos de dicha sentencia 446/2002, se referían a que el procesado en el curso de una discusión con su mujer, sacó del bolsillo una navaja de 12 centímetros y se la clavó en el cuello y que *«a continuación, ante los gritos y sangre que manaba de la herida salieron ambos de la casa pidiendo auxilio a los vecinos, quienes llamaron a la ambulancia y a la Guardia Civil».*

Se razonaba en la sentencia que la herida, dado el instrumento y la parte afectada era suficiente y apta para provocar la muerte, extremo en el que no hubo discusión. Sin embargo dada la conducta inmediatamente posterior del procesado, saliendo a la calle y reclamando auxilio, patentiza que su dolo inicial, claramente homicida, se cambió cuando apareció como inminente la muerte, desapareciendo aquella intención homicida y reclamando un auxilio que fue eficaz.

En la sentencia que se comenta, discrepando de la calificación del Tribunal sentenciador —que calificó los hechos como tentativa de homicidio—, esta Sala estimó que se estaba en presencia de un desistimiento activo, en una tentativa acabada, a resolver aplicando la excusa absolutoria por la acción criminal emprendida por el agente, estableciendo, de acuerdo con la previsión del art. 16-2.º en los actos de ejecución realizados eran constitutivos de un delito de lesiones, y se concluyó afirmando que si bien el procesado había querido cometer un delito de homicidio, dada su actitud para evitar lo que en el curso normal de los hechos hubiese ocurrido —la muerte de su esposa—, realmente lo cometido fue un delito de lesiones consumadas.

Son numerosas las sentencias que han aplicado el desistimiento en su doble faceta activa o pasiva. Así, recientemente la STS 804/2010 de 24 de septiembre. El caso se refería a una agresión del hombre a su esposa, que con una indudable intención homicida, pretende seccionar el cuello de su esposa sin que se produzca el corte porque la víctima, instintivamente agacha la cabeza y resulta lesionada en el mentón. En ese momento, el agresor interrumpe su acometida y abre la puerta de la vivienda donde ocurrían los hechos, y permite que su mujer huya. El homicidio no llegó a consumarse y ello fue posible por la actitud del agresor que sin impedimento alguno, y por tanto fruto de su libre voluntad, suspendió voluntariamente y definitivamente su acción homicida, conducta que la sentencia citada estimó bastante para la apreciación de la figura del desistimiento.

De esta sentencia es relevante retener esta reflexión que relativiza el debate de si en el caso

concernido se está en una tentativa acabada o inacabada y que obra en su f.jdco. segundo.

*«... A la postre, cualquiera que fuera el grado alcanzado en la ejecución del hecho, lo que no puede negarse es que la causa directa de la no producción del resultado mortal, y consecuente consumación del homicidio según la misma literalidad de los hechos probados por la recurrida, no fue otra que la voluntaria interrupción por el agresor de los actos que hubieran podido causar la efectiva muerte de su víctima, por lo que el «desistimiento», en este caso propio u omisivo, de la ejecución ya iniciada debe operar, como con toda corrección lo entendió el Tribunal* a quo*, en el sentido de la exención de la responsabilidad en relación con el homicidio intentado, acompañada de la condena por las lesiones consumadas...».*

Asimismo se pueden citar las siguientes sentencias que han abordado la cuestión del desistimiento con idéntica doctrina a la expuesta, las SSTS 1043/1999 de 25 de junio, 197/2000, 1270/2006 de 13 de noviembre; 527/2009 de 22 de mayo, y 456/2009 de 27 de abril. En relación a esta última hay que destacar que se contiene igual doctrina que la ya expuesta en cuanto al desistimiento activo y pasivo, si bien en el concreto caso enjuiciado se rechazó la tesis del recurrente que solicitaba la aplicación del desistimiento activo, porque el recurrente, que había golpeado brutalmente a su esposa con un martillo y que la creyó muerta, solo desde esa creencia avisó a la policía, exclusivamente a la policía y no a los servicios sanitarios. La esposa no había muerto y en esa situación la Sala estimó que no había habido ningún desistimiento activo.

## Sentencia 100/2011, Sala Segunda del TS, de 22 de febrero

Ponente: **Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

Resumen: **Estafa**

Artículos: **16 y 248 Código Penal**

**Se analizan los límites entre la tentativa punible de estafa y atipicidad en un supuesto de engaño burdo y poco creíble.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.—**(...)

1. Ciertamente, el tipo objetivo del delito de estafa requiere la existencia de un engaño por parte del sujeto activo que provoque en otro un error que le induzca a realizar un acto de disposición patrimonial que produzca un perjuicio, propio o de un tercero. El artículo 248 del Código Penal califica el engaño como bastante, haciendo referencia a que ha de ser precisamente esa maquinación del autor la que ha de provocar el error, es decir, una percepción equivocada de la realidad, que es el origen del acto de disposición. Por lo tanto, el engaño ha de ser idóneo, en el sentido de suficiente, en el caso de que se trate, debiendo tenerse en cuenta para alcanzar tal calificación, de un lado, su potencialidad, objetivamente considerada, para hacer que el sujeto pasivo del mismo, considerado como hombre medio, incurra en un error; y de otro lado, las circunstancias de la víctima, o dicho de otra forma, su capacidad concreta según el caso para resistirse al artificio organizado por el autor.

La jurisprudencia ha aceptado en algunos casos, excepcionalmente, la atipicidad de la conducta cuando el engaño es tan burdo, tan fácilmente perceptible, que hubiera podido ser evitado por cualquier sujeto pasivo con una mínima reacción defensiva. Sin embargo, la omisión de una posible actuación de autoprotección por parte de la víctima no siempre determina la atipicidad de la conducta, pues ésta depende básicamente de su idoneidad objetiva para provocar el error. Es cierto que en algunos casos particulares,

la omisión de la actuación normalizada exigible en el sector de actividad de que se trate, puede conducir a afirmar que el error ha sido provocado por elementos distintos de la acción fraudulenta del autor. Pero, como sostiene una parte de la doctrina (STS n.º 351/2007), y se ha aceptado en ocasiones por la jurisprudencia, el engaño es bastante si ha conseguido que el engañado perciba erróneamente la realidad hasta el punto de impulsarle a un acto de disposición, resolviéndose los casos más dudosos en el marco de la tentativa inidónea (STS n.º 479/2008), cuando realmente lo sea.

De todos modos, es claro que la exacerbación de las medidas de control provocaría generalmente el fracaso de cualquier acción engañosa, lo que, de entenderlas atípicas, conduciría a sancionar únicamente las acciones exitosas que solo tendrían lugar en casos de maquinaciones muy complejas e irresistibles, suprimiendo de hecho la tentativa de estafa. En este sentido la STS n.º 1316/2009.

2. En el caso, se declara probado que los acusados, el recurrente y otras dos personas, contactaron en varias ocasiones con el gerente de una empresa de curtidos, al que propusieron adquirirle una partida de pieles por un importe cercano a 80.000 euros, que pensaban pagar con unos billetes que tenían que limpiar con unos productos químicos de coste elevado, y propusieron al citado gerente que les entregara 160.000 euros a fin de comprar tales productos y transformarlos en dinero de curso legal. Le explicaron el proceso y le mostraron un maletín cerrado con una clave manifestándole que tenía 500.000 euros. Al marcharse, dejaron allí el maletín para que pensase sobre la proposición efectuada, quedando en regresar otro día. El citado gerente dio aviso a la Policía, que detuvo a los acusados cuando llegaban a la empresa a culminar la operación, ocupando en su poder los efectos que se relacionan en el hecho probado.

El Ministerio Fiscal, en su informe, cita varias sentencias de esta Sala dictadas en casos similares, entre ellas las STS antes citadas n.º 351/2007 y 479/2008.

Ambas sentencias son contradictorias solamente en apariencia, pues ambas vienen a aceptar que el engaño es bastante si ha conseguido causar en la víctima una percepción errónea de la realidad, aunque en la primera se insista, y esa es la *ratio decidendi,* en que, en cada caso, el acto de disposición debe venir originado por el engaño y no por otras causas.

Mayores complicaciones presentan los casos de tentativa, a los que también se ha hecho referencia general más arriba, pues cuando el fracaso de la maniobra engañosa se debe a la reacción de la víctima que sitúa en primera línea su incredibilidad mediante la acción y el efecto de sus medidas de autoprotección, es claro que el engaño no ha sido bastante, en ese caso. Se trata entonces de examinar su potencialidad objetiva para causar el error, a cuyo efecto es preciso valorar todas las circunstancias de todo tipo en las que la maniobra engañosa se puso en práctica. De esta forma, solo las puestas en escena que se pudieran calificar como tentativas absolutamente inidóneas, siguiendo la terminología empleada por parte de la doctrina, conducirían a la absolución por ausencia de los elementos del tipo, sancionándose las demás como tentativa.

3. En el caso, la maniobra engañosa desplegada por los acusados estaba claramente orientada a obtener dinero en metálico, que entregaría la víctima, a cambio de paquetes o fajos que simulaban contener billetes tintados en mayor cantidad, que se convertirían en billetes ordinarios una vez suprimido el tinte, que se decía que los cubría, mediante la aplicación de productos químicos. El contacto se inició con una propuesta de compra de pieles, realizando el pago con tales billetes, aunque pronto se modificó solicitando una entrega en metálico de cantidad muy superior a la venta de la que se había hablado, lo que revela que aquella propuesta inicial solo tenía como objetivo facilitar el acercamiento inicial. Como mecanismo para ganar la confianza de la víctima se le hizo una demostración de la transformación de los billetes, tal como se relata en la fundamentación jurídica, y se dejó en su poder durante un tiempo un maletín que, según afirmaron los acusados, contenía unos 500.000 euros en billetes tintados. La maniobra engañosa no pudo ser finalizada debido a la intervención policial, pero cuando son

detenidos se disponían a entrar en la empresa del denunciante con la finalidad de culminar la operación, que, lógicamente, debería precisar de nuevas aportaciones para concluir la construcción de un engaño bastante que pudiera mover definitivamente el interés de la víctima. Llevaban entonces en su poder un maletín, una botella con un contenido no determinado, un cúter, dos mascarillas y 910 gramos de una sustancia que tampoco ha sido identificada, encontrándose otros efectos relacionados con esta clase de actividad en su domicilio.

Por lo tanto, de los hechos probados se desprende que el recurrente y los dos coacusados habían ya iniciado mediante actos externos e inequívocos la ejecución de la puesta en escena que debería provocar el error en la víctima para lograr de ésta un acto de disposición, y que no pudieron culminarla debido a la intervención policial. No es contrario a las máximas de experiencia, como lo demuestran las resoluciones judiciales sobre casos similares (STS n.º 476/2009 y STS n.º 270/2010), entender que esta clase de engaño es bastante, según las circunstancias del caso, para provocar en la víctima una percepción errónea de la realidad que le conduzca a realizar un acto de disposición.

En esas circunstancias es correcto calificar los hechos ya ejecutados como un delito de estafa en grado de tentativa, como ha hecho la Audiencia.

## Sentencia 195/2011, Sala Segunda del TS, de 14 de marzo

Ponente: **Adolfo Prego de Oliver Tolivar**

Resumen: **Casación contra Autos. Recursos**

Artículos: **240, 241 y 248 Ley Orgánica del Poder Judicial y 848 LECrim**

**Tras hacer un completo repaso de los autos susceptibles de ser recurridos en casación, entre los cuales no se encuentra el aquí estudiado (auto desestimatorio de tercería de dominio), se comprueba que en su notificación se omitió la expresión informativa del recurso procedente (súplica y no casación) por lo que se obliga a la Audiencia a que practique una nueva en términos correctos.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.—**El presente recurso de casación se formula contra el Auto de la Audiencia Nacional de 1 de julio de 2010 dictado en Pieza de Responsabilidad Civil de Procedimiento Abreviado, por el que la Sala desestima una demanda de tercería de dominio en la que el tercerista, ahora recurrente, alegando su condición de titular dominical, pretendió el alzamiento del embargo ordenado sobre las fincas de su propiedad. Tercería de dominio que sustanciada con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil fue desestimada por el Auto que aquí se recurre.

El planteamiento es triple: una primera parte, que denomina el recurrente «motivo preliminar de nulidad» postula al amparo del art. 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial la nulidad radical y absoluta de las actuaciones por vulneración de la tutela judicial efectiva y de los derechos de la parte que ha derivado a su juicio en una situación de absoluta y manifiesta indefensión. Con carácter subsidiario plantea un verdadero recurso de casación civil y recurso extraordinario por infracción procesal, según las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y finalmente para el caso de no prosperar el anterior formaliza contra el Auto impugnado recurso de casación penal, con un único motivo amparado en el art. 5.4 de la LOPJ, alegando la infracción del art. 24 de la Constitución Española

por las mismas razones y argumentos expuestos en su petición de nulidad de actuaciones y en su recurso de casación civil.

**Segundo.—**La Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 241 declara inadmisible con carácter general el incidente de nulidad de actuaciones. Y sólo excepcionalmente lo autoriza, a quien sea parte legítima, por vulneración de un derecho fundamental, «siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario». Este carácter subsidiario que excluye el incidente cuando las nulidades invocadas puedan plantearse a través del régimen de los recursos, que son las vías propias de toda impugnación, hace improcedente el planteamiento de la nulidad inicialmente invocada con formulación subsidiaria de la casación para el caso de desestimarse aquélla, puesto que la dependencia de subsidiariedad es precisamente la inversa, lo que obliga al examen del triple planteamiento del recurrente en el orden contrario al de su formulación.

**Tercero.—**Por lo que respecta al recurso de casación civil y al extraordinario por infracción procesal, planteados ante esta Sala Segunda del Tribunal, según las normas casacionales de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, se trata sin duda de un planteamiento improcedente:

En primer lugar cuando el art. 989.1 de la LECriminal dispone que los pronunciamientos sobre responsabilidad civil serán susceptibles de ejecución provisional con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, no contiene más que una remisión a las normas procesales civiles limitada a la materia a que el precepto se refiere que no es otra que la de la provisionalidad de las ejecuciones de aquellos pronunciamientos, lo que no permite obviamente extender la remisión llevándola al planteamiento, sustanciación y decisión de un recurso de casación civil. Y otro tanto sucede con el art. 996 de la LECriminal al establecer que las tercerías de dominio o mejor derecho que puedan deducirse se sustanciarán y decidirán con sujeción a las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta norma agota su alcance remisorio al cauce procesal del planteamiento y decisión de la tercería, y no se extiende al régimen de los recursos que, como la casación o el extraordinario por infracción procesal, la Ley de Enjuiciamiento Civil regula como vías impugnatorias de los procesos civiles en general y no como un recurso específico y propio de las tercerías. Es más: la casación civil no cabe contra los Autos resolutorios de las tercerías de dominio por no tratarse de una Sentencia de segunda instancia y así lo viene declarando la Sala Primera retiradamente en Autos, entre otros, de 7 de julio de 2009, 18 de mayo de 2010, 27 de abril de 2010, y 8 de febrero de 2011. Y es obvio que aunque se interpretara la remisión del art. 996 de la LECriminal con un amplísimo criterio extensivo no sólo a las normas del proceso civil sobre el planteamiento y decisión de las tercerias sino también a las normas de su posible impugnación, esta misma remisión extensiva abarcaría las normas procesales que precisamente impiden la casación civil contra los Autos resolutorios de aquéllas.

Por otra parte su planteamiento ante la Sala Segunda contradice las normas orgánicas reguladores de las atribuciones que corresponden a las diferentes Salas del Tribunal Supremo: el art. 56 atribuye a su Sala Civil el conocimiento de los recursos de casación en materia civil que establezca la Ley, y por consiguiente no compete a esta Sala Segunda, cuyo conocimiento del recurso de casación, según el art. 57, se concreta a la materia penal que establezca la Ley.

Por todas estas razones es improcedente el recurso de casación civil que ante la Sala de lo Penal de este Tribunal interpone el recurrente, porque ni su conocimiento es competencia de esta Sala, ni como tal recurso de casación civil cabe, ni siquiera en la jurisdicción civil, contra Auto resolutorio de una tercería de dominio.

**Cuarto.—**En cuanto al recurso de casación penal que con idéntico contenido argumental formaliza subsidiariamente para el caso de desestimarse el anterior, tampoco puede prosperar.

En efecto contra los Autos dictados por las Audiencias el recurso de casación sólo es admisible según el art. 848 de la LECriminal, si tratándose de un Auto definitivo además la Ley

lo autoriza de modo expreso, lo que significa que la admisibilidad de la casación contra un Auto no constituye una regla general y exige una específica autorización legal.

Como recuerda el Ministerio Fiscal son supuestos expresamente establecidos por la Ley los relativos a cuestiones de competencia (arts. 25,31,32,35,40 y 43 de la LECriminal) el derivado de la recusación mencionada en el art. 69 de la LECriminal, el previsto en su art. 625 referente a la declaración del hecho como falta, los supuestos del art. 676 sobre artículos de previo pronunciamiento, declinatoria de jurisdicción, cosa juzgada, prescripción, amnistía e indulto, y el supuesto contemplado en el art. 988 sobre acumulación de penas.

Fuera de los casos previstos entre los que cabe incluir también algunos Autos de ejecución penal, como los de abono de prisión preventiva, y los de aplicación de los límites penalógicos del art 76 del Código Penal (S.ª 17 de julio de 2000), no cabe recurso de casación, contra los Autos dictados en materia de ejecución de la responsabilidad civil, con las excepciones siguientes admitidas por la jurisprudencia: cuando el Auto es complemento de la Sentencia y es por ello susceptible del recurso que cabe contra ella (S.ª 4 de diciembre de 2007); cuando el Auto es concreción relativa a un punto que forma parte necesariamente del Fallo, según lo establece el art. 142 de la LECriminal (S.ª 22 de julio de 1996); cuando el Auto recaído en fase de ejecución tiene verdadera naturaleza decisoria al incidir en el fallo modificándolo, por lo cual debe estar sujeto a los recursos admitidos contra la Sentencia, como el de casación (S.ª 16 de octubre de 2000); cuando el Auto contiene un pronunciamiento de fondo sobre el alcance de la obligación de indemnizar que pudo resolverse en Sentencia, si las partes lo hubieran planteado en sus calificaciones, como es el Auto que resuelve la liquidación de intereses (S.ª 14 de marzo de 1995) y el que fija en ejecución las bases del cálculo de la indemnización (S.ª 30 de abril de 2008).

Es evidente que el Auto que aquí se impugna desestimatorio de una tercería de dominio planteada para dejar sin efecto un embargo no pertenece a ninguno de los supuestos indicados. Por lo cual no es admisible contra esa resolución el recurso de casación.

**Quinto.—**Lo expuesto no significa que el Auto ahora impugnado sea irrecurrible: se trata de un Auto de una Sala Penal de la Audiencia Nacional, y como tal es impugnable conforme al art. 236 de la LECriminal que establece con carácter general que contra los Autos de los Tribunales de lo criminal podrá interponerse el recurso de súplica ante el mismo que los hubiese dictado. Se exceptúa el caso de que la Ley prevea contra el Auto otro recurso (art. 237 de la LECriminal), pero esta excepción no se da en este supuesto, por lo cual el Auto de referencia podía haberse recurrido en súplica, única vía impugnativa que contra él cabía. Y que el impugnante no utilizó, optando por las que no eran admisibles. En todo caso la recurribilidad del Auto impugnado excluye la posibilidad de admitirse el incidente de nulidad de actuaciones como ya se dijo en el Fundamento Primero.

Cierto es que en la notificación del Auto se omitió la expresión informativa del recurso de que era susceptible, y que luego se quiso subsanar el defecto mediante Providencia que además daba una información incorrecta, pero de ello sólo se sigue que el error provocado en el impugnante impide tener por transcurrido el plazo de tres días en que puede interponerse el recurso de súplica (art. 211 de la LECriminal); plazo que empezará a correr desde su correcta y válida notificación que deberá indicar, como exige el art. 248.4 de la LOPJ, si la resolución es o no firme y en su caso los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello.

Es claro que la información dada acerca de la recurribilidad en casación del Auto impugnado era errónea —como lo es también hacerlo en providencia y no como exige el art. 248.4 de la LOPJ en la notificación—. Por lo tanto habrá la Sala de instancia de repetir la notificación en términos correctos según lo indicado, y a partir de ella dispondrá el recurrente del plazo legal del recurso de súplica, único que cabe contra la resolución dictada.

## Sentencia 156/2011, Sala Segunda del TS, de 21 de marzo

Ponente: **Joaquín Giménez García**

Resumen: **Entrega directa (extradición «informal»)**

Artículo: **24 CE**

**Se resume la doctrina jurisprudencial sobre la entrega directa policial recordándose que es una vez verificada ésta cuando ha de ser verificada la vigencia de las garantías del debido proceso.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**II.** (...)

Esta Sala tiene, al respecto una consolidada doctrina en relación a las entregas directas, vía policial, y al margen de los procesos extradicionales. Reflejo de esta doctrina la encontramos, entre otras, en las SSTS 1450/1999 de 18 de noviembre, 1079/ 2000 de 19 de julio, 340/2000 de 3 de marzo o la de 15 de febrero de 2002.

Con la primera de las sentencias citadas, podemos decir que el recurrente denuncia la llamada *«extradición informal»*, o *«entrega directa»* de que fue objeto, por estimar que el único procedimiento legal que permite que una persona sea entregada de un Estado a otro para juzgarlo o hacer ejecutar una pena, es el procedimiento de extradición, de suerte que la concertación entre autoridades —en los casos citados en las sentencias indicadas se trataba de autoridades francesas o mexicanas con las españolas— para la entrega de una persona que se encontraba en el territorio del país requerido, eludiendo el tratado de extradición, vendría a suponer —en la tesis del recurrente— una nulidad que imposibilitaría el enjuiciamiento de dicha persona en el país requirente. Esta es una conclusión inaceptable y así lo tiene declarado esta Sala.

Es obvio, que las partes en un proceso de extradición, los sujetos, son los dos Estados concernidos, el Estado requirente y el requerido, en el presente caso España y el Emirato de Dubai. El recurrente no es parte del proceso de extradición, sino que solo es objeto del mismo.

En esta situación, si la autoridad competente del Estado requerido —Dubai— acuerda la expulsión de su territorio y la entrega a los agentes policiales del país requirente —España—, oportunamente desplazado al Emirato para hacerse cargo de la persona, y de este modo es traída a España y presentada ante la autoridad judicial española —como lo fue, el Juzgado de Instrucción Central n.º 1— ninguna tacha, ni nulidad puede efectuarse ante este proceder, y obviamente, la obligación de la policía española a la que se le entregó a Jose Antonio fue la que cumplió, llevarle a presencia del Juez competente para la causa penal.

Ninguna vulneración con alcance constitucional y apoyo en los artículos que se citan en el motivo puede existir. No hay lesión del art. 25-1 de la Constitución que se refiere a la garantía de la legalidad penal —no aplicación de las leyes penales retroactivamente—, ni del art. 13-3.º que se refiere a los tratados de extradición o el principio de reciprocidad. Ninguno de los artículos citados quedó lesionado con la entrega directa.

En el presente caso no existe tratado de extradición entre España y los EAU, ciertamente el proceso se inició con una petición formal de extradición efectuada por el Gobierno de España y dirigida a Dubai, y a tal respecto, basta con referirse al Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de mayo de 2006 en el que se solicitó *«... a las autoridades de los Emiratos Arabes Unidos, la extradición activa de Jose Antonio por los delitos de asociación ilícita y blanqueo de capitales...»* que obra en las actuaciones, folio 1, Tomo sin enumerar.

Que luego se acordase entre los dos Estados requirente —España— y requerido —EAU— la entrega directa, no supuso ninguna nulidad, sino la materialización de un acuerdo entre los Esta-

dos concernidos —únicas partes como ya se ha dicho—, debiéndose tener en cuenta que los delitos imputados al sujeto imputado, lo son en ambos países, y que, además los EAU son firmantes de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, adoptada por la Asamblea de Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000 — Tratado de Palermo — cuyo artículo 16 le impone un claro deber de colaboración al respecto, y por otra parte, es obvio que la obligación de los agentes policiales a quienes se las entregó Jose Antonio fue la de conducirlo ante el Juez español, como así hicieron.

Es a partir de la entrega, cuando deben ser verificables la vigencia de las garantías del proceso debido, y ello es independiente —como ha pasado en supuestos de entrega directa por las autoridades policiales francesas— que con posterioridad a la entrega, las autoridades administrativas del país requerido, hubiesen apreciado defectos en tal entrega, lo que tampoco se ha acreditado en el presente caso. Igualmente son cuestiones ajenas las alegaciones a posibles vulneraciones en que pudieron incurrir las autoridades del Estado requerido —EAU— cuestión que tampoco aparece acreditada y que es ajena a las autoridades judiciales españolas, y al respecto, como mera referencia ya que no es doctrina aplicable, por razones obvias, se puede citar la STEDH Soering vs. Reino Unido de 7 de julio de 1989 en la que se sienta la doctrina de que podría haber una vulneración del art. 3 del Convenio Europeo, caso de que el país requerido acordase la extradición de una persona en los casos en que existiese riesgo real de que la misma en el país requirente podrá ser sometida a torturas o tratos inhumanos o degradantes.

Ni el Convenio Europeo es aplicable entre España y Dubai, ni se ha denunciado la posibilidad de tratos inhumanos si se enviase a España a Jose Antonio, más bien, se denuncian violaciones en Dubai y las vulneraciones que se denuncian por el recurrente como ocurridas en Dubai, no despliegan eficacia en el proceso penal llevado a cabo en la Audiencia Nacional.

Por lo demás, es indiferente que el entregado a España no tenga la nacionalidad española. Se trata de delitos de carácter transnacional los que dieron lugar a la petición por parte de España —Asociación Ilícita y Blanqueo—, y en concreto se está en un supuesto de delitos cometidos en España por extranjero por lo que la competencia de los Tribunales españoles es incuestinable.

Finalmente, queda extramuros del propio procedimiento de entrega, todas las referencias a la condena dictada por el Juzgado Municipal de Tiblisi contra el recurrente, lo que en todo caso será relevante en el caso de que el recurrido sea extraditado a Georgia.

## Sentencia 204/2011, Sala Segunda del TS, de 23 de marzo

Ponente: **Diego Antonio Ramos Gancedo**
Resumen: **Prueba pericial caligráfica**
Artículos: **24 CE**

**Dispensando un trato similar al que ha de regir la toma de muestras a efectos de prueba de ADN, se aprecia por la Sala la vulneración de los derechos de defensa de quien resultó condenado a consecuencia de la confección de un cuerpo de escritura cuando no estaba imputado y no se le informó de los derechos que le asistían ni de las consecuencias que podían derivar lo que exige excluirla del acervo probatorio.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Tercero.—**El segundo motivo denuncia infracción de precepto constitucional por violación del derecho de contradicción, defensa, derecho a no declararse culpable, no interdicción de la indefensión, garantizada en el art. 24 de la Consti-

tución, en relación con el 456 y ss. de la LECr. con resultado de indefensión, e infracción de Ley por vulneración del art. 11.1 de la LOPJ, al ser nulo de pleno derecho la pericial caligráfica por el que condena a mi mandante.

Todas estas violaciones de los derechos constitucionales citados se habrían producido en relación con el cuerpo de escritura que realizó la acusada en fase de instrucción de las Diligencias Previas a requerimiento del Juez, y que fue la base del informe pericial caligráfico elaborado por los especialistas del Grupo de Documentoscopia de la Policía Científica.

Sostiene la recurrente que esa diligencia constituye una prueba pericial preconstituida cuya práctica se regula en los arts. 456 y ss. L.E.Cr., y afirma que esa prueba carece de validez porque en ese momento la acusada no estaba imputada por el delito investigado y se le privó del derecho a la asistencia Letrada causándole indefensión, a no confesarse culpable y también del derecho a negarse a practicar la confección del segundo cuerpo de escritura. Por ello —concluye— la pericial caligráfica debe declararse nula y no valorable a efectos inculpatorios.

Como antecedentes procesales deben reseñarse que el procedimiento se inició por la denuncia de falsificación y cobro de los cheques, desconociéndose quién era el autor del delito. Por eso, se recibe declaración en calidad de testigo, a todos los empleados de la oficina donde se guardaba el talonario de cheques. Posteriormente, se les pide la confección de un cuerpo de escritura a todos y cada uno de los quince. En esa fase inicial del procedimiento, no hay ningún imputado pues se trata precisamente de diligencias de investigación para averiguar quién haya podido ser el autor de los hechos.

Pero, sometidos esos cuerpos de escritura a los oportunos exámenes por los especialistas calígrafos de la Policía Científica, ya dan cuenta al Juez de Instrucción de datos que apuntan a la posible autoría de la hoy recurrente ante los «rasgos de insinceridad que se observan en los trazos» de la muestra de escritura efectuada por Clara, solicitando del Juez la elaboración por ésta de otro cuerpo de escritura, lo que así se hizo, requiriendo de nuevo el Instructor la confección de nueva muestra de escritura.

Hemos declarado muchas veces que el Auto de procesamiento, o la atribución de la condición de imputada de una persona en el Procedimiento Abreviado, persigue, entre otros objetivos, permitir al afectado una adecuada, pronta y eficaz defensa de los hechos que provisionalmente se le achacan, mediante la información de sus derechos a que se refiere el art. 118 y 775 LECr.

En el caso presente, al ser requerida Clara por el Juez Instructor para confeccionar un nuevo cuerpo de escritura, no estaba imputada y por ello no se le había informado de sus derechos como tal a ser asistida de Letrado. Es necesario resaltar que la diligencia a practicar era, en efecto, una diligencia de investigación, pero con características singulares que realzaban la incuestionable importancia de la misma. Porque al ser requerida por la Autoridad Judicial a practicar otro cuerpo de escritura, éste constituía la base sobre la que se practicó la prueba pericial caligráfica que demostraría indubitadamente por la naturaleza científica de la misma, la autoría de las falsificaciones de los cheques bancarios.

En otras palabras, el Juez requirió de la acusada una actividad personal que podía ser (y lo fue) determinante y decisiva para declararla culpable y condenarla. Y ello sin siquiera informarle de que podía negarse a realizar esa diligencia.

Considera este Tribunal de casación que en las concretas y especiales circunstancias mencionadas, se vulneró el derecho de defensa de la acusada, a no declararse culpable y a no declarar contra sí misma, entendiendo el término «declarar» en sentido amplio, pues en la práctica, la confección de la muestra de escritura supuso una prueba de cargo de incuestionable contenido incriminatorio.

En realidad, la situación puede, sin forzamiento, equipararse a la toma de muestras de la saliva del sospechoso para someter este fluido a la prueba de ADN, donde la invasión de la integridad corporal es ínfima o nula, no comporta gravámen alguno y, ni siquiera, incomodidad al

concernido al consistir en pasar un pequeño hisopo por la cavidad bucal.

A este respecto, el Tribunal Constitucional, en su sentencia n.º 207/1996 de 16 de diciembre, lleva a cabo un examen pormenorizado de las actuaciones procesales sobre el cuerpo humano del imputado, orientadas a obtener alguna información relevante para la instrucción criminal, susceptibles de incidir negativamente sobre derechos fundamentales como la integridad física (art. 15 C.E.) y la intimidad personal (art. 18.1 C.E.). En esa perspectiva distingue lo que denomina «inspecciones y registros corporales», que «consisten en cualquier género de reconocimiento», cuando «en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (art. 18.1 C.E.) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo (...) o inciden en la privacidad».

La cuestión sustancial es que en uno y otro caso, el afectado por el requerimiento judicial tiene derecho, como sospechoso o como acusado, a no colaborar con las autoridades encargadas de la investigación y de no facilitar pruebas que pudieran incriminarle (véase STS de 4 de febrero de 2003, entre otras). Por ello, y en las circunstancias que han quedado consignadas en las que se practicó la diligencia judicial en cuestión, se vulneró el derecho de defensa de la acusada, que debió haber sido imputada previamente y ser informada de sus derechos como tal. O, cuando menos, debió haber sido advertida por el Juez a negarse a elaborar la muestra de escritura que, como se ha dicho, a la postre fue prueba directa y esencial de la condena.

Si, como anteriormente exponíamos, la toma de muestras de la saliva de un sospechoso, por la simpleza e inocuidad del método, no afecta al derecho a la integridad corporal ni a la intimidad y, por ello, es equivalente a la toma de muestras de la escritura, vale traer a colación la STS de 18 de diciembre de 2001 al examinar el supuesto de quien fue sometido a una prueba de toma de muestras de saliva para determinar la posible autoría de unos hechos en los que no estaba imputado. La sentencia declaró la legalidad de esa diligencia porque se realizó con el consentimiento del recurrente, que en ese momento está asistido de Letrado, consentimiento que es prestado a presencia del Juez de Instrucción y del Secretario Judicial. En el acta consta asimismo que la finalidad de la extracción es determinar la posible autoría de los hechos, estando en ese momento en calidad de preso preventivo por otra causa. Del contenido de ese acta se desprende con claridad que el recurrente pudo saber sin dificultad, al igual que el Letrado que le asistía, que la finalidad de la extracción era comprobar su posible participación en un hecho delictivo, accediendo, sin embargo, a su realización.

**Cuarto.—**Excluida del acervo probatorio la prueba pericial caligráfica, debemos ahora verificar si la sentencia impugnada contiene otros elementos probatorios de cargo capaces de acreditar los hechos y la participación en los mismos de la recurrente.

La respuesta debe ser afirmativa al quedar desvirtuada la presunción de inocencia por prueba de cargo indiciaria de suficiente contenido inculpatorio.

(...)

Si la elaboración del cuerpo de escritura requerida a la acusada por el Juez de Instrucción se hubiera practicado con las debidas garantías que han quedado reseñadas, la prueba pericial caligráfica de la Policía Científica habría resultado válida y decisivamente incriminatoria. Ahora bien, descartada ésta como prueba de cargo, es obligado hacer una consideración: si informada de sus derechos e incluso asistida de Letrado para esa diligencia, la ahora recurrente se hubiera negado a realizar la muestra, bien asesorada por el Abogado o bien por propia decisión, esa negativa no puede ser valorada como dato incriminatorio a sumar a los anteriores porque el ejercicio de un derecho no permite ese tratamiento, pero, ciertamente, no solo no resta fuerza a los indicios inculpatorios, sino que excluye la posibilidad de una inferencia alernativa favorable a la acusada por la propia y exclusiva voluntad de ésta, y en ese sentido esta actitud puede entenderse como refuerzo o corroboración de la inferencia alcanzada por el Tribunal basada en los datos indiciarios incriminatorios ya obtenidos o, en último caso, como elemento a valorar.

## Sentencia 201/2011, Sala Segunda del TS, de 25 de marzo

Ponente: **Perfecto Agustín Andrés Ibáñez**

Resumen: **Delito electoral**

Artículos: **Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General y Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre Regulación de las distintas modalidades de Referéndum**

**Se entiende que la remisión efectuada por la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, de Referéndum, «al régimen electoral general» comprende también el Capítulo VIII de la Ley Electoral, donde se recogen las conductas constitutivas de delito electoral.**

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Lo denunciado, por el cauce del art. 849,1.º Lecrim, es indebida inaplicación de los arts. 144.1.a) y 137 Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en relación con el art. 11.1 Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre Regulación de las Distintas Modalidades de Referéndum; puesto que la Audiencia absolvió a los acusados del delito electoral previsto en el primero de los preceptos citados. Esto no obstante considerar probado que habían participado en una manifestación a favor de votar no en el referéndum consultivo sobre la Constitución Europea, celebrado el 20 de febrero de 2005, celebrada durante la jornada de reflexión de la víspera.

Pues bien, el recurrente tiene razón, dado que el precepto del art. 11.1 de la LO 2/1980 remite el tratamiento normativo del procedimiento de referéndum «al régimen electoral general», del que forma parte el Cap. VIII de la LO 5/1985 de Régimen Electoral General, donde se describen las conductas constitutivas de delito electoral. Es pues un reenvío de carácter general, no sólo a efectos de procedimiento, sino que contempla todo lo que puede considerarse comprendido dentro de la expresión «régimen electoral».

Esta inteligencia cuenta con el aval de la Disposición transitoria primera de la misma LO 2/1980, según el cual, hasta la publicación de la LO reguladora del Régimen Electoral General, que tuvo lugar cinco años más tarde) sería de aplicación el RDL 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales, que contenía, además de las reglas procedimentales en la materia, un Título VIII dedicado a «Delitos e infracciones electorales», sin duda aplicables a las distintas modalidades de referéndum.

Esta lectura del cuadro normativo de referencia ha tenido acogida en diversas sentencias de esta Sala Segunda, en la que los tipos de delito previstos en la Ley de Régimen Electoral General tuvieron aplicación a conductas incriminables a tenor de los mismos, realizadas con ocasión del referéndum a que se refiere esta causa, como son las de n.º 1095/2007, de 28 de diciembre; 246/2007, de 15 de marzo; y 22/2007, de 22 de enero, entre otras. Éstas, como bien recuerda el Fiscal, confirmaron otras, recurridas en casación, que habían considerado delitos electorales del art. 143 de la Ley de Régimen Electoral General, conductas de falta asistencia a la formación de las mesas electorales de censados designados al efecto.

Es por lo que el recurso tiene que ser estimado.

## Sentencia 208/2011, Sala Segunda del TS, de 28 de marzo

Ponente: **José Manuel Maza Martín**

Resumen: **Refunción de condenas. Abono de prisión provisional**

Artículos: **58 y 76 Código Penal**

**Se trata de un supuesto de aplicación de la doctrina sentada en la STC 57/2008, de 28 de abril (recogida en el núm. 25 de la Revista de Derecho Penal), relativa al abono de la prisión provisional, pero aplicando simultáneamente la «doctrina Parot» de modo que el límite máximo de cumplimiento no se ve afectado.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.—**Los recurrentes denuncian, en los dos motivos de su Recurso conjunto, las infracciones en las que habría incurrido la Audiencia, tanto vulnerando los derechos fundamentales a la libertad y a la tutela judicial efectiva (arts. 5.4 LOPJ y 852 LECr, en relación con el 17 y 24.1 CE y, 57.1 CEDH y 9.1 y 5 y 15.1 PIDCP) como aplicando indebidamente (art. 849.1.º LECr) el artículo 33 del Código Penal de 1973, hoy artículo 58 del vigente texto, al acordar, en la Resolución recurrida no haber lugar a revisar los licenciamientos definitivos aprobados en su día y en los que no se producía el abono del tiempo de prisión preventiva sufrida en simultaneidad con el cumplimiento de una pena privativa de libertad impuesta en otra causa diferente.

En primer lugar, y como recuerda el Fiscal en su Informe, dicha Resolución es susceptible de Recurso de Casación, sin duda, al hacerlo posible la supervivencia, en este extremo, de la añeja disposición contenida en la Real Orden de 29 de enero de 1901 relativa a la posibilidad de tal vía en relación con las Resoluciones referentes al abono de la prisión preventiva sufrida por el condenado.

Por otra parte, en cuanto al fondo de la cuestión planteada, que cuenta así mismo con el apoyo expreso del Ministerio Público para el Primero de los motivos del Recurso, resulta igualmente incuestionable la procedencia de la pretensión de los recurrentes pues, en esta ocasión, la doctrina, tanto del tribunal Constitucional como la de esta Sala, en relación con la aplicabilidad de las prisiones preventivas sufridas simultáneamente al cumplimiento de una condena privativa de libertad en ambos procedimientos que motivaron dicha situación, ha resultado pacífica, como lo evidencian la originaria STC 57/2008, de 28 de abril, y las diversas SSTS, a partir de la 1391/2009 que, aún expresando ciertas discrepancias y críticas a la doctrina constitucional, acaba aceptándola, como no podía ser de otra forma, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Dice al respecto la referida doctrina:

*«Dicha sentencia del Tribunal Constitucional establece que la coincidencia temporal del cumplimiento de prisión la prisión preventiva y de una pena impuesta en otra causa no excluye el abono de la prisión preventiva en la pena que se imponga en la causa en la que se sufrió aquella prisión preventiva y que lo contrario vulnera el* art. 17.1 CE . *Dicho de otra manera, se establece un principio vicarial para las medidas cautelares privativas de la libertad y las penas. La Sala ya se ha pronunciado sobre esta materia en la* STS 1391/2009 *en la que se realizaron consideraciones críticas sobre doctrina jurisprudencial establecida en la* STC 57/ 2008 *desde la perspectiva de los principios de seguridad jurídica y proporcionalidad, el derecho a la igualdad y la buena fe procesal. No obstante, la interpretación literal del* art. 58 CP *en la que se basa el Tribunal Constitucional, en la medida en la que afecta al* art. 17.1 CE, *debe ser aplicada por disponerlo así el art. 5.1 LOPJ»* (STS de 11 de febrero de 2010).

Incluso en los supuestos de aplicación del artículo 76 del Código Penal, la llamada «acumulación de condenas» o «refundición de penas», tal criterio seguiría resultando aplicable, de acuerdo con la misma Sentencia que se acaba de citar.

En el presente momento aunque la situación legal al respecto ha cambiado, como consecuencia de la nueva redacción del artículo 58 del Código Penal, operada por la reciente LO 5/2010, al menos en tanto que no se produzca con éxito su cuestionamiento constitucional, al tratarse de

una norma posterior más gravosa para los reos, evidentemente, nuestro pronunciamiento no puede apoyarse en este nuevo texto.

Por consiguiente, el Recurso ha de estimarse, debiendo proceder, en su consecuencia, a unas nuevas liquidaciones de condena por el órgano para ello competente.

**Segundo.—**Cosa distinta, a la que también alude la Audiencia y el propio Fiscal expresamente en su escrito, es la de la incidencia que esta Resolución haya de tener en el tiempo de cumplimiento efectivo de las penas privativas de libertad impuestas a los recurrentes pues, en efecto, de acuerdo con la doctrina contenida en nuestra Sentencia de fecha 28 de febrero de 2006, citada por la Audiencia como base en apoyo de su criterio y a cuya luz debe ser interpretada también la cuestión a la que aquí nos referimos:

*«Es, por ello, que el término a veces empleado, llamando a esta operación una "refundición de condenas", sea enormemente equívoco e inapropiado. Aquí nada se refunde para compendiar todo en uno, sino para limitar el cumplimiento de varias penas hasta un máximo resultante de tal operación jurídica. Consiguientemente, las varias penas se irán cumpliendo por el reo con los avatares que le correspondan, y con todos los beneficios a los que tenga derecho. Por tanto, en la extinción de las penas que sucesivamente cumpla aquél, se podrán aplicar los beneficios de la redención de penas por el trabajo conforme al* art. 100 del Código Penal (TR 1973).

*De tal modo, que la forma de cumplimiento de la condena total, será de la manera siguiente: se principiará por el orden de la respectiva gravedad de las penas impuestas, aplicándose los beneficios y redenciones que procedan con respecto a cada una de las penas que se encuentre cumpliendo. Una vez extinguida la primera, se dará comienzo al cumplimiento de la siguiente, y así sucesivamente, hasta que se alcanzan las limitaciones dispuestas en la* regla segunda del art. 70 del Código Penal de 1973. *Llegados a este estadio, se producirá la extinción de todas las penas comprendidas en la condena total resultante.*

*Por ejemplo, consideremos a un condenado a 3 penas, 1 de 30 años, otra de 15 años y otra de 10 años. La* regla 2.ª del art. 70 del Código Penal de 1973, *que sería el aplicable en el ejemplo, determina que el tope de cumplimiento efectivo es el límite que represente o bien el triplo de la más grave, o el máximum de treinta años. En el ejemplo, sería el máximo de 30 años de cumplimiento efectivo. El cumplimiento sucesivo de las penas (de la condena total) comienza con la primera, que es la pena más grave (la de 30 años de prisión). Si hubiera redimido (por los conceptos que sean), 10 años, tendría cumplida la pena a los 20 años de estancia en prisión, declarándosele extinguida; a continuación, pasaría a cumplir la siguiente pena por el orden de su respectiva gravedad (esto es, la de 15 años), si de ésta redime 5 años, la tendría cumplida en 10 años. 20+10=30. Ya no podría cumplir más penas, dejando de extinguir las que procedan, como literalmente dice el Código Penal aplicado, desde que las ya impuestas cubrieren el máximum de tiempo predicho que no podrá exceder de treinta años».*

Por consiguiente, también en el caso de las diferentes aplicaciones de prisiones preventivas, por estrecha analogía con lo anterior, las mismas se han de producir independientemente del límite máximo de cumplimiento efectivo previsto en el artículo 76 del Código Penal, lo que quiere decir que la reducción de tiempo de cumplimiento derivado de dichos abonos no resultará de aplicación sobre ese máximo de cumplimiento sino para cada una de las penas inicialmente impuestas, de modo que, si a pesar de ello, siguieran éstas excediendo del referido límite legal, éste continuará operando tal como se previó en su momento.

## Sentencia 254/2011, Sala Segunda del TS, de 29 de marzo

Ponente: **Manuel Marchena Gómez**

Resumen: **Acusación y denuncia falsa**

Artículos: **456 Código Penal**

**El delito de acusación y denuncia falsa no exige que el sujeto activo del mismo presente «querella», ni se supedita a un acto procesal de citación de la persona falsamente acusada o denunciada, ni es obstáculo la preexistencia de un proceso penal en marcha.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**12.** (...)

A) La laboriosa cita que la defensa hace de precedentes jurisprudenciales —algunos de ellos decimonónicos— que proclaman sin matices que el delito de acusación o denuncia falsa sólo puede cometerse mediante la interposición de una denuncia o el ejercicio de una querella, no puede ahora actuar como elemento que condicione el juicio de tipicidad. Es cierto que, de acuerdo con la concepción originaria de la LECrim, la denuncia ha venido actuando siempre como un vehículo de comunicación y conocimiento de la *notitia criminis,* mientras que la querella, además de eso, encerraba un acto de voluntad, esto es, de exteriorización del deseo de ejercer la acción penal como parte acusadora. Es lógico, pues, que desde esa perspectiva histórica, el tratamiento doctrinal y jurisprudencial de los delitos de acusación y denuncia falsa, haya estado condicionado por esa idea tan elemental. Sin embargo, esta afirmación necesita ser hoy actualizada.

En efecto, al menos desde la reforma de la LECrim operada mediante la LO 7/1988, 28 de diciembre, el perjudicado puede mostrarse parte en la causa «*... sin necesidad de formular querella*». Así lo proclamó expresamente la renovada redacción del párrafo 2.º del art. 783. Y así lo siguen estableciendo de forma inequívoca los arts. 761.2 y 771.1 de la LECrim. Este último precepto recuerda incluso el deber de la Policía Judicial de informar e instruir al ofendido o perjudicado por el delito «*... de su derecho a mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querella*».

De ahí que la línea argumental encaminada a reducir la acción del delito de acusación o denuncia falsa a la exclusiva formalización de una denuncia o querella, no puede ser compartida por la Sala. De entrada, una explicación tan formalista de los límites del tipo olvidaría que el precepto, en el epígrafe que rotula el capítulo V, del título XX, del libro II del CP, se refiere tanto a la «*acusación*» como a la «*denuncia*» falsa. Esta diferencia también está presente en el apartado 2 del art. 456, que vuelve a aludir al «*denunciante*» o «*acusador*». De acuerdo con la idea defendida en el recurso, sin embargo, el legislador habría identificado al denunciante con aquel que formula denuncia y al acusador con aquel otro que formaliza una querella. Quedaría extramuros de la tipicidad, por ejemplo, la personación en un proceso penal ya iniciado, con la exclusiva finalidad de dirigir un escrito de acusación contra una persona a la que se sabe inocente.

Y no es esto lo que se desprende de una interpretación lógica del precepto.

La exégesis del art. 456 del CP ha de hacerse integrando la acción típica —imputar a una persona hechos que, de ser ciertos, constituirían una infracción penal— con las categorías que ofrece el derecho procesal a la hora de regular los aspectos formales del ejercicio de la acción penal.

Carecería de sentido que la porción de injusto abarcada por el art. 456 del CP se restringiera de forma artificial mediante la exigencia de un presupuesto formal que hoy ya no es exigible —al menos, en el ámbito del procedimiento abreviado— para ejercer la acción penal. La idea de que la querella es el único acto formal idóneo para promover la acusación y condena de otra persona, ha de ser necesariamente modulada. Los arts. 761.2 y 771.1 de la LECrim, autorizan al perjudicado a asumir la condición de parte mediante la simple personación. Y parece fuera de dudas que la personación como tal no puede contemplarse como un «*acto procesal neutro*» mediante el que el perjudicado «*se aso-*

*ma»* al procedimiento para conocer sus vicisitudes. La personación sin querella es también un acto de imputación, dirigido a constituirse como parte acusadora y, por tanto, concebido para hacer valer la acusación contra las personas a las que se designa como imputadas.

(...)

B) Tampoco puede identificarse la Sala con el razonamiento que enfatiza el hecho de que algunas de las personas a las que se imputó el delito de falso testimonio no llegaron a declarar, pues el Juez de instrucción acordó con anterioridad el sobreseimiento.

Ni el art. 456 del CP ni, por supuesto, la jurisprudencia que lo interpreta, vienen exigiendo para la afirmación del tipo que a la falsa imputación siga, de manera indefectible, un acto procesal de citación como imputado de la persona a la que con mendacidad se atribuye la autoría de un hecho delictivo. Esa llamada al proceso del falsamente imputado puede producirse. De hecho, normalmente se producirá. Sin embargo, su exigencia no forma parte del tipo.

El artículo 456 del Código Penal vigente —apuntábamos en nuestra STS 1193/2010, 24 de febrero— sanciona a quien imputare a alguna persona hechos que de ser ciertos constituirían infracción penal si lo hiciere con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio por la verdad ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación. La redacción del artículo 325 del Código Penal vigente al tiempo de los hechos, año 1994, era similar, no conteniendo el inciso relativo al temerario desprecio por la verdad. Jurisprudencia y doctrina han señalado generalmente que el bien jurídico protegido en este delito es doble: de un lado el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, que se perjudica al verse en la precisión de llevar a cabo actuaciones procesales penales basadas en hechos cuya falsedad consta desde el inicio a quien los pone en su conocimiento; y de otro el honor de la persona a la que se imputan los hechos falsos, que se ve afectado negativamente al aparecer como imputado en una causa penal. En el primer aspecto, la Justicia no solo sufre los efectos negativos de un esfuerzo injustificado, sino que también puede verse perjudicada en su prestigio en cuanto llega al conocimiento público que el Poder del Estado en ese ámbito ha sido engañado e incluso conducido a tomar decisiones, aunque sean provisionales, que al basarse en hechos falsos, resultan injustas. En el segundo aspecto, la LECrim solo autoriza al Juez a rechazar una querella, dejando a un lado el supuesto de incompetencia, en el caso de que los hechos no sean constitutivos de delito, artículo 313. De forma similar, el artículo 269 dispone que, formalizada la denuncia, el Juez o funcionario a quien se hiciere mandará proceder a la comprobación del hecho denunciado, salvo que éste no revistiere carácter de delito o que la denuncia fuere manifiestamente falsa. Por imperativo del artículo 118 de la misma Ley, la admisión de una querella o denuncia debe ponerse en conocimiento inmediato de los querellados o denunciados al efecto de que puedan comenzar el ejercicio del derecho de defensa en el procedimiento. Desde ese momento, la posición procesal que ocupan es la de imputado, al no existir en nuestro derecho procesal una posición intermedia entre la imputación de parte, que atribuiría la posibilidad de defenderse con arreglo a la Constitución y a la ley, y la imputación judicial, que implica un grado mayor de sujeción al proceso.

El tipo objetivo requiere que sean falsos los hechos atribuidos al denunciado o querellado, sin que a esos efectos tenga trascendencia la valoración jurídica que el querellante o denunciante pueda hacer de los mismos. Lo que se sanciona penalmente no es una errónea calificación de parte, sino la imputación de hechos falsos. Sería, pues, irrelevante la inexistencia de una calificación jurídica, lo que ordinariamente ocurre, por otra parte, cuando se trata de una denuncia. Tampoco es decisivo el lugar que ocupen en sus escritos, pues lo que importa es que se trate de hechos y que sean conocidamente falsos por quien los imputa. En segundo lugar, es necesario que, de ser ciertos, los hechos imputados fueran constitutivos de infracción penal. Y además, es preciso que la imputación se haga ante funcionario judicial o administrativo que deba proceder a su averiguación. Estas dos exigencias, aun siendo diferentes, tienen relación directa con los

bienes jurídicos protegidos, que precisamente se ven afectados cuando ese funcionario, en atención a la forma en que le son comunicados los hechos falsos que no autoriza a rechazar de plano su naturaleza delictiva, se ve en la obligación de proceder a su averiguación, y, por lo tanto, de abrir unas actuaciones o un procedimiento que, precisamente, causa la afectación negativa del bien jurídico, en los dos aspectos antes relacionados. En este sentido, lo que resulta relevante es que los hechos, tal como son presentados, tengan suficiente apariencia delictiva como para que no sea pertinente el rechazo de la querella o de la denuncia. Es decir, no se trata de que al final del proceso pudiera establecerse o negarse su carácter delictivo, sino que lo que importa es que, en el momento en que se realiza la imputación falsa, su contenido obligue a admitirla a trámite e imponga la comprobación de los hechos denunciados como paso necesario para su valoración jurídica. Esto no impide excluir la existencia del delito del artículo 456 cuando posteriormente pueda afirmarse, sin duda alguna, y siempre en una valoración del contenido de la denuncia o querella, que el procedimiento nunca debiera haberse incoado.

El tipo subjetivo exige que el autor conozca la falsedad de la imputación. De ahí las referencias a la inveracidad subjetiva. No basta, pues, con la falsedad de los hechos que se imputan sino que es preciso que quien hace la imputación tenga la conciencia de que esos hechos no se corresponden con la realidad.

En definitiva, el art. 456.2 del CP acoge una condición objetiva de perseguibilidad, a saber, la existencia de un auto de sobreseimiento o archivo, pues el legislador quiere que la mentira de la imputación sea proclamada por un Juez. Pero el tipo, en modo alguno, impone una determinada extensión de las actuaciones jurisdiccionales en cuyo ámbito ha de producirse la resolución de cierre.

C) La defensa participa de la idea de que no puede afirmarse el delito, en términos de imputación objetiva, toda vez que el proceso penal —y, con él, la ofensa al bien jurídico— ya se había iniciado con anterioridad, en virtud de la denuncia interpuesta por Luisa ante la Fiscalía General del Estado.

Tampoco este razonamiento puede ser compartido.

No ha habido una errónea aplicación del art. 456 del CP. Éste castiga a los que «... *con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, imputaren a alguna persona hechos que, de ser ciertos, constituirían infracción penal, si esta imputación se hiciera ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación*».

La acción se colma, pues, con la falsa atribución, a sabiendas, de responsabilidad por la comisión de una infracción penal ante cualquier funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a la averiguación del hecho denunciado. De suerte que, todo aquel que verifica esa adjudicación falsaria de responsabilidades penales, ya sea denunciando el hecho, ya interponiendo querella, ya personándose como acusador particular en un proceso iniciado, colma la acción típica. Todavía en el tipo objetivo, desde la perspectiva del resultado, la preexistencia de un proceso penal en marcha no es obstáculo para la comisión del delito. Como venimos razonando, es perfectamente posible *imputar falsamente* a otra persona la comisión o la participación en un hecho delictivo mediante un acto de personación que, por definición, implica un proceso penal ya incoado. En efecto, ese ejercicio de la acción penal, a sabiendas de la manifiesta falsedad de los hechos sobre los que se apoya, da lugar a nuevas actuaciones procesales —en el presente caso, el acto de personación fue acompañado de la petición de diligencias—, hace pervivir sin justificación un procedimiento, menoscaba la honorabilidad de los injustamente imputados y, precisamente por ello, intensifica la ofensa al bien jurídico tutelado. En estrictos términos de imputación objetiva, no existiría obstáculo conceptual alguno para la imputación de los daños subsiguientes, que suponen una previa acción dañosa cuyos efectos se intensifican por una acción con incuestionable capacidad lesiva del bien jurídico tutelado.

## Sentencia 318/2011, Sala Segunda del TS, de 31 de marzo

Ponente: **Adolfo Prego de Oliver Tolivar**

Resumen: **Responsabilidad civil derivada del delito**

Artículos: **117 Código Penal y 73 y 76 Ley de Contrato de Seguro**

**Se ocupa la sentencia con el alcance de la responsabilidad civil de la aseguradora en caso de delito cometido por el subarrendatario.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Tercero.—**El motivo segundo apoyado en el art. 849.1.º de la LECriminal denuncia infracción de ley por indebida aplicación del art. 117 del Código Penal e inaplicación de los arts. 73 y 76 de la Ley de Contrato de Seguro.

1. En la Sentencia recurrida la condena de la entidad recurrente se fundamenta en la póliza de seguro en cuanto cubría el riesgo de la responsabilidad civil. Pero lo cierto es que en este tipo de seguro el asegurador como dispone el art. 73 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980 se obliga a cubrir el riesgo de 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». Es obvio, que en este caso se pactó que el asegurado era la Sra. Espí, que celebró el contrato como tomadora del seguro. Por lo tanto el riesgo cubierto por la entidad aseguradora era la responsabilidad civil de la asegurada, y no la de ninguna otra persona.

Es cierto que en el seguro de daños, a cuyo género pertenece el de responsabilidad civil se da la peculiaridad, entre otras, de la cesión del contrato por transmisión del objeto asegurado subrogándose en tal caso el adquirente del objeto en la posición del asegurado (art. 34 de la LCS) pero ni un subarriendo es propiamente una transmisión de la vivienda, ni era ésta el «objeto asegurado», es decir el bien sobre el que recae el interés sometido a riesgo sino «la responsabilidad civil» de la Sra. Espí, ni en todo caso podría aquí fundarse el aseguramiento de la responsabilidad civil del subarrendatario por vía de subrogación, porque no aparece en la Sentencia se comunicara en el plazo de quince días a la aseguradora como exige el art. 34 de la LCS la transmisión del objeto —si por tal se entendiera el subarriendo de la vivienda— requisito necesario para posibilitar a aquella el ejercicio de su derecho a rescindir el contrato.

2. Sentado pues que lo que la póliza cubría era la responsabilidad civil de la persona «asegurada», es decir de la Sra. Espí no puede considerarse que tal responsabilidad suya derivase en este caso en las normas del Código Penal, ya que la civil que nace del delito corresponde a los criminalmente responsables del mismo (art. 116 del Código Penal), y no son aquí aplicables los supuestos de su extensión a terceros, previstos en los arts. 118.1 1.º y 4.º (en los casos de exención) y en el art. 120 (para la responsabilidad civil subsidiaria). El art. 117 sobre responsabilidad de los aseguradores por su parte exige el presupuesto necesario de que hayan «asumido el riesgo» que es justamente lo que en este caso no se produjo fuera de la responsabilidad civil de la concreta persona asegurada.

Y tampoco la condición deudora de la Sra. Espí en la responsabilidad civil del autor del incendio por los perjuicios causados a terceros tiene apoyo en las normas reguladoras del subarriendo donde la Ley de Arrendamientos Urbanos no establece para el arrendatario subarrendador responsabilidad alguna por los daños causados por los ocupantes subarrendatarios de la vivienda como la que sí establece para el propietario de la vivienda el art. 9.6.º de la Ley de Propiedad Horizontal.

3. La Sala de instancia entiende erróneamente que la responsabilidad civil asegurada en la póliza es «cualquier responsabilidad que pudiera derivarse por los actos llevados a cabo por la tomadora (*sic*) o cualquier ocupante de la vivienda que afecten directamente a ésta y de la que se pueda derivar la declaración de una responsabilidad civil».

Esta conclusión en la interpretación del contrato, sobre lo que atañe a la delimitación del riesgo asegurado, aparte de que erróneamente se refiere a la «tomadora», —que es en realidad solo la persona que contrata el seguro— para designar a la «aseguradora», como titular del interés implicado en el riesgo que se asegura —en este caso la eventual responsabilidad civil futura—, construye su razonamiento con criterios de utilidad social en beneficio del interés de los terceros perjudicados, trayendo a colación su inmunidad frente a las excepciones oponibles para el asegurador contra el asegurado y la necesidad de que ésta pruebe las cláusulas limitativas de su responsabilidad y la expresa aceptación por el asegurado.

4. La interpretación de la Sala de instancia no puede compartirse porque se basa en el error de trasladar al ámbito objetivo de la delimitación del riesgo asegurado los criterios de protección del cliente en el ámbito del clausulado contractual:

A) El contrato de seguro está en efecto sometido a una regulación protectora del cliente (tomador y asegurado) del siguiente modo: a) las normas de su ley reguladora, salvo que ellas mismas digan que son dispositivas, son semiimperativas es decir solo pueden ser sustituidas por cláusulas de la póliza que sean más favorables al asegurado (art. 2 de la LCS); b) el clausulado general de la póliza es objeto de supervisión y aprobación por la Administración Pública y debe inspirar la interpretación de las cláusulas particulares añadidas en el contrato salvo cuando las generales hayan sido claramente excluidas por éstas (STS 11 de abril de 1991); c) las cláusulas lesivas a los derechos del tomador y asegurado reconocidos en la ley son nulas y cuando una cláusula es reconocida lesiva por el Tribunal Supremo deberá ser suprimida de las pólizas a requerimiento de la Administración Pública (art. 3 de la LCS); y d) las «cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados» se han de destacar de modo especial (generalmente se hace imprimiéndolas en letra negrita) y deberán ser específicamente aceptadas por escrito (art. 3 de la LCS).

La Sentencia de instancia erróneamente traslada parte de los referidos criterios protectores del tomador y del asegurado a la posición del beneficiario del seguro de responsabilidad civil que es el perjudicado destinatario de la indemnización debida.

B) Al perjudicado o a sus herederos lo que la ley concede en el seguro de responsabilidad civil es acción directa contra el asegurador sin perjuicio del derecho de éste para repetir contra asegurado causante del daño si se debió a conducta dolosa de éste, esto es de «mala fe», en expresión del art. 19 de la LCS. Acción directa que es: 1.º) una acción propia y no por subrogación en las que deriven del contrato de seguro; y 2.º) consecuencia del contrato, lo que significa —y esto es lo relevante en este caso— que solo se produce si existe éste y que solo dentro de los límites contractuales podrá el perjudicado ejercitarla contra el asegurador: así que el asegurador no puede oponer, como dice la Sentencia de instancia, las excepciones personales que tuviese contra el asegurado (como por ejemplo que éste no haya pagado la prima), pero sí puede oponer, y esto lo olvida la Sentencia recurrida, las cláusulas que delimitan el riesgo cubierto que son de carácter objetivo, sean las que positivamente lo describen o sean las de exclusión de cobertura.

C) En este sentido la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2009 declaró que mantener el carácter limitativo de la cláusula inserta en las condiciones de la póliza sobre la extensión de la cobertura y sostener que la aseguradora no suscribió ningún documento supone tanto como negar la realidad del contrato que regula las relaciones entre aseguradora y asegurado en virtud del cual —art. 1— el asegurador se obliga mediante el cobro de una prima «y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura» a indemnizar dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas.

Por su parte la Sentencia de Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2006, siguiendo la jurisprudencia anterior diferencia claramente, de un lado las cláusulas limitativas que operan para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización «una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido», y de otro las cláusulas delimitadoras del riesgo que son aquellas mediante las cuales «se concreta el objeto del contrato fijando qué riesgos en caso de producirse, por constituir el objeto del seguro, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación y en la aseguradora el recíproco deber de atenderla». Y por ello se ha de distinguir lo que es la cobertura de un riesgo de lo que son las cláusulas del contrato que limitan los derechos de los asegurados una vez ya se ha concretado el objeto del seguro, por cuanto nada tiene que ver con éstos sino con las delimitativas en cuanto pertenecen al ámbito de la autonomía de la voluntad (S 7 de mayo de 2009).

D) Por consiguiente en el caso presente, habiéndose pactado en la póliza que el riesgo asegurado era la responsabilidad civil y que la persona asegurada —o sea la titular del interés afectado por el riesgo— era D.ª Mercedes Espí Montparlet, no cabe extender la responsabilidad contractual de la aseguradora recurrente a un riesgo diferente y mayor que el delimitado objetivamente en el contrato, como hace la Sentencia de instancia ampliándolo a las responsabilidades civiles derivadas de un delito cometido por quien no era asegurado en la póliza. Por otra parte, ha quedado claro que quien sí lo era —la Sra. Espí— no se sitúa, ni por las normas del Código Penal ni por ninguna otra civil, en codeudora principal o subsidiaria de las responsabilidades civiles del autor del delito. Y en modo alguno la interpretación de la Audiencia puede fundarse ni en los criterios protectores de los asegurados, en materia de cláusulas limitativas de sus derechos ni en la inoponibilidad frente al perjudicado de las excepciones personales que tuviera la aseguradora frente al asegurado, pues ninguna de las dos cosas tiene nada que ver con la delimitación objetiva del riesgo pactado, en la póliza que es lo que excluye la obligación indemnizatoria, que indebidamente la Sentencia de instancia ha impuesto a la entidad recurrente.

## Sentencia 243/2011, Sala Segunda del TS, de 6 de abril

Ponente: **Diego Antonio Ramos Gancedo**

Resumen: **Abono de revisión provisional**

Artículo: **57 Código Penal**

**Se resume el debate jurisprudencial tras la controvertida STC 57/2008, de 28 de abril (recogida en el n.º 25 de la Revista de Derecho Penal), relativa al cómputo del período de prisión provisional simultánea al cumplimiento de la pena de prisión por otra causa.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.—**El único motivo articulado por el recurrente al amparo del art. 849.1.º LECr., alega infracción de ley por incorrecta aplicación del art. 58.1 CP y por vulneración del derecho a la libertad del art. 17.1 CE, y en cuyo desarrollo se exponen los argumentos y razones consignadas en el epígrafe precedente de esta resolución.

El motivo, que cuenta con el apoyo del Fiscal (aunque con ciertas reticencias), debe ser estimado de acuerdo con los criterios doctrinales ya consolidados por la jurisprudencia de esta Sala a partir de la STC de 28 de abril de 2008, citada.

En efecto, ya la STS n.º 1391/2009, de 10 de diciembre, analizaba en profundidad la nueva interpretación que debía hacerse del art. 58.1 CP

a la luz de la doctrina sentada por la ya mentada STC n.º 57/2009. Así, revocaba esta Sala de Casación el Auto dictado por la Audiencia Nacional sobre la materia en el que se recogía la argumentación contenida en el F. J. Séptimo de la sentencia del Tribunal Constitucional y razonaba la Audiencia Nacional que solo en aquellos casos en que se dé «*una efectiva y real afectación de la situación del penado por la coincidencia de preso preventivo, perjuicio y no simple alegación de pérdida de expectativas de derecho a beneficios o recompensas penitenciarias que debe concretarse por la parte o quedar evidenciada en la ejecutoria para que se llegue al doble cómputo que en su fundamento 6 aquella sentencia entiende imponerse por una interpretación literal del* artículo 58.1...», de forma que «... *solo cuando se produzca el perjuicio por pérdida de beneficios o recompensas se dará el doble cómputo de cumplimiento en una causa y de prisión provisional abonable como cumplimiento en otra*», y como éste no es el caso, sin que ni siquiera se alegue tal perjuicio, debe ser excluido del abono el lapso de tiempo en que coinciden la prisión provisional y el cumplimiento de la pena.

Frente a este criterio, la referida STS de 10 de diciembre de 2010 expresaba la necesidad de oponerse al mismo, porque un argumento *a fortiori* no puede constituir la fuente exclusiva de la interpretación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el caso, teniendo en cuenta que el fundamento séptimo tiene como objeto responder a argumentos esgrimidos en los Autos recurridos (de la Audiencia Provincial de Las Palmas) en el caso y expresamente manifestados por el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones ante el propio Tribunal Constitucional, desgranando éste determinados preceptos de la normativa penitenciaria que pueden discriminar la situación del preso preventivo que también está cumpliendo como penado, concluyendo con carácter general y fuera del caso concreto que «*no puede sostenerse que el preso preventivo, que cumple a la vez condena, no está "materialmente"; en situación de prisión preventiva, o, en otros términos, solo padece una "privación de libertad meramente formal"*». De aquí se desprende que no es posible establecer como *ratio* de la decisión la existencia concreta y probada de un perjuicio penitenciario, lo que además se desprende, como ahora veremos, del conjunto de la sentencia, cuyas claves podemos sintetizar en los siguientes puntos: a) el eje determinante de la misma gira en torno a la vulneración del derecho fundamental a la libertad, por haber podido estar privado de ella el condenado fuera o al margen de los requisitos legales; b) la STC sienta el principio de aparente igualdad que cumple la prisión provisional y la pena de prisión, bajo la idea de que una misma circunstancia, privación de libertad, cumple materialmente una doble función, no obstante reconocer la diferente naturaleza o funcionalidad de ambos institutos; c) la ausencia de expresa previsión legal de esta situación, lo que no se considera un mero «*olvido*» del Legislador, sino una expresa voluntad de no excluir tal posibilidad de un doble cómputo; d) el diferente tratamiento penitenciario de ambas situaciones; y e) como corolario de todo lo anterior establecer la consecuencia esencial, que es la clave de la sentencia, de que carece de cobertura legal la decisión de no abonar al penado en su totalidad el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente en la misma causa en la que luego fuera condenado, porque ya había sido abonada en otra en la que estaba cumpliendo condena, cuya privación de libertad coincida en el tiempo con la anterior. Recuerda el Tribunal Constitucional que «*el derecho a la libertad puede resultar conculcado, tanto cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la ley, como cuando se proceda contra lo que la misma dispone*», no siendo excluible «*una lesión del* artículo 17.1 CE*, si no se procede tal y como ordena el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal*». Igualmente, añadimos nosotros, tampoco sería aceptable que en estos casos la carga de la prueba de la vulneración del derecho fundamental a la libertad pese sobre el condenado teniendo que justificar su discriminación penitenciaria en base a la normativa que rige este ámbito de sujeción de la persona al Estado, además de no ser posible su previsión anticipada.

Efectivamente, la STC 57/2008, que es sucesora de las SSTC 19/1999 y 71/2000, establece como consideraciones generales que la prisión provisional como medida cautelar de naturaleza personal, teniendo en cuenta su finalidad

primordial y la distinta funcionalidad que tiene en relación con la pena, «*permite, sin ninguna violencia lógica, que un mismo hecho (la privación de libertad), cumpla materialmente una doble función, sin que, por ello, y en lo que concierne a la primera, pueda negarse su realidad material, ni alterarse la normal aplicación de su límite temporal*», añadiendo que el hecho de que «*el tiempo de privación de libertad, sufrido por la prisión provisional, se abone en su totalidad para el cumplimiento de la pena, no se deriva, a modo de una consecuencia lógica necesaria, la de que el tiempo de cumplimiento de una pena, impuesta en una causa distinta de la que se acordó la prisión provisional, y coincidente con dicha medida cautelar, prive de efectividad real a esa medida cautelar*».

Por otra parte, es explícita la relación del hecho de la privación de libertad y el derecho fundamental a la misma proclamado en el artículo 17.1 CE, afirmándose en el fundamento jurídico segundo de la sentencia que analizamos que la cuestión que se suscita (en el caso examinado que coincide con el presente) «*se contrae a determinar si ha resultado vulnerado el derecho del recurrente en amparo a la libertad* (artículo 17.1 CE), *por no haberle sido abonado la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente para el cumplimiento de la pena impuesta en una misma causa*». Recordando el Tribunal Constitucional lo anterior, a partir de este planteamiento, llega a la conclusión (fundamento jurídico octavo) que carece de cobertura legal «*la decisión de no abonar al recurrente en amparo en su totalidad el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente... para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta en la misma causa... lo que ha supuesto un alargamiento ilegítimo de su situación de privación de libertad, lesivo, por lo tanto, del* artículo 17.1 CE». La sentencia refuerza y cierra lo anterior con un argumento extraído de la propia literalidad del artículo 58.1 CP, cuando dice en el fundamento jurídico sexto, que «*si el Legislador no incluyó ninguna previsión respecto a dicha situación en el* artículo 58.1 CP *y, en concreto, el no abono del tiempo en el que simultáneamente han coincidido las situaciones de prisión provisional de una causa y de penado en otra, es sencillamente porque no quiso hacerlo*».

Este es el alcance de la lectura de la sentencia invocada por el recurrente y aplicada solo parcialmente por la Sala de instancia. Es cierto que no declara la inconstitucionalidad, ni podría hacerlo, del precepto sustantivo, pero se trata de una sentencia interpretativa que no se contrae a proclamar la vigencia de un derecho subjetivo, sino que fija la lectura constitucional de un precepto del Código Penal excluyendo otras como contrarias al derecho fundamental a la libertad. Por todo ello debe ser el Legislador, como resulta de la redacción contemplada en el último proyecto de Ley Orgánica (121/000052) que modifica el Código Penal (ver también el Capítulo IV de la memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2009), quien debe dar una nueva redacción al artículo 58.1 CP para salvar el supuesto de coincidencia de privación de libertad provisional con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa. El Tribunal Constitucional no prejuzga bajo otra redacción del precepto que una solución distinta impuesta por el Legislador vulnere el derecho fundamental a la libertad.

**Tercero.—**A esta sentencia del Tribunal Supremo siguieron otras del mismo tenor que crearon ya una sólida y pacífica línea de doctrina. La STS n.º 82/2010, de 11 de febrero reiteraba que la STC 57/2008 establece que la coincidencia temporal del cumplimiento de prisión la prisión preventiva y de una pena impuesta en otra causa no excluye el abono de la prisión preventiva en la pena que se imponga en la causa en la que se sufrió aquella prisión preventiva y que lo contrario vulnera el art. 17.1 CE. Dicho de otra manera, se establece un principio vicarial para las medidas cautelares privativas de la libertad y las penas. La Sala ya se ha pronunciado sobre esta materia en la STS1391/2009 en la que se realizaron consideraciones críticas sobre doctrina jurisprudencial establecida en la STC 57/2008 desde la perspectiva de los principios de seguridad jurídica y proporcionalidad, el derecho a la igualdad y la buena fe procesal. No obstante, la interpretación literal del art. 58 CP en la que se basa el Tribunal Constitucional, en la medida en la que afecta al

art. 17.1 CE, debe ser aplicada por disponerlo así el art. 5.1 LOPJ.

En el presente caso el recurrente pretende que en la liquidación de condena de las penas acumuladas se incluya el abono del período durante el cual cumplió al mismo tiempo la condena por una de las causas y prisión preventiva en otra. En particular se trata del tiempo que va desde el 12.7.2001 al 30.11.2004, durante el cual el recurrente habría estado cumpliendo la pena correspondiente a la ejecutoria 50/2001 y, a la vez, en prisión preventiva en el PA 207/1995, del Juzgado Central de Instrucción n.º 5.

Consecuentemente, aplicando los criterios establecidos por la STC 57/2008, que hemos expuesto anteriormente, con las reservas formuladas en la STS 1391/2009, el Tribunal *a quo* deberá liquidar nuevamente las penas abonando el tiempo de la prisión provisional cumplido en el PA 207/1995 en la ejecutoria 50/2001.

En el mismo sentido abundaba nuestra STS n.º 412/2010, de 7 de mayo que partía de la afirmación «nada cuestionable» que hacía el Tribunal Constitucional en su tan repetida sentencia 57/2008, de que «no resulta correcta la identificación del significado de la prisión provisional y de la pena de prisión», de lo que se deriva que la coincidencia temporal durante algún período de las dos situaciones en la misma persona y en causas distintas, no permite considerar que el cumplimiento de la pena en una de ellas «prive de efectividad real» a la medida cautelar objeto de aplicación simultánea en la otra. Así, «el cumplimiento en calidad de penado se ve directa y perjudicialmente afectado por el hecho de coincidir con una situación de prisión provisional decretada [...] pues el penado no puede acceder a ningún régimen de semilibertad, no puede obtener permisos, ni puede obtener la libertad condicional».

Siendo así y en vista de que las dos modalidades de privación de libertad contempladas no son asimilables, por el carácter sensiblemente más gravoso de una de ellas y su negativa incidencia en la aplicación de la otra, es lo cierto que en las situaciones que constituyen el referente de las dos sentencias que acaban de citarse, la inicial desestimación de la pretensión de quienes estuvieron sujetos a las mismas, se tradujo en un menoscabo de su derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE).

Constatado este efecto, el Tribunal Constitucional tenía ante una alternativa con la ineludible necesidad de optar. Ya fuera por un tratamiento meramente formal, nominalista incluso, del asunto, asimilando una a otra las dos situaciones de privación de libertad. O bien por atender al efecto real de las peculiaridades de cada uno de los dos usos de ese instrumento jurídico-penal en la materialidad del derecho de los afectados. Y, como se ha visto, es justamente esto segundo lo que ha hecho, con las mejores razones, a tenor de la calidad del derecho fundamental en juego.

Pues bien, es verdad que en el caso que ahora se examina concurren algunas obvias particularidades diferenciales en relación con los otros dos considerados, pero, al fin, particularidades anecdóticas, una vez acreditado que la calidad de preso preventivo del ahora recurrente le impidió acceder al disfrute de los derechos que en otro caso podrían haberle correspondido legalmente en la simple condición de penado.

En consecuencia, y en contra de lo que se sostiene en la resolución impugnada, el caso objeto de la misma y de la que ahora se dicta tiene patente similitud morfológica con los otros aludidos y resueltos del modo que se ha hecho constar. Y si es así, no hay razón de derecho que pueda impedir la aplicación del criterio inspirador de las dos sentencias.

En fin, la STS n.º 667/2010, de 11 de junio resumía la cuestión en términos inequívocos: a tenor de la doctrina emanada de la STC 57/08, el Tribunal encargado de la ejecución debe abonar el tiempo de prisión provisional para el cumplimiento de la pena correspondiente en la misma causa aunque aquél haya coincidido con el cumplimiento de otras penas en causas distintas, sin que sea necesario justificar la existencia de un perjuicio que haya afectado materialmente el derecho a la libertad del sujeto, porque no es aceptable que la carga de la prueba de la vulneración del derecho fundamental a la libertad pese sobre el condenado, teniendo que justificar su discriminación penitenciaria sobre la base de la normativa que rige este ámbito de sujeción de la persona al Estado, además de no ser posible su previsión anticipada (ver nuestra doctrina al res-

pecto: SSTS 1391/09, 311 y 414/10 y las citadas en las mismas).

En síntesis, el alcance que hemos dado a la sentencia invocada por el recurrente es que no es conforme a una lectura constitucional del art. 58.1 CP la decisión de no abonar en su totalidad al penado el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta en la misma causa, porque ello supone un alargamiento ilegítimo de su situación de privación de libertad, lesivo por lo tanto del artículo 17.1 CE. Por otra parte, el TC cierra lo anterior con un argumento extraído de la propia literalidad del art. 58.1 CP, cuando dice en el fundamento jurídico sexto, que «*si el Legislador no incluyó ninguna previsión respecto a dicha situación en el* art. 58.1 CP *y, en concreto, el no abono del tiempo en el que simultáneamente han coincidido las situaciones de prisión provisional de una causa y de penado en otra, es sencillamente porque no quiso hacerlo*», no obstante la serias reservas suscitadas por la misma expuestas en nuestras SS precedentes y que el Legislador ha corregido al modificar el artículo 58 en la última reforma del Código Penal pendiente de publicarse. Por lo tanto, el argumento de la Audiencia Nacional incorporado al primer fundamento jurídico del Auto sometido a nuestra censura casacional no puede ser utilizado para negar la nueva liquidación de condena.

En síntesis y resumen: el penado que a su vez es preventivo es de peor condición desde el punto de vista penitenciario que quien se encuentra exclusivamente cumpliendo. Que, «el cumplimiento en calidad de penado se ve directa y perjudicialmente afectado por el hecho de coincidir con una situación de prisión provisional decretada, pues el penado que se encuentra con causas pendientes en situación de prisión provisional no puede acceder a ningún régimen de semilibertad, no puede obtener permisos, ni puede obtener la libertad condicional. Por ello no puede sostenerse que el preso preventivo, que cumple a la vez condena, no está "materialmente" en situación de prisión preventiva, o, en otros términos, sólo padece una "privación de libertad meramente formal" (STC 19/1999, de 22 de enero, FJ 4)».

De suerte que, como señala el Ministerio Público al apoyar el motivo, el Auto objeto de este recurso de casación intenta una interpretación teleológica: no habrá lugar al doble abono cuando la superposición de la situación de penado con la de preventivo no haya originado perjuicio alguno. Quien reclama el abono deberá expresar cuáles han sido esos perjuicios. Esa vía de solución también ha sido desacrediada por la jurisprudencia de esa Sala: la tesis del Tribunal Constitucional no admite ese tipo de interpretaciones correctoras. No es necesario acreditar ningún perjuicio. Basta la constatación de la simultaneidad de la doble condición. Y es que, en efecto la doctrina constitucional, pese a las críticas que pueda suscitar, goza de cierta vinculatoriedad por mandato del art. 5.1 de la LOPJ.

Por todo lo expuesto, el motivo debe ser estimado casándose la resolución judicial recurrida y devolviéndose las presentes actuaciones al Tribunal de instancia para que dicte una nueva en la que disponga que la prisión preventiva sufrida en otra causa es abonable a la pena impuesta en la ejecutoria de referencia en el período temporal en que ambas situaciones coincidan.

## Sentencia 241/2011, Sala Segunda del TS, de 11 de abril

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

Resumen: **Tráfico de drogas**

Artículo: **368 Código Penal**

**Se explica la génesis del párrafo final del artículo 368 del Código Penal, incorporado en la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, explicando su alcance y su ámbito de aplicación.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Quinto.—**El motivo cuarto al amparo del art. 849.1 LECrim. por aplicación del nuevo art. 368.2 CP resultante de la reforma CP operada por LO 5/2010 de 22.6 considera que la insignificancia de la cantidad aprehendida unido al resto de circunstancias harían aplicable al presente caso el párrafo segundo de dicho precepto con la rebaja en un grado de la pena y la imposición en un grado mínimo, es decir 1 año y medio de prisión.

Como hemos explicado en recientes sentencias 32/2011 de 25.1 y 76/2011 de 23.2 es doctrina del Tribunal Constitucional que se recoge desde sus primeras Sentencias, como es exponente la 65/1986, de 22 de mayo, que en principio, el juicio sobre proporcionalidad de la pena, prevista por la Ley con carácter general, con relación a un hecho punible que es presupuesto de la misma, es de competencia del legislador. A los Tribunales de justicia sólo les corresponde, según la Constitución, la aplicación de las Leyes y no verificar si los medios adoptados por el legislador para la protección de los bienes jurídicos son o no adecuados a dicha finalidad, o si son o no proporcionados en abstracto.

Esta Sala, en un pleno no jurisdiccional celebrado el día 25 de octubre de 2005, acatando el mandato del artículo 117 de la Constitución, tomó como Acuerdo la conveniencia de que por el legislador se modificara la redacción del artículo 368 del Código Penal en el sentido de reducir la pena cuando se trate de cantidades módicas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y como alternativa se proponía añadir un segundo párrafo a dicho precepto con el siguiente texto: «No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable».

Esta propuesta alternativa fue acogida en el Proyecto de Código Penal publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el día 15 de enero de 2007 y definitivamente ha sido incorporada por la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en cuyo Preámbulo se dice que en materia de tráfico de drogas se producen algunos reajustes en materia de penas y, entre ellos, se acoge la previsión contenida en el Acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, de 25 de octubre de 2005, en relación con la posibilidad de reducir la pena respecto de supuestos de escasa entidad, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias recogidas en los artículos 369 bis, 370 y siguientes.

Así, se modifica el artículo 368, que queda redactado como sigue: «Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370».

Varios preceptos del Código Penal ya habían atribuido al Juzgador parecidas facultades discrecionales en la individualización de las penas. Así en la regla 6.ª del artículo 66.1 se dispone que cuando no concurran atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho; en el delito de lesiones, el apartado segundo del artículo 147 contiene también un subtipo atenuado en el que se dispone que no obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio

empleado o el resultado producido; el apartado cuarto del artículo 153, en las lesiones relacionadas con la violencia de género, expresa que no obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado; el apartado sexto del artículo 171 que regula las amenazas en relación a la violencia de género dispone que no obstante lo previsto en los apartados 4 y 5, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado; el apartado cuarto del artículo 242, en el delito de robo, se dispone que en atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en los apartados anteriores; el artículo 318, apartado sexto (ahora quinto por Ley Orgánica 5/2010) dispone que los Tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrá imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada; el artículo 565, en el delito de tenencia ilícita de armas, establece que los Jueces o Tribunales podrán rebajar en un grado las penas señaladas en los artículos anteriores, siempre que por las circunstancias del hecho y del culpable se evidencie la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos.

La jurisprudencia de esta Sala, sobre los mencionados subtipos atenuados, viene estableciendo una doctrina cuyos aspectos más significativos son los siguientes: necesidad de motivar el uso de esa discrecionalidad reglada (Cfr. Sentencia 233/2003, de 21 de febrero); las expresiones «circunstancias personales del delincuente» no se limitan a las condenas penales previas, que sólo pueden entrar en consideración respecto de la agravante de reincidencia, en todo caso dentro de los límites del principio de culpabilidad por el hecho. Es claro que las circunstancias personales del autor del delito no se limitan a la reincidencia en el sentido del artículo 20 CP (Cfr. Sentencia 233/2003 de 21 de febrero); los Jueces son soberanos, en principio, para imponer las penas en la cuantía que procede según su arbitrio, facultad eminentemente potestativa, que no es absoluta, precisamente porque ha de supeditarse a determinados condicionamientos, como son la personalidad del acusado y la gravedad del hecho en función de los medios modos o formas con que lo realizó y también las circunstancias de todo tipo concurrentes; la motivación de la individualización de la pena requiere desde un punto de vista general, que el Tribunal determine, en primer lugar, la gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que toma en cuenta para determinar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos. (Cfr. Sentencias 1426/2005 de 7 de diciembre y 145/2005 de 7 de febrero); la gravedad del hecho a que se refiere este precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta «gravedad» habrá sido ya contemplada por el legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal infracción. Se refiere la ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Las circunstancias personales del delincuente son aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica. Ni en uno ni en otro caso se trata de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ya que, en tal caso, su integración penológica se produce no como consecuencia de esta regla 6.ª (antigua) regla primera del art. 66, sino de las restantes reglas (Cfr. Sentencia 480/2009, de 22 de mayo); en relación al delito de tráfico de drogas, tiene declarado que se produce esa menor gravedad cuando se trata de la venta de alguna o algunas papelinas de sustancias tóxicas llevada a cabo por un drogodependiente (Cfr. Sentencia 927/2004, de 14 de julio; cuando se refiere a las circunstancias personales del delincuente, está pensando, como es lógico, en situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto, la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento

posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social, son factores que no sólo permiten sino que exigen modular la pena ajustándola a las circunstancias personales del autor, sin olvidar la incidencia que, por su cuenta, puedan tener, además, la mayor o menor gravedad del hecho, que debe ser medida no sólo con criterios cuantitativos sino también cualitativos (Cfr. Sentencia 927/2004, de 14 de julio).

Estos subtipos atenuados responden a la necesidad de facilitar a los jueces y tribunales mecanismos que puedan servir para una correcta respuesta con el principio de culpabilidad permitiendo la adopción de penas que se consideran más adecuadas y proporcionadas a las circunstancias de los hechos y a las personales del acusado.

En el caso presente se trata de un vendedor de una sola papelina de cocaína, a quien no se le ocupa ninguna otra sustancia, extranjero en situación irregular en España. Son supuestos como estos a los que pretende dar soporte el tipo atenuado, atendiendo a una menos intensa gravedad en la culpabilidad que encaja en esa escasa entidad del hecho y en sus circunstancias personales a que se refiere el párrafo segundo del art. 368, lo que determinará una reducción de la penalidad.

## Sentencia 259/2011, Sala Segunda del TS, de 12 de abril

Ponente: **Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

Resumen: **Genocidio**

Artículos: **510 y 607 Código Penal**

**Apelando a la STC 235/2007, de 7 de noviembre (recogida en el n.º 24 de la Revista de Derecho Penal), se casa la sentencia condenatoria de instancia, absolviendo a los imputados en el delito de provocación al genocidio por la publicación de artículos próximos a la ideología nacionalsocialista y la venta de libros orientada en la misma dirección. Contiene el Voto particular discrepante de un Magistrado.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.—**(...)

1. Principalmente después de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, y especialmente tras la constatación de algunos de los hechos cometidos bajo el nazismo, se consideró necesaria la reacción de la Humanidad contra las ideas y las conductas genocidas. Lo ocurrido en la segunda mitad del siglo XX, e incluso en la década ya consumida del siglo XXI, demuestra que la configuración de métodos, sistemas o medidas de reacción contra el peligro de que esas conductas se ejecuten nuevamente sigue siendo imprescindible. Y no solo desde proclamaciones más o menos contundentes, sino mediante políticas activas, bien de carácter positivo a través de la educación, formación e información; o incluso llegando a la sanción penal para los casos más graves. Todas ellas orientadas a evitar el arraigo y el desarrollo de ideas elaboradas desde la discriminación de determinados grupos o de personas por su pertenencia a ellos, que incluyen sentimientos de menosprecio, e incluso odio, que la experiencia pone de manifiesto que pueden evolucionar hacia conductas violentas nuclearmente contrarias a la dignidad humana.

La consideración y la protección de la dignidad humana, que el artículo 10 de la Constitución considera fundamento del orden político y de la paz social, se constituye en la razón central de los planteamientos que desarrollan e incorporan a los textos positivos las formulaciones de los derechos humanos. Aunque sean siempre frontalmente rechazables, los contenidos negativos de tales ideas o doctrinas basadas en la discriminación o la marginación de determinados grupos y de sus integrantes como tales, no conducen necesariamente a que la respuesta se

configure penalmente en todo caso, debiendo quedar reservada la sanción penal, como ya se ha indicado, para los ataques más graves, considerando tanto el resultado de lesión como el peligro creado para los bienes jurídicos que se trata de proteger.

Dado que una de las bases del genocidio se encuentra en criterios de minusvaloración o menosprecio de las personas por pertenecer a determinados grupos identificados por la posesión o la carencia de características que los diferencian, se hace igualmente preciso actuar contra cualquier clase de conductas o actitudes que impliquen actos de discriminación, entre ellas las consideradas como divulgación del discurso del odio, pudiendo entenderse por tal, como se dice en la STC 235/2007, aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular.

2. Junto a la protección del honor, al que se ha referido el Tribunal Constitucional en la STC n.º 214/1991 y en la STC n.º 176/ 1995, el Código Penal, en lo que aquí interesa, además de sancionar el delito de genocidio en el artículo 607.1, castiga la provocación al genocidio en el artículo 615; la provocación a la discriminación, al odio o a la violencia en el artículo 510; y la difusión de ideas o doctrinas que justifiquen el genocidio o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas genocidas, en el artículo 607.2.

El artículo 615 del Código Penal sanciona la provocación a la comisión del delito de genocidio, entre otros. La provocación viene definida en el artículo 18 como incitación directa a la comisión de un delito por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, lo cual exige, según la jurisprudencia (STS n.º 791/1998, de 13 de noviembre) los siguientes elementos definidores, con cita de la Sentencia de esta Sala de 21 marzo 1986: «a) La iniciativa para la ejecución de uno o varios hechos delictivos, no bastando con una estimulación vaga y generalizada; b) Percepción por el destinatario de las palabras o medios excitantes; c) Que la incitación tenga virtualidad suasoria y de convencimiento». Es necesaria, por lo tanto, una mínima determinación del delito a cuya comisión se provoca. En consecuencia, es preciso que la incitación sea directa y encaminada a la ejecución de hechos dotados de una mínima concreción que permita su identificación y su calificación como delito. Además, son precisos los elementos relativos a la publicidad.

El artículo 510, por su parte, sanciona a quienes provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por distintos motivos recogidos en el precepto. La utilización del término provocación ha conducido a sostener que es preciso que se cumplan los requisitos del artículo 18, salvo el relativo a que el hecho al que se provoca sea constitutivo de delito, ya que al incluir la provocación al odio se hace referencia a un sentimiento o emoción cuya mera existencia no es delictiva. En cualquier caso, es preciso que se trate de una incitación directa a la comisión de hechos mínimamente concretados de los que pueda predicarse la discriminación, el odio o la violencia contra los referidos grupos o asociaciones y por las razones que se especifican en el artículo. Aún podría añadirse como argumento concurrente que, en la interpretación constitucional del artículo 607.2 a la que luego se aludirá, el Tribunal ha considerado como una de las modalidades de la conducta típica la difusión de ideas o doctrinas que justifiquen el genocidio cuando impliquen una incitación indirecta a su comisión. De lo que resultaría que la incitación indirecta a la comisión del genocidio resultaría más levemente penada que la incitación, igualmente indirecta, a la ejecución de actos presididos por el odio, discriminatorios o violentos.

3. Como se ha dicho, los recurrentes se quejan de lo que consideran indebida aplicación del artículo 510. El motivo, que ha sido apoyado por el Ministerio Fiscal, debe ser estimado, pues en la descripción contenida en el relato fáctico no se contienen actos ejecutados por aquellos que puedan considerarse como incitaciones directas a la comisión de actos mínimamente concretados, de los que pudiera afirmarse que se caracterizan por su contenido discriminatorio, presididos por el odio o violentos contra los integrantes de los grupos protegidos.

4. En tercer lugar, como un grado más, de gravedad inferior a las conductas típicas contenidas en los artículos 615 y 510, se sanciona en el artículo 607.2 la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de ese artículo, es decir, el delito de genocidio en cualquiera de sus distintas acciones.

Por difundir puede entenderse trasladar, hacer saber, propagar, divulgar, descubrir o comunicar algo a terceros. Puede hacerse públicamente o de forma privada. El tipo señala que la difusión puede realizarse por cualquier medio, lo que hace inexigible su carácter público, pero habrá de exigirse que, de todos modos, el medio empleado permita el acceso a lo difundido por parte de un número plural de personas, que puede ser también indeterminado.

Justificar algo supone constatar la existencia de buenas razones a su favor. Desde otra perspectiva, se alcanzaría la justificación mediante la negación de los aspectos éticamente rechazables de la conducta que se justifica, o incluso, a través de la minusvaloración o trivialización de aquéllos, para presentarla como un mal menor, que resulta aceptable en función de los beneficios que finalmente reportaría. Cuando lo que se justifica es un genocidio, se niega al tiempo la existencia de razones procedentes de la consideración de la dignidad de las víctimas que impidiera tal justificación, lo que implica un juicio negativo, despreciativo y minusvalorador sobre las mismas. Mediante el menosprecio a éstas es igualmente posible presentar un escenario en el que las conductas genocidas quedaran justificadas. En definitiva, con este tipo de planteamientos, que pueden ser muy variados, se considera el genocidio, al menos, como un mal menor, aceptable en las circunstancias dadas. El Tribunal Constitucional, en la STC 235/2007, FJ 7.º, señala, como recoge la sentencia impugnada, que la justificación supone partir de una «cierta identificación con los autores».

Lo que debe ser justificado, según el tipo, es el genocidio. Y este delito viene descrito en el artículo 607.1 como la ejecución de varias conductas concretas con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso. El apartado 2 de ese artículo no se refiere, por lo tanto, a la difusión de ideas que justifiquen conductas discriminatorias, si no van acompañadas del propósito antes expuesto, propio del genocidio, y no se desarrollan, o se debieran desarrollar, mediante la ejecución de las conductas típicas del artículo 607.1 CP.

5. Es claro, sin embargo, que tales medidas de reacción contra esta clase de planteamientos y conductas, pueden colisionar con otros derechos reconocidos y que, además, resultan de especial relevancia para el correcto desarrollo del sistema democrático. Efectivamente, los derechos a la libertad ideológica y a la libertad de expresión permiten, inicialmente, no solo asumir cualquier idea, sino expresarla e, incluso, difundirla, y acomodar a ella el desarrollo de la vida propia, siempre con los límites que impone la convivencia respetuosa con los derechos de los demás. La restricción de tales derechos, pues, y más aún el recurso a la sanción penal, requiere de una justificación que solo se encuentra, en palabras del TC, cuando colisiona con otros bienes jurídicos defendibles que se revelen acreedores de una mayor protección tras la necesaria y previa labor de ponderación. Y no solo eso, sino que será preciso que las características de la colisión sean tales que justifiquen la intervención penal.

La Constitución no prohíbe las ideologías que se sitúan en los dos extremos del espectro político, tradicionalmente, y aún hoy, identificados como izquierda y derecha. Incluso podría decirse que tampoco prohíbe las ideas que, por su extremismo, se sitúen fuera de ese amplio espectro político, por muy rechazables que puedan considerarse desde la perspectiva de los valores constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas. La tolerancia con todo tipo de ideas, que viene impuesta por la libertad ideológica y de expresión, no significa condescendencia, aceptación o comprensión, sino solamente que las ideas, como tales, no deben ser perseguidas penalmente.

Pero, en cualquier caso, no se encuentran bajo la protección constitucional la realización de actos o actividades que, en desarrollo de aquellas ideologías, vulneren otros derechos constitucionales. Incluso, cuando se trata de conductas dotadas de una suficiente gravedad, el legislador puede establecer sanciones penales para aquellos

hechos que supongan la causación de un resultado de lesión o la creación de un peligro, que aunque abstracto debe ser real, para la integridad de esos bienes jurídicos. Pero la expresión o difusión de ideas violentas no puede ser identificada con la violencia que contienen a efectos de su persecución, que sin embargo se justifica cuando supongan una incitación a hacerla efectiva.

6. El Tribunal Constitucional, al examinar la relación de colisión entre esta previsión legal y el derecho a las libertades ideológica y de expresión, ha señalado en la STC n.º 235/2007, que el artículo 20.1 de la Constitución, ofrece cobertura a las opiniones subjetivas e interesadas sobre determinados hechos históricos, por muy erróneas o infundadas que resulten siempre que no supongan un menosprecio a la dignidad de las personas o un peligro cierto para la convivencia pacífica entre todos los ciudadanos. Luego de establecer que «los derechos garantizados por el art. 20.1 CE, por tanto, no son sólo expresión de una libertad individual básica sino que se configuran también como elementos conformadores de nuestro sistema político democrático», precisa el Tribunal que «... la libertad de expresión comprende la libertad de crítica, "aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues 'así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin lo cuales no existe 'sociedad democrática' (por todas, STC 174/2006, de 5 de junio, F. 4)". Por ello mismo hemos afirmado rotundamente que "es evidente que al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución —se ha dicho— protege también a quienes la niegan" (STC 176/1995, de 11 de diciembre, F. 2). Es decir, la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población (STDH De Haes y Gijsels c. Bégica, de 24 de febrero de 1997, § 49)».

En la misma sentencia se precisa, en este orden, lo siguiente: «5. Todo lo dicho no implica que la libre transmisión de ideas, en sus diferentes manifestaciones, sea un derecho absoluto. De manera genérica, se sitúa fuera del ámbito de protección de dicho derecho la difusión de las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se quieran exponer, y por tanto, innecesarias a este propósito (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre; 11/2000, de 17 de enero, F. 7; 49/2001, de 26 de febrero, F. 5; 160/2003, de 15 de septiembre, F. 4). En concreto, por lo que hace a las manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, hemos concluido que el art. 20.1 CE no garantiza "el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, pues sería tanto como admitir que, por el mero hecho de efectuarse al hilo de un discurso más o menos histórico, la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 CE) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)" (STC 214/1991, de 11 de noviembre, F. 8)».

En la STC 214/1991, se afirmaba en relación a la colisión entre el derecho al honor de la demandante y el derecho a la libertad ideológica y de expresión, que «... de la conjunción de ambos valores constitucionales dignidad e igualdad de todas las personas, se hace obligado afirmar que ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social».

De esta doctrina constitucional se desprende que, si bien la libertad ideológica y la libertad de expresión protegen la libre expresión de las ideas, incluso aunque resulten rechazables y molestas para una generalidad de personas, no al-

canza a cobijar bajo su protección la utilización del menosprecio y el insulto contra personas o grupos, o la generación de sentimientos de hostilidad contra ellos. Se oponen a ello el derecho a la dignidad de la persona, el derecho a la igualdad entre todas ellas y el derecho al honor.

7. Pero, con independencia de la protección del derecho al honor, que aquí no se cuestiona, la superación de los límites de los ámbitos protegidos por las libertades ideológica y de expresión, no implica directamente la tipicidad de las conductas. En este sentido, a los efectos de la configuración constitucional del delito del artículo 607.2 CP, en la STC n.º 235/2007, ya citada, especialmente relevante a estos efectos, el Tribunal Constitucional ha reducido el ámbito del tipo, tal como resultaría de una mera interpretación gramatical; ha excluido las conductas de mero negacionismo, y ha admitido implícitamente que caben actos de difusión de esas ideas o doctrinas justificatorias del genocidio en cualquiera de sus manifestaciones que, sin embargo, no serían por sí mismas constitutivas del delito examinado, sin perjuicio de la posible reacción de los afectados contra la ofensa al honor. Señala el Tribunal Constitucional, FJ 6.º, que «... la literalidad del precepto, en la medida en que castiga la transmisión de ideas en sí misma considerada, sin exigir adicionalmente la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos, viene aparentemente a perseguir una conducta que, en cuanto amparada por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE) e incluso eventualmente por las libertades científica [art. 20.1.b)] y de conciencia (art. 16 CE) que se manifiestan a su través (STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 5), constituye un límite infranqueable para el legislador penal». Y más adelante, insiste en la misma idea, afirmando que «La libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, de tal modo que, por lo que ahora interesa, nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político».

En este sentido, exige para considerar legítima la sanción penal, además de la difusión de ideas o doctrinas, tal como exige el tenor literal, que la justificación constituya una incitación indirecta a la comisión del genocidio, o bien «... cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados [en] grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación». Con otras palabras, la conducta consistente en difundir ideas o doctrinas que presenten como justa la ejecución de cualquiera de las conductas previstas en el artículo 607.1 del Código Penal, constitutivas de genocidio, solo será delictiva conforme al artículo 607.2 cuando suponga una incitación indirecta a ejecutarlas, y cuando la difusión, atendiendo a la forma y el ámbito en que se lleva a cabo y a lo que se difunde, implique un peligro cierto de generar un clima de hostilidad que pueda concretarse en actos específicos de violencia, odio o discriminación contra aquellos grupos o sus integrantes como tales.

Se decía en la citada sentencia: «La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio. Por ello, el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el art. 16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE. Para ello será necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial tras-

cendencia que hayan de protegerse penalmente. Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración. Sucederá también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados en grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación. Debe subrayarse que la incitación indirecta a la comisión de algunas de las conductas tipificadas en el art. 607.1 CP como delito de genocidio —entre las que se incluyen entre otras el asesinato, las agresiones sexuales o los desplazamientos forzosos de población— cometidas con el propósito de exterminar a todo un grupo humano, afecta de manera especial a la esencia de la dignidad de la persona, en cuanto fundamento del orden político (art. 10 CE) y sustento de los derechos fundamentales. Tan íntima vinculación con el valor nuclear de cualquier sistema jurídico basado en el respeto a los derechos de la persona permite al legislador perseguir en este delito modalidades de provocación, incluso indirecta, que en otro caso podrían quedar fuera del ámbito del reproche penal».

En definitiva, aun siendo contundentemente rechazables por su directa ofensa a la dignidad humana cualesquiera ideas que de alguna forma se muestren favorables a tal clase de actos o sean condescendientes con los mismos, no basta para incurrir en la conducta punible prevista en el artículo 607.2 del Código Penal con difundir ideas o doctrinas que justifiquen el delito de genocidio, o que mediante afirmaciones u opiniones favorables simplemente lo disculpen o lo vengan a considerar un mal menor. Es preciso, además, que, bien por la forma y ámbito de la difusión, y por su contenido, vengan a constituir una incitación indirecta a su comisión o que, en atención a todo ello, supongan la creación de un clima de opinión o de sentimientos que den lugar a un peligro cierto de comisión de actos concretos de discriminación, odio o violencia contra los grupos o los integrantes de los mismos.

8. Por lo tanto, los actos de difusión de esta clase de ideas o doctrinas son perseguidos penalmente en cuanto que suponen, en la forma antes dicha, un peligro real para los bienes jurídicos protegidos. No es preciso un peligro concreto, siendo suficiente el peligro abstracto, si bien puede entenderse que es suficiente el peligro potencial o hipotético a medio camino entre aquéllos, según el cual lo que importa es la capacidad de la conducta para crear el peligro relevante.

Cabría cuestionar si lo que debe ser valorado como peligroso es lo difundido, o bien la difusión en relación con lo difundido. Si fuera lo primero, supondría que editar, distribuir o vender al público libros como, por ejemplo, «Mi lucha», de A. Hitler, dado su contenido, siempre sería delictivo. Lo mismo ocurriría con multitud de obras en las que se reflejan pensamientos, doctrinas, ideas o planteamientos emitidos en otros momentos históricos que hoy serían rechazables por su contenido discriminatorio, vejatorio para determinados grupos, o directamente de naturaleza genocida, pero que han existido en la historia de la humanidad en distintos lugares y tiempos, basándose en motivos religiosos, de raza, étnicos e incluso políticos o de cualquier otra clase que implique una diferencia con otros seres humanos. Si así se entendiera no importaría si junto a ese libro se editan, distribuyen o venden otros. En cuestiones como la aquí examinada, el criterio cuantitativo para establecer el límite entre lo penalmente lícito y lo que no lo es, resulta vaporoso y extremadamente inseguro dada su indeterminación, generando una incertidumbre incompatible con el derecho penal. Siempre cabría preguntarse cuántos libros más o en qué porcentaje serían necesarios para excluir el carácter delictivo de la actividad del editor, del distribuidor o del librero.

La existencia del peligro, por lo tanto, depende tanto del contenido de lo difundido como de la forma en que se hace la difusión, sin que pueda dejar de valorarse la sociedad o el ámbito social, al que se dirigen los actos cuestionados. Sin duda en algunos momentos históricos o en algunos lugares concretos, determinadas actividades podrían llegar a ser consideradas peligrosas para la seguridad de esos bienes que se

trata de proteger, mientras que en otras circunstancias tal cosa no podría ser afirmada. No se trata de exigir la concurrencia de un contexto de crisis, en el que los bienes jurídicos ya estuvieran en peligro, que resultaría incrementado por la conducta cuestionada, sino de examinar la potencialidad de la conducta para la creación del peligro. En la sociedad española actual, la admisión de esta clase de ideas o doctrinas solo se produce, afortunadamente, en círculos muy minoritarios en los que la presencia y respeto por la dignidad de la persona humana resultan inexistentes, encontrando en la generalidad de las personas un claro rechazo, o como mínimo la indiferencia como consecuencia de su absoluta irrelevancia.

Para que el bien jurídico protegido pudiera verse afectado a causa de la difusión de esta clase de ideas o doctrinas, sería preciso que el autor acudiera a medios que no solo facilitaran la publicidad y el acceso de terceros, que pudieran alcanzar a un mayor número de personas, o que lo hicieran más intensamente, sino que, además, pudieran, por las características de la difusión o del contenido del mensaje, mover sus sentimientos primero y su conducta después en una dirección peligrosa para aquellos bienes. No se trata, pues, solo de la mera difusión, sino de la difusión en condiciones de crear un peligro real para el bien jurídico que se protege.

(...)

10. Por todo ello, tratándose de editores o libreros, la posesión de algunos ejemplares de tales obras, en mayor o menor número, con la finalidad de proceder a su venta, o a su distribución, al igual que ocurriría si se tratara de otras muchas obras posibles de temática similar, o incluso contraria en su sentido más profundo aunque igualmente discriminatoria y excluyente, no supone por sí misma un acto de difusión de las ideas más allá del mero hecho de poner sus soportes documentales a disposición de los posibles usuarios, y por lo tanto, nada distinto de lo esperable de su dedicación profesional, sin que, aunque contengan alguna forma de justificación del genocidio, se aprecie solo por ello una incitación directa al odio, la discriminación o la violencia contra esos grupos, o indirecta a la comisión de actos constitutivos de genocidio, y sin que tampoco, aunque en esas obras se contengan conceptos, ideas o doctrinas discriminadoras u ofensivas para grupos de personas, pueda apreciarse que solo con esos actos de difusión se venga a crear un clima de hostilidad que suponga un peligro cierto de concreción en actos específicos de violencia contra aquéllos.

No se describe en los hechos probados, como sería necesario para aplicar el tipo, ningún acto de promoción, publicidad, defensa pública, recomendación, ensalzamiento, incitación o similares imputados a los acusados que vinieran referidos a la bondad de las ideas o doctrinas contenidas en los libros que editaban, distribuían o vendían en razón de su contenido filonazi, discriminatorio o proclive al genocidio o justificativo del mismo, o a la conveniencia de adquirirlos para conocimiento y desarrollo de aquéllas, o que aconsejaran de alguna forma su puesta en práctica, que pudieran considerarse como actividades de difusión, que tuvieran mayor alcance y fueran distintas del hecho de editar determinadas obras o de disponer de ejemplares a disposición de los eventuales clientes.

Tampoco se aprecia en los actos imputados en el relato fáctico un ensalzamiento de dirigentes del nazismo en razón de sus actitudes discriminatorias o genocidas, por lo que sin perjuicio de la opinión que a cada uno tales personas pudieran merecer, en relación con lo hasta ahora dicho, no puede valorarse como una incitación indirecta al genocidio o como una actividad encaminada a la creación de un clima hostil del que pudiera desprenderse la concreción en actos específicos contra las personas ofendidas o contra los grupos de los que forman parte.

(...)

15. Por lo tanto, aunque la conducta descrita en los hechos probados desarrollada por los cuatro acusados constituya una difusión de ideas favorables al régimen nazi, que en ocasiones incluyen justificaciones del genocidio, y de contenido discriminatorio y excluyente para grupos raciales, étnicos o religiosos; aunque en atención a los valores constitucionales tales ideas o doctrinas, al igual que cualesquiera otras no respetuosas con la dignidad humana, nos merezcan el más claro rechazo, y aunque desde los poderes públicos no deba favorecerse la difusión de ta-

les ideas contrarias a las bases de la convivencia basada en los valores de la Constitución vigente, los hechos probados no alcanzan el nivel de acciones delictivas previsto en el artículo 607.2 del Código Penal, según la interpretación que del mismo ha realizado el Tribunal Constitucional, al no poder identificarse como una provocación o incitación directa a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por los motivos expresados en el artículo 510 del Código Penal; y al no poder afirmarse tampoco, que mediante la difusión de ideas o doctrinas justificadoras el genocidio a través de la edición, distribución o venta genérica de libros o revistas, constituyan una incitación indirecta a la comisión de actos constitutivos de tal delito, o una conducta creadora de un clima de hostilidad contra los mencionados grupos susceptible, por sus características, de concretarse en actos específicos de violencia contra aquéllos.

Por todo ello, los motivos se estiman y se dictará segunda sentencia en la que se acordará la absolución de los acusados por los delitos previstos en los artículos 510 y 607.2 del Código Penal.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. DON ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA, A LA SENTENCIA NÚM. 259/2011, DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN N.º 1172/2010

Con absoluto respeto a la decisión adoptada en la sentencia, y a mis compañeros, expongo a través del presente voto particular mi disensión respecto a la sentencia que he firmado. No comparto la absolución declarada y sostuve en la deliberación, y ahora en la expresión de mi disensión, que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona debió ser confirmada en su integridad.

**Preliminar.—**Desarrollo este voto particular a la Sentencia en tres apartados. En el primero, la subsunción de los hechos en los tipos penales del art. 607.2 del Código penal y art. 510 del Código penal, con un argumento común a los dos tipos penales porque ambos engloban manifestaciones penales del denominado «discurso del odio» (*hate speech*). En un segundo apartado, argumentaré sobre la punición de los hechos en los dos tipos penales que fueron objeto de la acusación (los ya citados arts. 510 y 607.2 del Código penal), bajo las reglas del concurso real. Por último abordo la, a mi juicio, correcta subsunción de los hechos en el tipo penal de la asociación ilícita, del que los acusados han sido absueltos en la sentencia de la mayoría y de la que, también, discrepo. Debo recoger, en este apartado preliminar, para una mejor concreción de mi disenso, un resumen de los hechos probados, destacando la existencia de la organización y la actividad a la que se dedican como difusores de mensajes encuadrados en el discurso del odio.

El hecho probado se articula en dos apartados. En el segundo se refiere que los acusados, a excepción de Valentín, con distintos cargos, formaban parte del Círculo de Estudios Indoeuropeos (CEI), con un objeto declarado de, entre otros, la divulgación por medio de conferencias, seminarios, debates, mesas redondas, publicaciones de todo tipo, de investigaciones científicas en relación con los anteriores fines (estudio de los pueblos indoeuropeos) sean históricas, geográficas, económicas, antropológicas, etnológicas... Dicha asociación tenía un órgano de comunicación «la Voz del Pueblo» y los miembros de la asociación tenían obligación de asistir a los actos organizados por el CEI. Además, disponían la uniformidad de los miembros de la asociación que, autodefinida como «nacionalsocialista», comprendía dos círculos de organización. Uno exterior, de militantes de base y simpatizantes; y otro interno, «seleccionado por sus calidades personales», al que se invitaba a pertenecer a personas determinadas, conocido como Hermandad de Armas o Caballeros, o «Comunidad Sagrada», en siglas CEI-SS. Su símbolo era la cruz esvástica que se colocaban como colgante de plata.

En cuanto a su organización se concebía una unidad básica de acción, denominada «fulmen» y en la orden había siete grados, con los que se procuraba cierta correlación con los grados de la organización política nacionalsocialista y de las SS., estableciendo una rígida simbología de pertenencia con exigencia de juramento de lealtad. Se trata de una organización «inequívocamente de carácter paramilitar», se afirma en la fundamentación de la sentencia, caracterizada

por su estructura jerárquica, la obligatoriedad de la uniformidad, la estructura en unidades, y la distinción de hasta siete grados en función de su pertenencia (págs. 244 y 245 de la sentencia).

En el primer apartado del hecho probado se relata, además, que los acusados, como editores, autores y distribuidor a través de la librería y a través de «internet», difundían artículos, revistas y libros con un contenido muy ofensivo. En este sentido, se afirma en la fundamentación de la sentencia impugnada, (vid, fundamento segundo) «las publicaciones citadas en el hecho probado y con las que se relacionan los acusados, ya sea como autores, editores o distribuidores, [se] contienen frases que de modo evidente denigran y menosprecian al pueblo judío con intención de propugnar su más absoluta marginación social, cuando no su exterminio (...). Y en estas mismas publicaciones se hace un elogio del nacional-socialismo [y sus dirigentes políticos] responsables del genocidio del pueblo judío y otras etnias, como el pueblo gitano, cometido por el III Reich alemán». Ha de añadirse que desde el primer párrafo de los hechos probados se refieren las conductas de los acusados incitando «a la eliminación del pueblo judío y que tienen como finalidad generar discriminación, odio e incitar a la violencia contra el pueblo judío». Además, son continuas las referencias ofensivas dirigidas hacia colectivos especialmente protegidos contra este tipo de ofensas.

Así, en alguna de las publicaciones que se relatan en el hecho probado, se contienen frases que directamente provocan el odio hacia otras razas y justifican el genocidio, y lo niegan, en un contexto justificador. Algunos ejemplos son los siguientes:

(...)

Estas son frases recogidas del hecho probado, en el que se contienen otras muchas con un fuerte contenido odioso, eugenésico, propiciando la prohibición de matrimonios interraciales y la muerte de enfermos y personas con deficiencias, con desprecio hacia las políticas de igualdad entre sexos y contra opciones sexuales distinta de la heterosexual, así como justificaciones y negaciones de la denominada «solución final». La pluralidad de frases y situaciones a las que se refiere permite la aplicación de ambos tipos penales objeto de la acusación.

En definitiva, el hecho probado refiere la existencia de un grupo, una asociación, dividida en dos ramas, de reflexión y de acción, con una finalidad expresada en sus normas estatutarias. A través de esta organización compleja se distribuyen diversas publicaciones de las que son autores o editores. Además, el grupo dispone de una rama, de acción, estructurada a imitación de cuerpos militares, con una disciplina interna, pretendidamente fuerte, a disposición de la organización.

Sobre el anterior relato fáctico, como anticipé al inicio de este fundamento, entiendo que los hechos están correctamente subsumidos en la sentencia de instancia que debió ser confirmada en su integridad, porque las expresiones de agresión no están amparadas en la libertad de expresión, sino que, enmarcadas en el discurso del odio, no tienen esa cobertura.

**Primero.—**La tipificación de los hechos probados en los delitos de difusión y justificación del genocidio (art. 607.2 del Código penal), y contra el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 510 del Código penal), como manifestaciones del «discurso del odio».

Desde una primera aproximación a la cuestión de la subsunción es preciso destacar el respeto del legislador penal hacia las víctimas de estos delitos, tipificando las conductas agresivas contra la dignidad de las victimas de genocidio (art. 607.2 del Código penal) y contra los ciudadanos, miembros de determinados colectivos, que han sido, a lo largo de la historia, frecuente objeto de escarnio y discriminación (art. 510 del Código penal).

En primer lugar, hemos de abordar la cuestión en relación con el delito del art. 607.2 del Código penal, que castiga la difusión de ideas justificadoras del genocidio, en el caso de la sentencia impugnada, las del holocausto judío. El conocido como holocausto judío y, particularmente, alguno de los campos de concentración en los que se ejercitó la denominada «solución final», se ha convertido en uno de los iconos de la perversión humana. Difícilmente es posible

encontrar una mayor planificación del poder destructivo del hombre. Se ha dicho, y asumo, que los gestores directos del mal causado no fueron los únicos responsables de los crímenes horrendos que tuvieron lugar bajo el régimen nazi; también lo fueron, indirectamente, los que miraron a otro lado, los que aunque lo sospecharon, pensaron que no iba con ellos, los que colaboraron con desplazamientos masivos y sustracción de sus bienes. Es por ello que el término «holocausto», desde una perspectiva histórica, aglutina el conjunto de la maldad de los crímenes nazis, y más allá de la historia, representa también, desde una perspectiva ética, la culpa de gran parte de la sociedad que colaboró, directa o indirectamente, con el régimen nazi en la causación de ese conjunto de crímenes y, también, de la propia organización de la sociedad europea que no fue capaz de impedir esa tragedia. Desde algunos estudios realizados, se ha afirmado que, como consecuencia de los hechos acaecidos se ha generado un sentimiento colectivo de culpa porque nuestra sociedad, cuna de pronunciamientos jurídicos de respeto a la dignidad del hombre, no fue capaz de impedir, pese a su desarrollo, aquellos terribles atentados contra la vida y la dignidad.

Hasta tal punto lo anterior es cierto, que grandes pensadores de la filosofía y de la teología continúan indagando sobre la posibilidad de hacer filosofía o teología después de Auschwitz, e importantes bases del pensamiento filosófico han variado desde el holocausto. Esa atrocidad se presenta, no sólo como una recaída de la sociedad en la barbarie, sino que, además, constituye un cuestionamiento permanente de nuestra civilización occidental y de la organización de la sociedad. No en vano esa misma sociedad, la que fue capaz de generar el horror de las cámaras de gas, la que entronizó la barbarie, es la que se presenta como depositaria de valores éticos y de organización social basados en la dignidad y la libertad del hombre.

Conscientes de esa situación de contradicción, de deterioro de la convivencia, los ordenamientos jurídicos, y entre ellos el español, han insistido en la necesidad de recordar la tragedia del holocausto, de prohibir su justificación, incluso de prohibir la negación de la existencia del holocausto. El precepto, en la redacción dada tras la STC 235/2007, que suprimió de la tipicidad la negación del genocidio, sirve de faro permanente de recuerdo a las víctimas de la barbarie y de admonición presente de lo que nunca debe volver a ocurrir, alzando la norma prohibitiva frente a posibles brotes de maldad, y, por ello sancionando manifestaciones que difundan el holocausto, justificándolo o propiciando su restauración.

Numerosos convenios internacionales y organismos dependientes del Consejo de Europa y de Naciones Unidas, propician en sus recomendaciones la punición de conductas como la que es objeto de los tipos aplicados en la sentencia impugnada, que han englobado bajo la rúbrica de «discurso del odio». Así, cabe citar las siguientes:

— La Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio.

— El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo art. 20 indica que «toda apología del odio nacional, racial o religioso, que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, estará prohibida por la ley».

— El Convenio Europeo de Derechos Humanos, que limita la libertad de expresión en relación con las manifestaciones racistas y xenófobas.

— La Convención de Naciones Unidas sobre eliminación de toda forma de discriminación racial (ICERD).

— La Recomendación R (97) 20, aprobada el 30 de octubre de 1997, y la Recomendación 7, de 13 de octubre de 2002, de política general acerca de la legislación nacional para luchar contra el racismo y la discriminación racial en la Comisión Europea contra el racismo y la Intolerancia (CERI).

— La Recomendación 1805 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre blasfemia, insultos religiosos y discursos del odio contra personas por razón de su religión, que ha recomendado la conveniencia de sanciones penales a sus autores.

— La Resolución 60 de la Asamblea de Naciones Unidas, de 1 de noviembre de 2005.

— La Decisión Marco del Consejo de Europa para luchar contra el racismo y la xenofobia.

— La Convención Europea sobre el cibercrimen.

La Recomendación n.º 7 de la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia, identifica el discurso del odio con aquellas expresiones que intencionadamente difundidas implican: a) una incitación pública a la violencia, el odio, la discriminación; o b) insultan y difaman públicamente contra personas o grupos de personas por razón de su raza, color, lengua, religión, nacionalidad u origen, nación o etnia.

La Recomendación R (97) 20 sobre el discurso del odio, en el ámbito del Consejo de Europa, define el mismo como aquel que «cubre todas las formas de expresión que extienden, incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo o cualquier otra forma de odio basada en la intolerancia».

En la doctrina y en la jurisprudencia de los Tribunales supranacionales, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y otros organismos, como el Comité de Naciones Unidas, se ha acuñado el concepto de discurso del odio, para referirse a situaciones en las que se produce la difusión de expresiones que instan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo o cualquier otra forma de odio basada en la intolerancia.

El legislador español ha introducido en diversos tipos penales la punición del denominado discurso del odio. Así ocurre en los casos del delito de apología del terrorismo; del delito de enaltecimiento del terrorismo, con sus dos previsiones típicas, el enaltecimiento o justificación del terrorismo y el menosprecio y humillación de sus víctimas; la negación del genocidio (antes de la STC 235/2007); o de la punición de mensajes racistas y xenófobos o expresiones que provoquen el odio o la discriminación de los colectivos relacionados en el art. 510 del Código penal.

En estos preceptos el odio es el elemento común de estas expresiones, tanto en el sentido de estar movidas por el odio, como, sobre todo, por tratar de transmitir ese mismo odio a los destinatarios del mensaje. La estructura de estos tipos penales participa de la naturaleza de los delitos de peligro. Aunque existan colectivos afectados por la agresión, eso no afecta a la estructura del tipo de peligro, bastando para su realización con la generación de ese peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del «discurso del odio» que lleva implícito el peligro al que se refiere el tipo. De ahí que los Convenios Internacionales anteriormente señalados, refieran la antijuridicidad del discurso del odio sin necesidad de una exigencia que vaya más allá del discurso que contiene un mensaje odioso que, por sí mismo, es peligroso a la convivencia. Los dos tipos penales requieren para su aplicación la constatación de la realización de unas ofensas que puedan ser incluidas en el discurso del odio, pues esa inclusión supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia y de discriminación.

La Sentencia de la que disiento reproduce el hecho probado de la sentencia de instancia y selecciona apartados de la misma que reflejan una especial intensidad del mensaje de odio que contienen. La propia Sentencia de la que disiento expresa su rechazo a las ideas y lo concreta así: «En el caso, sin duda, la mayoría o al menos un alto número de las expresiones contenidas en los pasajes recogidos en el hecho probado, tienen un contenido negativo y vejatorio hacia los judíos, y en ocasiones, hacia colectivos identificados por su color o etnia»; lo que supone la coincidencia de la Sentencia y de quien suscribe este voto en que, desde la literalidad de los hechos, la subsunción es correcta en los arts. 607 y 510 del Código penal, en la medida en que existe un mensaje de odio que afecta a todos los ciudadanos y con especial intensidad a los colectivos especialmente protegidos en su dignidad, y en los derechos reconocidos en la Constitución, porque incitan al odio y a la discriminación y justifican un genocidio y postulan la rehabilitación del régimen y las instituciones que lo generaron. Reproduzco, como análisis del hecho probado, la fundamentación de la sentencia impugnada, que no ha sido objeto de censura en la Sentencia de casación: «Son textos claramente antijudíos, que menosprecian y vilipendian al pueblo judío con la clara finalidad de incitar al odio a dicho pueblo. En

algunos incluso se propugna, de modo expreso, la eliminación de los judíos. Y se trata de textos claramente antijudíos, no antisemitas». Por otra parte, es preciso recordar que la librería se dedicaba a la venta de este tipo de libros y aunque es cierto —se afirma en la sentencia, página 248—, que en la librería se vendían también publicaciones de arte, historia o mitología religiosa «su número era manifiestamente testimonial en comparación con las obras dedicadas al revisionismo del holocausto judío»; como resulta de la prueba practicada que se relaciona y que no ha sido discutida en la impugnación.

Estos hechos probados no son discutidos en las impugnaciones y tampoco en la Sentencia de la mayoría. Sin embargo, no obstante el hecho y su gravedad, se acuerda la estimación del recurso de los condenados y casa la sentencia del Tribunal de instancia y. consecuentemente, absuelve a los acusados, construyendo la absolución sobre una doble consideración.

De una parte, no es de aplicación el art. 510 del Código penal, porque del relato fáctico no «se contienen actos ejecutados por aquellos que puedan ser considerados como incitaciones directas a la comisión de actos mínimamente concretados».

De otra parte, con respecto al art. 607.2 del Código penal, la absolución viene fundamentada en la necesidad de clarificar la subsunción de la conducta, salvaguardando el derecho fundamental a la libertad de expresión, de acuerdo a una interpretación que se realiza de la tipicidad del art. 607.2 del Código penal (desde la STC 235/2007). En interpretación de esta Sentencia del Tribunal Constitucional, se afirma que la tipicidad del art. 607 del Código penal no sólo se ha reducido, al excluir las conductas de negar su existencia, sino que ha realizado una interpretación de la tipicidad restante a la que exige, junto a la difusión de ideas o doctrinas que justifiquen los delitos de genocidio, «adicionalmente la lesión de otros bienes constitucionalmente protegidos». No basta, se argumenta, con una expresión de contenidos agresivos, sino que se hace preciso una incitación, de forma directa o indirecta, a una concreción del mensaje en actos. Esta posición encuentra apoyo argumental en una interpretación (a mi juicio errónea, en los términos que señalaré), de la STC 235/2007, cuando refiere que: «La libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, de tal modo que, por lo que ahora interesa, nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político. En este sentido para considerar legítima la sanción penal, además de la difusión de ideas o doctrinas, tal como exige el tenor literal, [es preciso] que la justificación constituya una incitación indirecta a la comisión del genocidio o bien cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos definidos mediante referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que pueda concretarse en actos específicos de discriminación».

A partir de esa argumentación la sentencia de la mayoría entiende que en el hecho, las frases acotadas, las conductas realizadas, mediante la difusión (en un sentido amplio comprensivo de la publicación, edición y distribución), aunque graves, no tienen relevancia penal para rellenar la tipicidad en la medida en que «es preciso que bien por la forma y ámbito de la difusión y por su contenido, vengan a constituir una incitación indirecta a su comisión o que, en atención a todo ello, supongan la creación de un clima de opinión o de sentimientos que den lugar a un peligro cierto de comisión de actos concretos de discriminación, odio o violencia contra los grupos o integrantes de los mismos».

En resumen, la sentencia de la mayoría exige no sólo la realización de una difusión en los términos de la tipicidad, sino, además, que el peligro se concrete, con posibilidad de un efectivo daño a los sujetos especialmente protegidos por la norma penal. Desde esta posición, la mayoría ha entendido que no existe ese peligro potencial, dada la irrelevancia del grupo por lo que las expresiones no rellenan la tipicidad del art. 607 del Código penal.

Aquí radica mi desacuerdo principal con la sentencia. A mi juicio, la tipicidad, en el caso del art. 607.2 del Código penal, exige la realización de actos de difusión de una ideología que, por su propio contenido sean generadores de un sentimiento de odio en los destinatarios del mensaje, lo que, a su vez, contribuye a una denigración de quienes fueron víctimas del genocidio y de los miembros de su comunidad, una negación de su respeto como víctimas de hechos execrables como son los que, en su día, se englobaron en lo que hoy conocemos como holocausto judío. En el supuesto del art. 510 del Código penal la tipicidad existe cuando los actos objeto del enjuiciamiento suponen una provocación a la discriminación, al odio, a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía.

En definitiva, entiendo que la conducta típica no requiere que sea posible, como resultado del mensaje, que se reitere un hecho de genocidio o un acto agresivo concreto contra alguna de las personas pertenecientes a los grupos relacionados en el art. 510, sino la afrenta que se produce, a todo el cuerpo social en general y a los afectados, en particular, por la acción difusora de expresiones justificadoras de genocidios, o que pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones, respecto a personas que han sido víctimas de un ataque tan grave, como el genocida, o que el mensaje contenga expresiones que inciten al odio, a la discriminación o violencia respecto a los colectivos a los que se refiere el art. 510 Cp, esto premotivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión, o creencias, situación familiar, pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía.

La interpretación que surge de la STC 235/2007, no es, a mi juicio, la que sugiere la sentencia de la mayoría: una restricción de la tipicidad exigiendo una concreción del peligro para los ciudadanos pertenecientes al grupo sobre el que se actúo un genocidio o de uno de los colectivos determinados en el art. 510 del Código penal, de manera que el tipo supone un adelanto de la barrera de protección. Disiento de esta interpretación.

En primer lugar, porque la potencialidad persuasiva de las ideas que se difunden no puede ser medida con criterios de lógica, pues sus efectos normalmente exceden de la previsión del autor que difunde y desconoce el resultado que su discurso ofensivo puede causar en terceras personas y su disposición a la concreción de un daño. El difusor de un mensaje no puede prever, en concreto, el resultado que puede provocar su obra, luego su contenido antijurídico no puede medirse por el resultado que provoca. Además, porque la exigencia de la provocación directa o indirecta, a la que alude el Tribunal Constitucional como criterio para medir el daño y excluirlo de la libertad de expresión, no es una provocación a la acción, que sería típica del delito de proposición y provocación al genocidio (art. 615 Cp), sino una provocación al odio, es decir, a un sentimiento. Quizás, si se espera a que los destinatarios pasen a la acción, el Derecho penal habrá llegado muy tarde. Lo que se pretende es que ese tipo de mensajes de odio, sean cortados de raíz, desde la mera difusión; primero para proteger a la sociedad de mensajes de esta naturaleza, en sí mismos lesivos e hirientes y perturbadores de una adecuada convivencia, además, para preservar la memoria de las víctimas de horrendos crímenes o a los colectivos en riesgo de discriminación, de situaciones provocadoras de discriminación y de odio.

Una vez determinada la existencia de tipicidad que consiste, como he señalado en la interdicción de difundir mensajes de odio, mensajes con los que se difundan expresiones que instan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo o cualquier forma de odio basado en la intolerancia, no es posible aplicar, como cobertura justificante, el ejercicio de la libertad de expresión.

En este sentido, disponemos de pronunciamientos de tribunales supranacionales sobre el discurso del odio, entre las que destacamos las Sentencias del Tribunal especial para Ruanda, casos Nahimena, Barayaguriza y Ngeze, en las que se condena a titulares de medios de comunicación social desde los que se emitieron ideas de odio. También contamos con pronunciamientos

del Comité de Naciones Unidas, casos Ross contra Canada o Faurisson contra Francia. En esta última resolución, de 16 de diciembre de 1996, el Comité de Naciones Unidas declara que no se vulnera la libertad de expresión (art. 19 del PIDCyP), «dado que, leídas en su contexto completo, las declaraciones hechas por el autor podían suscitar o reforzar sentimientos antisemitas, las restricciones favorecían el derecho de la comunidad judía a vivir sin temor de una atmósfera de antisemitismo».

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha señalado en reiteradas ocasiones que la libertad de expresión extiende su cobertura al denominado discurso ofensivo e impopular, es decir, aquellas ideas no solo «favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas, sino también aquellas otras que chocan, ofenden o inquietan al Estado o a una fracción concreta de su población, pues así lo exige el pluralismo, la tolerancia y la apertura propios de una sociedad democrática» (STEDH casos Handyside, Ligens y Günduz) pero, junto a ello, ha negado esa cobertura a los supuestos de discursos de odio.

En las reiteradas Sentencias del Tribunal Europeo (Casos Garaudy c. Francia, 24 de junio de 2003; Günduz c. Turquía, 4 de diciembre de 2003; Norwood c. Reino Unido, 16 de noviembre de 2004; Alinak c. Turquia, 29 de marzo de 2005; Souias et autres c. Francia, 10 de julio de 2008; Feret c. Bélgica, 16 de julio de 2009), el Tribunal ha examinado supuestos de discursos del odio, contra los que pueden imponerse limitaciones proporcionadas, a «todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promueven o justifiquen el odio basado en la intolerancia». De esa doctrina resulta que en la jurisprudencia del Tribunal los discursos del odio no resultan amparados por las garantías de la libertad de expresión. No obstante, en los discursos del odio con un contenido menos explícito, las garantías propias de la libertad de expresión pueden ser limitadas de acuerdo a los siguientes criterios: el contenido, la forma, el tipo de autor, la intención de éste, el impacto sobre el contexto y la proporcionalidad de la sanción. Así se pronunció en la STEDH Jersild c. Dinamarca, de 23 de septiembre de 1994. En esta Sentencia abordaba el caso de un periodista que había sido condenado por realizar un reportaje sobre movimientos neonazis y hacer de altavoz de un grupo minoritario, expresando su ideología discriminatoria. El Tribunal entendió que en el contexto del trabajo periodístico, no se desprende que pretendiera justificar sus acciones ni su ideología. En la reciente sentencia del caso Otegi c. España, de 15 de marzo de 2011, estimatoria de la pretensión del recurrente, se excluye que en el supuesto de los insultos exista un discurso del odio, por lo que ampara al condenado por los tribunales españoles, al entender que el contenido ofensivo de sus manifestaciones está bajo la cobertura del derecho a la libertad de expresión.

La jurisprudencia de nuestra Sala, también ha excluido la cobertura de la libertad de expresión a los discursos del odio. En la STS 224/2010, de 3 de marzo se afirma que el discurso del odio, «no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión o ideológica».

En el supuesto que examinamos en la presente casación, las expresiones se enmarcan dentro de ese discurso del odio. Se trata de expresiones de odio porque van más allá de la mera exposición de una idea o de una opinión, por chocante u ofensiva que pueda resultar para la comunidad. Se trata, por el contrario, de expresiones o conductas expresivas, que, a través de la fuerza o *vis atractiva* de la persuasión, por la contundencia del contenido agresivo que se emplea, tienen unos efectos concretos, porque anudan, vinculan, persuasión y acción en el auditorio o público al que se dirigen. El efecto concreto que producen es independiente, incluso, de la voluntad de su autor, del emisor del discurso, porque el clima de odio, discriminación y violencia hacia ciudadanos que se vierte a un público, en ocasiones dispuesto a oír ese mensaje, crea espacios de impunidad para las conductas violentas. De este modo, implican una legitimación de la violencia y de aquellos que realizaron conductas violentas. Ese es, precisamente, el contenido de la incitación al odio, la provocación al odio que exige la tipicidad del art. 510 del Código penal y a la que se refiere el Tribunal Constitucional en la STC 235/2007.

Es por ello que esos discursos quedan extramuros del ámbito de protección de la libertad

de expresión, que no puede servir de cobertura porque suponen una incitación directa o indirecta a la violencia contra ciudadanos en general, o contra concretos ciudadanos que se hayan situados en determinadas situaciones. La propia Sentencia del Tribunal Constitucional, tantas veces citadas en este caso, la 235/2007, parte del siguiente aserto sobre la falta de cobertura de la libertad de expresión para este tipo de manifestaciones: «la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado discurso del odio, esto es, a aquel desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular». Consecuentemente, no hay justificación posible en la libertad de expresión. La Sentencia del Tribunal Constitucional se hace eco de las construcciones sobre el discurso del odio, cuyo contenido esencial ya contempla la provocación directa o indirecta al odio, y trata de diferenciar, a través de esa exigencia de provocación directa o indirecta al odio, la mera difusión de un hecho histórico, que sería atípico, de la difusión justificadora de ese hecho con las connotaciones vejatorias que la justificación conlleva.

Consecuentemente, una vez que existen las expresiones, las conductas expresadas mediante la edición, publicación y distribución de ideas e ideologías se enmarcan en el discurso del odio contra el pueblo judío, y contra los colectivos a los que se refiere el art. 510 del Código Penal, no puede ser justificada en el ejercicio de la libertad de expresión y es subsumible en el tipo penal de los arts. 607 y 510 del Código penal, en la medida en que, por su propio contenido supone una provocación, directa e indirecta, al odio, a la discriminación y a la violencia, en los términos que hemos examinado, y una justificación del genocidio y una pretensión de rehabilitación de regímenes o instituciones que amparan las prácticas genocidas.

**Segundo.—**En este segundo apartado sostengo la punición separada de los hechos en los artículos que fueron objeto de la condena, el art. 607 y el 510 del Código penal. La pluralidad de actos y de conductas contenidas en el hecho probado permite la doble punición en los dos delitos objeto de la condena.

Como señale en el fundamento preliminar de este voto particular, las publicaciones que ese relacionan en el hecho probado, del que los declarados responsables han sido autores, editores o distribuidores, se refieren tanto al contenido típico del art. 607.2 en la medida en que, dentro de un discurso del odio, justifican el genocidio y pretenden la rehabilitación de los regímenes e instituciones que lo generaron, y del 510, al contener expresiones que provocan a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos racistas, antisemitas u otros creencias, a la ideología, religión o creencias, situación familiar, etc. Una lectura del hecho probado permite, sin grandes esfuerzos, comprobar cómo los mensajes en cuya difusión se participa son provocadores al odio, a la discriminación y a la violencia. Sus contenidos participan, por entero de cuanto hemos señalado para ser considerado como perteneciente a la citada categoría de discurso de odio y la variedad de colectivos a los que se arremete permite la subsunción en ambos tipos penales, pues no se refiere sólo al genocidio, sino que extiende su mensaje de odio a colectivos de ciudadanos que el legislador ha querido proteger de forma especial al tratarse de ciudadanos que han sufrido la discriminación, el odio y la violencia por razón de las situaciones a las que se refeire el art. 510 Cp. No hay, desde luego, un *bis in idem,* prohibido en la aplicación de la norma penal, pues se trata de situaciones distintas las que dan lugar a la aplicación de ambos tipos penales.

## Sentencia 338/2011, Sala Segunda del TS, de 16 de abril

Ponente: **Alberto Gumersindo Jorge Barreiro**

Resumen: **Responsabilidad civil**

Artículo: **117 Código Penal y Ley de Contrato de Seguro**

**De las diversas cuestiones abordadas en la sentencia, destaca el resumen de la doctrina jurisprudencial relativa a la responsabilidad civil de la compañía aseguradora del vehículo a motor cuando éste se utiliza como instrumento doloso y los matices respecto según se trate de seguro obligatorio o voluntario.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Cuarto.—**(...)

2. Sobre esta 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 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 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 sentencia 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, 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 afecta-*

*ba 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 éste 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 circulan 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 la 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.

3. La doctrina aplicada en las resoluciones precedentes es aplicable al supuesto ahora enjuiciado por la Sala, toda vez que en este caso 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.

Por lo tanto, se está ante un supuesto en que el vehículo es 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.

Ahora bien, en el caso que ahora se enjuicia los riesgos generados por el vehículo se hallaban también cubiertos con una póliza de seguro voluntario, tal como admite la propia entidad aseguradora frente a las alegaciones del Ministerio Fiscal. Con lo cual, los problemas hasta ahora examinados se desplazan del ámbito del seguro obligatorio al voluntario. Y ubicados ya en este marco asegurador, mientras que el Ministerio Público insiste en la responsabilidad de la entidad aseguradora, ésta replica alegando que las cláusulas generales de la póliza de seguro voluntario excluyen de la cobertura aquellos supuestos en que se utilice 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).

Tal cláusula general es cierta, a tenor de la documentación que figura unida a la causa. Sin embargo, a ello debe 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 *exceptio doli*, a tenor de lo que se dispone en el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro.

Este precepto dice lo siguiente: «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».

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 C. Penal, 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.

Por lo tanto, 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 ésta 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., imponiéndosele la mitad de las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr.).

## Sentencia 320/2011, Sala Segunda del TS, de 22 de abril

Ponente: **Julián Artemio Sánchez Melgar**

Resumen: **Prueba ilícita. (Conexión de antijuridicidad). Presunción de inocencia**

Artículos: **24 CE y 11 Ley Orgánica del Poder Judicial**

**Se expone la doctrina de la «conexión de antijuridicidad» en relación con el efecto reflejo de la prueba ilícita, cuya aplicación en el caso de autos determina la estimación del motivo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Tercero.—**La conexión de antijuridicidad, también denominada prohibición de valoración, supone el establecimiento o determinación de un enlace jurídico entre una prueba y otra, de tal manera que, declarada la nulidad de la primera, se produce en la segunda una conexión que impide que pueda ser tenida en consideración por el Tribunal sentenciador a los efectos de enervar la presunción de inocencia del acusado.

Tal prohibición de valoración se encuentra anclada constitucionalmente en la garantía constitucional de inocencia, como regla del juicio, de tal manera que impide todo mecanismo probatorio en contra de quien se produzca, y su concreción legal se dispone en el art. 11.1 —inciso segundo— de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de tal modo que «*no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*».

Ahora bien, tal efecto: *directo e indirecto*, tiene significación jurídica diferente. En consecuencia, no podrán ser *valoradas* —si se quiere, no surtirán *efecto*, en la terminología legal—

aquellas pruebas cuyo contenido derive *directamente* de la violación constitucional. Por ejemplo, en el caso de que se declare la infracción del derecho al secreto de las comunicaciones, directamente no es valorable el contenido de tales escuchas, es decir, las propias conversaciones que se hayan captado mediante algún procedimiento de interceptación anticonstitucional. En el supuesto de que lo conculcado sea la inviolabilidad del domicilio, no podrá ser valorado el hallazgo mismo obtenido por tal espuria fuente. La significación de su obtención *indirecta* es más complicada de establecer, pero ha de ser referida a las pruebas obtenidas mediante la utilización de fuentes de información, esto es, que tales pruebas ilícitas no pueden servir de fuente de información para convalidar una actividad probatoria derivada de la primera, conectada de forma inferencial con respecto a esta última. Todo ello sin perjuicio de la teoría del hallazgo casual, el «discovery inevitable» o la flagrancia delictiva, como supuestos de desconexión.

En cuanto a su naturaleza, la conexión entre unas y otras pruebas, no es un hecho, sino un *juicio de inferencia* (en realidad, no propiamente de *experiencia*, sin perjuicio de los casos en que así pueda establecerse) acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada.

Y en suma, el mecanismo de conexión/desconexión se corresponde a un control, al que ha de proceder el órgano judicial que ha de valorar el conjunto o cuadro del material probatorio en el proceso penal de referencia.

Para determinar si existe o no esa conexión de antijuridicidad, el Tribunal Constitucional ha establecido una doble perspectiva de análisis: una perspectiva interna, que atiende a la índole y características de la vulneración del derecho constitucional violado; en el caso, al secreto de las comunicaciones en la prueba originaria (qué garantías de la injerencia en el derecho se han visto menoscabadas y en qué forma), así como al resultado inmediato de la infracción (el conocimiento adquirido a través de la injerencia practicada inconstitucionalmente). Por otro lado, una perspectiva externa, que atiende a las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho conculcado exige.

Pero todo ello, teniendo en consideración que estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los dos aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo.

A su vez, y de forma mucho más clara, puede tratarse de una perspectiva natural y jurídica. La primera perspectiva —la natural— supone que la prueba refleja derive de forma empírica o por una formulación material de la inicial declarada nula (así, el hallazgo encontrado en un registro nulo, es también nulo, porque deriva naturalmente de la progresión natural de las cosas, como el contenido de la conversación es causalmente derivado de la propia interceptación practicada). La segunda perspectiva se refiere a la jurídica, esto es, la conexión se predica de la secuencia propia de los derechos en juego (por ejemplo, el temor, coacción o violencia, utilizados en el curso de una declaración de un imputado impide valorar lo que haya respondido al ser de tal forma interrogado, sin que esto se derive naturalísticamente de tal acción). Aquí, pues, se predica la conexión jurídica de otra acción, que no supone necesariamente la natural consecuencia de su antecedente.

De todos modos, es imprescindible diferenciar entre las pruebas originales nulas y las derivadas de éstas, ya directa o indirectamente, de acuerdo con lo prevenido en el art. 11.1 LOPJ, las que lo sean de forma independiente y autónoma de la prueba nula, y ello porque si bien desde una perspectiva de causalidad material pueden aparecer conectadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho, deben estimarse independientes jurídicamente por proceder de fuentes no contaminadas, como serían aquellas pruebas obtenidas fruto de otras vías de investigación tendentes a establecer el hecho en que se produjo la prueba prohibida, como es el supuesto de nulidad de unas intervenciones telefónicas que no se extendería a los conocimientos policiales exclusivamente obtenidos a través de

vigilancias estáticas y seguimientos acordados al margen de aquella intervención, o bien en aquellos casos en los que no se dé la llamada conexión de antijuridicidad entre la prueba prohibida y la derivada, a lo que ya nos hemos referido con anterioridad.

**Cuarto.—**A la luz de la doctrina que se deja expuesta, el motivo segundo ha de ser estimado, toda vez que, como sostiene el Ministerio Fiscal, las declaraciones auto-incriminatorias de los coprocesados Calixto y Constantino ni citan ni implican al ahora recurrente, reconociendo únicamente su propia participación en un acto de tráfico que, como veremos después, en nuestro siguiente fundamento jurídico, ya es firme para ellos, y con respecto a las declaraciones policiales que pudieran fundamentar la prueba de cargo de aquél, aparece claro que su razón de conocimiento, es decir, la fuente de su información policial, es única y exclusivamente la intervención telefónica que fue declarada nula por parte del Tribunal Constitucional, pues tales escuchas son las que les ponen (a la policía) en la pista del transporte de droga que se sanciona en estas actuaciones, y lo que motiva un dispositivo policial que culmina con la detención de varios imputados, entre ellos el ahora recurrente, que es observado en la vigilancia establecida cargando droga en un automóvil, de manera que las declaraciones policiales están condicionadas por las intervenciones telefónicas, y como argumenta el Ministerio Fiscal, al apoyar el motivo, «*si suprimimos aquéllas los policías nada sabrían ni habrían visto, bien con relación al transporte de la droga, bien con relación a los registros en diversos domicilios, que se producen precisamente por la operación de control e intervención del transporte de droga y detención de los procesados, y prácticamente sin solución de continuidad*».

Constituye doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) determina la prohibición, derivada de la Constitución, de valorar todas las pruebas obtenidas directamente a partir de las referidas intervenciones telefónicas, puesto que desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre, ha sostenido que, aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional, tal valoración implica una ignorancia de las garantías propias del proceso (art. 24.2 CE) y una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio, y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de «proceso justo», debe considerarse prohibida por la Constitución (SSTC 114/1984, FJ 5, 81/1998, FJ 2; 69/2001, FJ 26; 28/2002, FJ 4, y 66/2009, FJ 4). Y así ha venido a corroborarlo en su momento la dicción normativa del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Esta ilicitud constitucional se extiende también a las pruebas derivadas o reflejas si entre ellas y las anuladas por vulneración del art. 18.3 CE existe una conexión natural o causal (que constituye uno de los presupuestos para poder hablar de prueba derivada de otra ilícitamente obtenida). En estos casos, la regla general es que todo elemento probatorio que pretenda deducirse a partir de un hecho vulnerador del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas se halla también incurso en la prohibición de valoración. No obstante, en supuestos excepcionales, se ha venido admitiendo que estas pruebas son jurídicamente independientes de dicha vulneración, habiéndose reconocido como válidas y aptas para enervar el principio de presunción de inocencia. Para establecer si se está ante un supuesto en que debe aplicarse la regla general que se ha referido o, por el contrario, nos encontramos ante alguna de las hipótesis que permiten excepcionarla, habrá que delimitar si estas pruebas están vinculadas de modo directo a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo, es decir, habrá que establecer si existe o no una conexión de antijuridicidad entre la prueba originaria y las derivadas.

La razón fundamental que avala la independencia jurídica de unas pruebas respecto de otras radica en que las pruebas derivadas son, desde su consideración intrínseca, constitucionalmente legítimas, pues ellas no se han obtenido con vulneración de ningún derecho fundamental (STC 184/2003 de 23 de octubre). Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan

vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo o indirecto, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas.

En el caso enjuiciado, y como ya se ha dejado razonado, la fuente de información de la policía judicial actuante estaba condicionada por el resultado de las escuchas telefónicas, y en consecuencia, suprimidas éstas, carecen de valor tales informaciones por ser un efecto reflejo necesario de lo anterior, como se comprueba con la diligencia informe que figura en los autos en los folios 1260 y siguientes, en donde se destaca el «volumen de las intervenciones telefónicas» y el resultado de las investigaciones de la mano precisamente de tal fuente de información.

Por consiguiente, procede la estimación del recurso de Antonio, y su absolución en segunda sentencia que ha de dictarse al efecto, tal y como ha sido apoyado igualmente por el Ministerio Fiscal en esta instancia casacional.

## Sentencia 348/2011, Sala Segunda del TS, de 25 de abril

Ponente: **Alberto Gumersindo Jorge Barreiro**

Resumen: **Principio acusatorio**

Artículo: **24 CE**

**Vulneración del principio acusatorio así como del derecho de defensa al apartarse la sentencia de las calificaciones acusatorias en un extremo que favorecía al acusado (aplicación de la eximente incompleta de embriaguez).**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Cuarto.—**(...)

El examen de las actuaciones constata que, tras finalizar la práctica de la prueba, muy aligerada en su contenido debido a la asunción de los hechos por el acusado y a la aquiescencia de la defensa, el Ministerio Fiscal presentó un nuevo escrito de calificación ya con carácter definitivo (folios 181 y ss. del rollo de la Audiencia), en el que, en el apartado de las circunstancias modificativas de la responsabilidad, se solicita la aplicación de la atenuante de alteración psíquica prevista en el art. 21.1.ª del C. Penal en relación con el art. 20.1.º, en todas las infracciones, y que se aplicara también la atenuante de embriaguez prevista en el art. 21.1.ª en relación con el art. 20.2.º del C. Penal.

Por lo tanto, el Ministerio Fiscal, y derivadamente la acusación particular, están solicitando la aplicación de dos eximentes incompletas. Una la de alteración psíquica y la otra la de embriaguez. Ello comporta que, con arreglo al principio acusatorio, las penas tengan que reducirse por estos conceptos relativos a la imputabilidad cuando menos en dos grados, uno por cada eximente incompleta, por imponerlo así el principio acusatorio, que ha de ponerse en relación en este caso con el art. 68 del C. Penal.

Sin embargo, la sentencia de la Audiencia se apartó de la calificación jurídica de las acusaciones y desechó la aplicación de la eximente incompleta de embriaguez, acudiendo además para ello al siguiente razonamiento: que el análisis de sangre, que arrojó un resultado de 1,47 gramos de alcohol por litro de sangre, no se había practicado el día de los hechos sino varios días más tarde, afirmación que se contradice con la narración fáctica de la propia sentencia, donde se dice expresamente que el análisis se practicó en la misma fecha en que se perpetraron los hechos enjuiciados: el día 5 de marzo de 2009.

El Tribunal de instancia, después de descartar la eximente incompleta de embriaguez y de ponderar el trastorno esquizoide de la personalidad del acusado, acaba aplicando lo que denomina «una atenuante analógica muy cualificada a la eximente incompleta de enfermedad mental». En virtud de la cual, reduce en un grado las penas correspondientes a los tipos penales, pero vulnera el principio acusatorio al dejar de aplicar una eximente incompleta solicitada por las acusaciones.

En efecto, en relación con el principio acusatorio en el ámbito de los juicios penales argumenta el Tribunal Constitucional en su sentencia 347/2006, de 11 de diciembre, que «*nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, en consecuencia, no ha podido defenderse de modo contradictorio. A estos efectos la pretensión acusatoria se fija en el acto del juicio oral, cuando la acusación o acusaciones establecen sus conclusiones definitivas, y se refiere no solamente a la primera instancia, sino también a la fase de apelación* (SSTC 12/1981, de 12 de abril; 104/1986, de 17 de julio *;* 225/1997, de 15 de diciembre; 4/2002, de 14 de enero; 228/2002, de 9 de diciembre, *y* 33/2003, de 13 de diciembre).

*La razón es que el principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de contestación o rechazo de la acusación, como aplicación al proceso penal del principio de contradicción. En consecuencia, al Juez no le está permitido excederse de los términos del debate tal como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual significa en última instancia que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de las Sentencias* (SSTC 53/1987, de 7 de mayo; 17/1988, de 16 de febrero, *y* 95/1995, de 19 de junio).

*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)... *Por lo que se refiere a la calificación jurídica, el Juzgador está vinculado también a la sustentada por la o las acusaciones. Ciertamente, hemos afirmado 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».*

De otra parte, sobre la cuestión específica suscitada en este caso en relación con el principio acusatorio, la sentencia de esta Sala 968/2009, de 21 de octubre, establece que el Tribunal sentenciador tiene limitado su poder jurisdiccional a los términos de la acusación, que no pueden ser superados en perjuicio del reo, pues se desbordaría ese límite infranqueable si se desatendiese la apreciación de una circunstancia atenuante o una eximente incompleta solicitada por la única parte acusadora. No es suficiente que la pena no supere la pedida por la acusación, pues 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.

Esta misma doctrina jurisprudencial había sido ya establecida en las sentencias de este Tribunal 848/1996, de 4 de noviembre; 2351/2001, de 4 de diciembre, y 578/2008, de 30 de septiembre. En estas resoluciones se consideró que la inaplicación en sentencia de circunstancias atenuantes y/o eximentes incompletas postuladas por las acusaciones vulnera el principio acusatorio y también el derecho de defensa.

Así las cosas, la Sala de instancia tenía que aplicar imperativamente las dos eximentes incompletas que solicitaron las acusaciones en su escrito de calificación definitiva. Y ello aunque las penas estuvieran mal cuantificadas en el escrito de acusación. Por lo cual, al omitir la aplicación de la eximente incompleta de embriaguez la Audiencia vulneró el principio acusatorio y

también el derecho de defensa, pues se apartó de las calificaciones acusatorias en un extremo que favorecía al acusado, constituyéndose así *de facto* el Tribunal en acusador, y además le impidió defenderse de un aspecto concreto de la imputabilidad que le perjudicó en el fallo y que no se correspondía con la conclusión favorecedora que habían postulado las acusaciones.

En el caso presente ello resulta incuestionable, toda vez que la defensa adoptó en la vista oral del juicio una posición prácticamente de aquietamiento, tanto en el cuestionamiento de los temas fácticos como jurídicos, en la confianza de conseguir una sentencia más benévola, que finalmente no obtuvo.

Por consiguiente, en coherencia con lo que antecede, en los delitos de tentativa de asesinato la pena que establece el marco legal del art. 139 del C. Penal, que abarca de quince a veinte años de prisión, ha de ser reducida en tres grados: uno por la tentativa y otros dos por la aplicación de las referidas circunstancias eximentes incompletas. Con lo cual, el marco legal aplicable al caso concreto queda fijado en una pena que comprende un mínimo de un año, diez meses y quince días y un máximo de tres años y nueve meses de prisión.

De otra parte, la pena correspondiente al delito de asesinato consumado ha de ser reducida en dos grados, uno por cada una de las eximentes incompletas. Con lo cual, la horquilla punitiva del marco legal comprende desde tres años, nueve meses y un día a siete años y seis meses de prisión.

Por último, ponderando la gravedad de los hechos, tanto en su forma de ejecución como en su resultado, y las circunstancias personales del acusado en orden a un pronóstico de reinserción, se considera que las penas han de imponerse en el límite máximo del marco legal correspondiente.

Por lo demás, la apreciación de esa eximente incompleta abre la vía a una posible aplicación de una medida de seguridad (art. 104.1 del C. Penal), posibilidad que deberá ser ponderada por la Sala de instancia en ejecución de sentencia examinando las circunstancias del caso concreto y previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas en el proceso.

Se estima, pues, parcialmente el recurso de casación, con declaración de oficio de las costas de esta instancia (art. 901 de LECr.).

## Sentencia 321/2011, Sala Segunda del TS, de 26 de abril

Ponente: **Luciano Varela Castro**

Resumen: **Examen de agenda de teléfono móvil**

Artículos: **18.3 CE y 282 y 770 LECrim**

**De las diversas cuestiones abordadas en la sentencia recogemos aquí el tratamiento dado a la agenda de un teléfono móvil, similar a la de una convencional en papel, que permite su examen directo, por la policía en una investigación en curso si resulta justificada con arreglo a los criterios de urgencia y necesidad. Se reproduce, asimismo, por su interés el voto particular.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Duodécimo.—**1. El primero de los motivos, amparado en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, siquiera hubiera sido más correcto invocar el 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la vulneración de un concreto derecho fundamental: el secreto de las comunicaciones, garantizado en el artículo 18.3 de la Constitución.

Protesta que los agentes policiales examinaran el registro de llamadas, los mensajes y la agenda (en referencia a la guía) que estaban grabados en el terminal telefónico que portaba este acusado.

Reconoce el motivo que la sentencia de instancia proclama esa falta de consentimiento por el acusado a los agentes para tal inspección. Y, más aún, la falta también de cualquier autorización judicial para la misma.

Pero le reprocha que, pese a ello, la sentencia se funde en lo así conocido para justificar la imputación a este acusado. Concretamente al acudir a la falta de explicación por el recurrente al Tribunal de instancia, de datos así sabidos: como la existencia de llamadas entre ese terminal de su pertenencia y el que llevaba el otro acusado y la figuración del número de la línea de éste en la guía de aquél.

2. Este motivo suscita el problema de la delimitación de las facultades policiales para la investigación del delito, antes de la intervención judicial, desde la perspectiva de las garantías de las libertades constitucionales. Siquiera en este motivo, en relación a una garantía concreta y a unos comportamientos policiales específicos.

Se hace pues necesario examinar aquellas atribuciones policiales y la constricción que en su ejercicio puede imponer el contenido preciso de esas garantías constitucionales.

Debemos pues comenzar advirtiendo que la actuación policial, en el ámbito de la investigación delictiva, se encuentra configurada por diversas disposiciones de rango legal. Además de lo dispuesto en alguna otra norma, como la LOSC 1/1992 o en las disposiciones reglamentarias, en la norma orgánica propia, la ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad 2/1986 (artículo 11) que le atribuye entre otras funciones la de *Investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del juez o tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes* . En la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 549), en referencia a la denominada policía judicial se establece que *Corresponden específicamente a las unidades de Policía Judicial las siguientes funciones: a) La averiguación acerca de los responsables y circunstancias de los hechos delictivos y la detención de los primeros, dando cuenta seguidamente a la autoridad judicial y fiscal, conforme a lo dispuesto en las leyes.* En la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo artículo 282 dispone La Policía *judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial.* Y más detalladamente en el ámbito del procedimiento abreviado el artículo 770 se establece que La Policía *Judicial acudirá de inmediato al lugar de los hechos y realizará* (entre otras) *las siguientes diligencias:*

*Acompañará al acta de constancia fotografías o cualquier otro soporte magnético o de reproducción de la imagen, cuando sea pertinente para el esclarecimiento del hecho punible y exista riesgo de desaparición de sus fuentes de prueba.*

*Recogerá y custodiará en todo caso los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, para ponerlos a disposición de la autoridad judicial.*

Conforme al artículo 5 de la Ley Orgánica 2/1986 debe someterse en su actuación a las exigencias derivadas de la Constitución.

El motivo se contrae a un límite concreto, en cuanto impuesto por la garantía del secreto de las comunicaciones, cual es el de la toma de conocimiento de los datos que constan grabados en un aparato terminal utilizado para mantener conversaciones telefónicas.

Como es sabido la tecnología ha posibilitado que en ese tipo de terminales figure información de diverso tipo: *mensajes* de texto o multimedia que han sido remitidos por vía telefónica al usuario, *bloc de notas* grabadas por el usuario, *agenda* en la que el usuario refleja actividades previstas o recordatorios en general ordenados por fechas y horas, *registro de actividad* telefónica, que permite conocer si se han realizado

comunicaciones telefónicas o a través de internet identificando los número de terminales o IP indicados en las mismas, o la denominada *guía* en la que consta el listado de números de teléfono o direcciones.

Que la función principal del aparato sea posibilitar la comunicación telefónica no traslada a toda aquella información la garantía establecida para ese tipo de informaciones en el artículo 18.3 de la Constitución.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, que precedió a la reforma legislativa que reguló el contenido y consecuencias de la ilicitud probatoria (artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), se cuidó de delimitar en gran medida el ámbito de la garantía del artículo 18.3, delimitándolo del que es propio de otra garantía constitucional referida al derecho a la intimidad o, si se quiere, privacidad. Más allá de la consideración de la hipótesis de uso del contenido grabado por uno de los interlocutores en una conversación telefónica, delimitó el adecuado contenido normativo del art. 18.3 de la Constitución y el correcto entendimiento de la relación que media entre este precepto y el recogido en el número 1 del mismo artículo.

Una afirmación básica al respecto es que el secreto de una comunicación no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación. La protección se despliega únicamente frente a terceros ajenos a la comunicación.

La protección del secreto de la comunicación, implícita en la protección de la libertad de ésta, implica la *interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas.* Por ello se protege no solamente el proceso de comunicación sino el mensaje que se materialice en algún tipo de soporte. Alcanza a la identidad de los interlocutores y proscribe prácticas como la denominada «comptage» (Caso Malone del TEDH).

Esa protección es *«formal»*, en el sentido de que actúa con independencia de cuál sea el contenido de lo comunicado, pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado.

Los sujetos intervinientes están *amparados* por el secreto que el artículo 18.3 de la Constitución, *pero no* es ese precepto el que los convierte en *obligados* a mantener el secreto de manera formal, prescindiendo del contenido de la comunicación.

Así pudo decir aquella Sentencia del Tribunal Constitucional, en lo que ahora nos interesa, que, por un lado, sobre los comunicantes ya en virtud de norma distinta a la recogida en el artículo 18.3 de la Constitución, puede pesar *un posible «deber de reserva que —de existir— tendría un contenido estrictamente material, en razón del cual fuese el contenido mismo de lo comunicado (un deber que derivaría así del derecho a la intimidad reconocido en el* art. 18.1 *de la norma fundamental).*

De ahí que, por otro lado, pueda decirse que *quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera «íntima» del interlocutor, pudiesen constituir atentados al Derecho garantizado en el* art. 18.1 *de la Constitución*.

Otro tanto cabe decir respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica.

Pero el alcance de la protección del derecho a la intimidad (artículo18.1 de la Constitución) no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo sólo al objeto de preservar dicha intimidad (dimensión material del secreto). Lo que justifica el Tribunal Constitucional diciendo que: *Los resultados prácticos a que podría llevar tal imposición indiscriminada de una obligación de silencio al interlocutor son, como se comprende, del todo irrazonables y contradictorios, en definitiva, con la misma posibilidad de los procesos de libre comunicación*.

Más recientemente el Tribunal Constitucional ha reiterado la doctrina sobre el secreto de las comunicaciones en la Sentencia 230/2007 en la que recuerda: *Por lo que se refiere al derecho al secreto de las comunicaciones* (art. 18.3 CE)*, este Tribunal ha reiterado que este derecho*

*fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así —a través de la imposición a todos del «secreto»— la libertad de las comunicaciones, por lo que dicho derecho puede resultar vulnerado tanto por la interceptación en sentido estricto —que suponga aprehensión física del soporte del mensaje, con conocimiento o no del mismo, o captación, de otra forma, del proceso de comunicación— como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado —apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario—, por ejemplo. Igualmente se ha destacado que el concepto de secreto de la comunicación cubre no sólo el contenido de la comunicación, sino también la identidad subjetiva de los interlocutores, de ahí que se haya afirmado que la entrega de los listados de llamadas telefónicas por las compañías telefónicas a la policía, sin consentimiento del titular del teléfono, requiere resolución judicial, toda vez que el acceso y registro de los datos que figuran en dichos listados constituye una forma de afectación del objeto de protección del derecho al secreto de las comunicaciones (por todas,* SSTC 123/2002, de 20 de mayo, FJ 4, o 56/2003, de 24 de marzo, *FJ 2, y* SSTEDH de 2 de agosto de 1984, caso Malone c. Reino Unido, § 84 *y,* entre las últimas, de 3 de abril de 2007, caso Copland c. Reino Unido*, § 43).*

Y concluye que el *acceso policial al registro de llamadas del terminal móvil intervenido al recurrente sin su consentimiento ni autorización judicial, ... no resulta conforme a la doctrina constitucional.*

3. La compatibilización de aquellas facultades/deberes del aparato policial con el contenido de la garantía constitucional del artículo 18.3, a la luz de esta doctrina del Tribunal Constitucional, nos permite valorar ahora si el conocimiento que los funcionarios policiales obtuvieron de lo grabado en el terminal del recurrente vulneró o no la garantía invocada.

La sentencia de instancia (páginas 14 *in fine* y 15) calificó de incompatible con la garantía del secreto de las comunicaciones el examen, sin autorización judicial y sin consentimiento del recurrente, del listado de llamadas y del contenido de mensajes grabados en el terminal del que era usuario y que le fue ocupado.

Por el contrario estima no infractora la toma de conocimiento de lo que la sentencia denomina *agenda* y que no es otra cosa que la *guía* que en dicho aparato guarda únicamente la indicación de una serie de números de teléfonos con identificación de su usuario como intervinientes en comunicaciones meramente eventuales pero sin que, por ello, se indique si tal comunicación ha ocurrido o no.

Contra lo dicho por el recurrente, la sentencia de instancia no hace uso de la fuente probatoria que valora como inconstitucional, sino solamente de ese dato derivado del examen de la guía. Es decir funda su resolución entre otros datos en el de que en la guía del teléfono del recurrente figuraba el número del teléfono usado por el coacusado.

En relación a la existencia de llamadas por el recurrente al coacusado, y a la falta de explicaciones del recurrente respecto de las mismas, la referencia que se hace en la página 41 no deriva de su conocimiento de la existencia de dichas llamadas por el examen del terminal del recurrente, sino, como la sentencia proclama en dicho lugar, porque esos datos son «inferidos de la declaración del coacusado».

Pese a la acotación hecha por el motivo, podríamos estimar que la impugnación ha querido abarcar la eventual infracción del derecho a la intimidad del artículo 18.1 de la Constitución, incluso en relación con el único dato tomado en consideración por la sentencia recurrida: la constancia de que la guía del teléfono del recurrente contenía el número del terminal del coacusado.

Pero desde esa perspectiva tampoco podríamos estimar el motivo. Basta recordar aquí la constante jurisprudencia en la que hemos mantenido que el examen de la guía de un teléfono por los agentes de policía no conculca garantía constitucional alguna. Así lo hemos dicho recientemente en sentencias de 1 de marzo de 2011 y 12

de diciembre de 2010. En esta última dijimos: *La doctrina de esta Sala de Casación, según las reiteradas sentencias que ha dictado sobre casos similares relativos al conocimiento por los agentes policiales de los listados telefónicos de las agendas de teléfonos móviles* (SSTS 316/2000, de 3-3; 1235/2002, de 27-6; 1086/2003, de 25-7; 1231/2003, de 25-9; 449/2006, de 17-4, y 1315/2009, de 18-12), *afirma que la agenda de un teléfono móvil, entendiendo por agenda, en este caso, el archivo de dicho aparato en el que consta un listado de números identificados normalmente por un nombre, es equiparable a una agenda en soporte de papel o electrónica con el mismo contenido de direcciones y números de teléfono. Por ello su registro u observación no supone la inmisión o injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones sino en el derecho a la* intimidad*, con las importantes consecuencias que de ello se derivan. Pues así como la injerencia en el primero de tales derechos requeriría, sin duda ni excepción, la previa autorización judicial, por venir así expresamente dispuesto en el* artículo 18.3 *de nuestra Constitución, la diligencia que afecta a la* intimidad *del investigado se encuentra, en cambio, legalmente autorizada a las fuerzas del orden, siempre por supuesto que la misma resulte justificada con arreglo a los criterios de urgencia y necesidad y que se cumpla el requisito de proporcionalidad al ponderar los intereses en juego en el caso concreto.*

Así pues el dato cuestionado en el presente caso es de lícita utilización por haber sido lícita su obtención, en la medida que es utilizado en la sentencia recurrida, que excluye otros datos por obtenidos de modo ilícito.

En consecuencia este motivo se rechaza.

(...)

### VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ A LA SENTENCIA NÚMERO 321/2011, DE FECHA 13 DE ABRIL, QUE RESUELVE EL RECURSO DE CASACIÓN NÚMERO 11069/2010

Mi discrepancia tiene que ver con el tratamiento dado por la mayoría al examen de la agenda de un teléfono móvil. En concreto con la asimilación del acceso a la misma al que podría producirse a una convencional en papel, de modo que su examen directo por la policía, en el curso de una investigación, estaría justificado por la presencia de intereses, constitucionalmente relevantes, superiores al derecho a la intimidad afectado. En esa extensión analógica, a mi entender, se pierde de vista la funcionalidad real del teléfono móvil en nuestros usos; y lo que representa como habitual depósito de un importante cúmulo de datos relativos a las comunicaciones a distancia, técnicamente mediadas, del titular, de profunda inherencia a su intimidad y a su vida privada. En efecto, el teléfono móvil contiene un elenco de números telefónicos *de uso actual*, que son, precisamente, los personalísimamente seleccionados por el usuario, muchos de ellos no incluidos en las guías de uso público. Pero incluye, además, un registro puntual de las comunicaciones, escritas y orales, celebradas; comprendido lo comunicado, en el caso de aquéllas, que es de un acceso tan fácil para quien disponga del aparato como el que cabe al listado de los primeros. Esta es la razón por la que afrontar la cuestión del acceso por la policía al contenido del móvil intervenido a un imputado, en la clave que lo hace la sentencia a examen, es un modo de proceder francamente reductivo, y que simplifica el problema realmente suscitado. Porque el móvil no es un archivo inerte de datos sino, por esencia *y en todas sus modalidades de uso*, un instrumento —hay que insistir: personalísimo— de o para la comunicación; en el que, además, todos los contenidos de memoria guardan entre sí una estrecha relación de contigüidad, y son de una igualmente fácil consulta. De aquí que el verdadero núcleo problemático no lo plantea la hipótesis —*de libro*, por ingenua— de un uso policial autocontenido, restringido a la agenda de teléfonos (que tampoco dejaría de ser cuestionable), sino, antes, el mero acceso sin control judicial al instrumento que, por lo regular, atesora un relevante volumen de información confidencial relativa a las comunicaciones del dueño o usuario del aparato, que goza del derecho constitucional de mantenerlas en secreto, en todas sus vertientes. Es por lo que creo que, en vista de la calidad del derecho en juego —y en riesgo— y a tenor de los habituales contenidos del móvil, de la estrechísima funcionalidad de

todos ellos y de la también estrecha vinculación de los mismos con actos comunicativos concretos, se impone entender que, en su conjunto, están igualmente amparados por el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18,3 CE, y que, en consecuencia, el acceso a ellos por parte de la policía sólo puede tener lugar con autorización judicial. Y tal es el sentido en el que habría tenido que pronunciarse la sentencia. Perfecto Andrés Ibáñez

## Sentencia 350/2011, Sala Segunda del TS, de 5 de mayo

Ponente: **José Antonio Martín Pallín**

Resumen: **Juez ordinario predeterminado por la Ley (Tribunal del Jurado)**

Artículos: **24.2 CE y 5.1.º y 2.º Ley Orgánica del Tribunal del Jurado**

**Vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley al no haberse tramitado la causa por el procedimiento de la Ley del Jurado.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.—**El motivo primero y previo afecta al derecho a juez predeterminado por la ley, cuya vulneración se invoca como causa de nulidad al no haberse tramitado la presente causa por el procedimiento de la Ley del Jurado.

1. La parte recurrente sostiene que desde el comienzo de las actuaciones judiciales solicitó que el procedimiento se tramitase por los cauces de la Ley Orgánica 5/1995, 22 de mayo, reguladora del procedimiento de la Ley del Jurado. Lo solicitó así ante el Juez de Instrucción que accedió a lo solicitado y así lo acordó por Auto de 28 de enero de 2008. El Ministerio Fiscal recurrió en Apelación y la Audiencia Provincial decidió que se tramitara por el procedimiento del sumario ordinario. Situados ya en este trámite, la parte recurrente volvió a insistir en su informe en el juicio oral la nulidad de actuaciones basándose en la incorrecta aplicación del procedimiento ordinario.

2. La decisión, de seguir la instrucción de un delito de homicidio y tenencia ilícita de armas, se basó en las alegaciones del Ministerio Fiscal que invocó, para derivar la causa hacia el procedimiento ordinario, el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala, de 5 de febrero de 1999, que abordaba por primera vez los problemas relativos a la determinación de la competencia del Tribunal del Jurado en el seno de la Audiencia Provincial y del mismo órgano por los trámites del procedimiento ordinario o abreviado, a la luz de la interpretación del artículo 5.1.º y 2.º de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado. Conviene recordar que el debate se suscitó por la concurrencia de dos delitos de homicidio, uno consumado y otro en grado de tentativa. En consecuencia, se obvió el análisis de la conexidad y se adoptó el acuerdo teniendo en cuenta que la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado excluye, de forma taxativa en el artículo 5.1.º, la competencia del jurado en los delitos contra las personas cuando no hayan sido consumados.

3. Las cuestiones relativas a la conexidad se abordan con posterioridad, por lo que mientras tanto, regía el texto del artículo 5.2.º de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, que atrae hacia la modalidad del enjuiciamiento por el procedimiento del jurado los delitos conexos, salvo de forma terminante el de prevaricación. El 20 de febrero de 2010 se convoca un Pleno no jurisdiccional, sobre la competencia del Tribunal del Jurado en los supuestos de conexidad delictiva, que es lo que concurre en el caso presente. Según el acuerdo mayoritario, se examinan y resuelven distintas posibilidades. En relación con el caso concreto, se decide que «*La com-*

*petencia se extenderá al delito conexo siempre que se haya cometido teniendo como objetivo principal perpetrar un delito que sea de la competencia del Tribunal del Jurado, es decir que ha de ser de la competencia del Jurado aquel cuya comisión se facilita o cuya impunidad se procura»*.

4. En otro Pleno no jurisdiccional, de 23 de febrero de 2010, complementa el anterior precisando que «*Cuando existieren dudas acerca de cuál es el objetivo principal perseguido por el autor de los hechos objeto de las actuaciones y uno de ellos, al menos, constituya delito de los atribuidos al Tribunal del Jurado* (art. 1. 2) *la competencia se determinará de acuerdo con la que corresponda al delito más gravemente penado»*. En el caso presente, tanto el Juez de Instrucción al dictar el Auto de procesamiento, como el Tribunal al acordar la apertura del juicio oral, estaban en condiciones de decidir, y lo debieron hacer al afectar su resolución al juez ordinario predeterminado por la ley, que no existía delito de tenencia ilícita de armas. Además, en ningún caso, su hipotética existencia podía, por su banalidad, desmontar la competencia legal del tribunal del jurado.

5. Conviene subrayar que en este caso no se trataba de armas de fuego, sino de la navaja, utilizada como arma homicida, lo que *a priori* podía haberse resuelto dadas sus características, sus medidas y configuración. Desde el comienzo de las actuaciones, se sabía que la navaja medía 11 centímetros de longitud de hoja con una longitud total de 24 centímetros. Con estos datos y sin necesidad de mayores profundizaciones, se estaba en condiciones de descartar la existencia de un delito de tenencia ilícita de armas blancas con la simple lectura del artículo 4.1.h) del Reglamento de Armas, aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, que eliminaba, teniendo en cuenta las características y medidas del arma. Según el principio de legalidad y partiendo de que nos encontramos ante un tipo penal en blanco, hay que integrarlo con las disposiciones del Reglamento citado que deberá ser interpretado de forma restrictiva. El citado reglamento considera armas a las navajas no automáticas (caso presente) cuya hoja mida más de 11 centímetros, lo que no concurre en el supuesto que nos ocupa. Por ello, se concluye que el mantenimiento del delito de tenencia ilícita de armas se ha utilizado como artificio para huir del jurado conculcando la correcta interpretación del artículo 5 de la Ley Reguladora.

6. La cuestión afecta a un derecho fundamental como es el juez ordinario predeterminado por la ley, que en el caso del Tribunal del Jurado, contiene una serie de especialidades en cuanto a la tramitación, incoación, instrucción complementaria, audiencia preliminar, apertura del juicio oral, cuestiones previas al juicio, Auto de hechos justiciables y las especialidades probatorias en el acto del juicio oral, así como la forma de obtener el veredicto y redactar la sentencia. También varía sustancialmente las vías de recurso (Apelación y Casación), lo que obliga al juzgador a examinar de oficio, sin perjuicio de lo que aleguen las partes, el procedimiento aplicable. En este recurso, además de haberse planteado en tiempo en el que era posible que el tribunal hubiera decidido lo ajustado a derecho, se reproduce la cuestión por la vía del recurso de casación, lo que obliga a estimar el motivo.

## Sentencia 329/2011, Sala Segunda del TS, de 5 de mayo

Ponente: **Perfecto Agustín Andrés Ibáñez**

Resumen: **Refundición de condenas. Abono de prisión provisional**

Artículos: **58 y 76 Código Penal**

**Sigue el criterio de la STS de 28 de marzo de 2011, se acoge el criterio trazado por la STC 57/2008 para el abono de la prisión provisional, pero combinándolo con la denominada «doctrina Parot». Contiene un interesante voto particular discrepante.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.—**Lo denunciado es infracción de ley, por aplicación indebida del art. 33 del Cpenal 1973, actual art. 58 Cpenal. El argumento es que el recurrente, actualmente penado por diversas causas, con condenas que han sido acumuladas, habría sufrido un tiempo de prisión preventiva, que no le ha sido abonado en ninguna de ellas.

La resolución recurrida se extiende en genéricas consideraciones de índole jurisprudencial. Luego admite que el penado sufrió un tiempo de condena que a la vez lo habría sido de prisión provisional, lo que, dice no debe alterar el límite de cumplimiento impuesto por el art. 76 Cpenal.

El Fiscal dice expresar su apoyo al motivo y se muestra partidario de que se abone al recurrente el período de prisión preventiva sufrido. Al respecto, recuerda la ya bien conocida jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 57/2008) en el sentido de que una decisión de no abonar en su totalidad al penado el tiempo de prisión preventiva supone un alargamiento ilegítimo de la situación de privación de libertad. Y señala que este acusado simultaneó la situación de prisión provisional con la de cumplimiento de una condena firme, y que el tiempo de aquélla no le ha sido abonado. Para concluir que esto es algo que tiene que hacerse y que no es obstáculo para ello la existencia de una acumulación de condenas, en la que la que corresponda se integre previa deducción de la misma del tiempo de privación cautelar de libertad.

Pero, en realidad, no es exactamente esto lo que solicita el impugnante, que en el motivo segundo —como él mismo dice, reiteración del primero desde una perspectiva constitucional— pide un abono de la prisión preventiva que se traduzca materialmente en el licenciamiento definitivo con diez meses de anticipación al previsto sin tener en cuenta el tiempo de cumplimiento de la medida cautelar.

La sentencia del Tribunal Constitucional n.º 52/2008, de 28 de abril, a la que se ajusta la de esta Sala n.º 1391/2009, de 10 de diciembre, tiene como presupuesto la afirmación, nada cuestionable, de que «no resulta correcta la identificación del significado de la prisión provisional y de la pena de prisión», de lo que se deriva como consecuencia que la coincidencia temporal durante algún período de las dos situaciones en la misma persona y en causas distintas, no permite considerar que el cumplimiento de la pena en una de ellas «prive de efectividad real» a la medida cautelar objeto de aplicación simultánea en la otra. Así, «el cumplimiento en calidad de penado se ve directa y perjudicialmente afectado por el hecho de coincidir con una situación de prisión provisional decretada [...] pues el penado no puede acceder a ningún régimen de semilibertad, no puede obtener permisos, ni puede obtener la libertad condicional».

Siendo así y en vista de que las dos modalidades de privación de libertad contempladas no son asimilables, por el carácter sensiblemente más gravoso de una de ellas y su negativa incidencia en la aplicación de la otra, es lo cierto que cuando se decide sin tener en cuenta esta consideración se produce un menoscabo del derecho a la libertad personal del afectado (art. 17.1 CE).

Ahora bien, la sentencia de esta Sala n.º 167/2006, de 28 de febrero, evocada ahora en la muy reciente de n.º 208/2011, de 28 de marzo, en un caso que guarda estrecha similitud con éste, recuerda que la llamada «refundición de condenas» no es la reducción a una (otra distinta) de las diversas penas que pudieran pesar sobre un condenado, sino solo el establecimiento de un límite máximo de cumplimiento final de penas que, por lo demás, cada una en la propia causa, mantienen su autonomía y régimen legal de cómputo. Por eso, la reducción derivada del tiempo de prisión preventiva que pudiera afectarla, habrá de operar, no sobre aquel máximo de cumplimiento, sino, en un momento anterior y concretamente, sobre la pena que corresponda, que luego se tomará en consideración con todas las demás para la realización del cálculo que prescribe el art. 76.1.º Cpenal.

Tal es lo que procede y el limitado sentido en el que debe estimarse el motivo.

(...)

Voto particular que formula el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez a la sentencia número 329/2011, de fecha 5 de mayo de 2011 que resuelve el recurso número 11273/2010

Como ponente, he redactado la sentencia de conformidad con el punto de vista de la mayoría que, sin embargo, no comparto, por lo que expongo a continuación. El art. 33,1 Cpenal 1973 —que es el que por razón de las fechas de los hechos y las causas de que se trata debe operar, aunque, ciertamente, en lo que interesa, sus términos son equivalentes a los del art. 58 Cpenal vigente— dice: «El tiempo de prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la tramitación de la causa se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la condena». La sentencia del Tribunal Constitucional n.º 52/2008, de 28 de abril, parte, en efecto, del presupuesto nada cuestionable, de que «no resulta correcta la identificación del significado de la prisión provisional y de la pena de prisión», de lo que se deriva como consecuencia que la coincidencia temporal durante algún período de las dos situaciones en la misma persona y en causas distintas, no permite entender que el cumplimiento de la pena en una de ellas «prive de efectividad real» a la medida cautelar objeto de aplicación simultánea en la otra. Así, «el cumplimiento en calidad de penado se ve directa y perjudicialmente afectado por el hecho de coincidir con una situación de prisión provisional [...] pues el penado no puede acceder a ningún régimen de semilibertad, no puede obtener permisos, ni puede obtener la libertad condicional». Por eso, en vista de que las dos modalidades de privación de libertad contempladas no son asimilables, debido al carácter sensiblemente más gravoso de una de ellas y a su negativa incidencia en la aplicación de la otra, cuando se elude esta consideración se produce un menoscabo del derecho a la libertad personal del afectado (art. 17,1 CE). Esto sentado, el Tribunal Constitucional tenía ante sí una alternativa con la ineludible necesidad de optar. Ya fuera por un tratamiento meramente formal, nominalista, del asunto, asimilando las dos situaciones por serlo ambas de privación de libertad. O bien por atender al efecto real de cada uno de los dos usos del encarcelamiento en la materialidad del derecho del afectado. Y, como se ha visto, es justamente esto segundo lo que ha hecho, con todo rigor, a tenor de la calidad del derecho fundamental en juego. (Un criterio este del que, incurriendo, por cierto, en patente contradicción, se desvía la resolución recurrida, cuando afirma: «es cierto que efectivamente la situación de prisión provisional, pudo haber afectado de hecho, que no de derecho a posibles beneficios penitenciarios propios de una situación de cumplimiento de pena, que no son ajenos a la situación de prisión provisional, aunque es cierto que la inmensa mayoría son incompatibles ontológicamente y fácticamente con la naturaleza de la prisión provisional»). El precepto que se considera —cuyo antecedente remoto está en el art. 98 del Código Penal de 1822, según el cual el tiempo pasado en situación de prisión provisional debería ser «contado como parte de la pena»— fue introducido en 1932. Y ha producido una jurisprudencia que, invariablemente, al estimar siempre que la medida cautelar es una *anticipada privación de libertad*, ha resuelto que el tiempo invertido en el cumplimiento de la misma debía ser *restituido* en tiempo de *no-cumplimiento de la condena en curso* (de la parte de ésta todavía no descontada). O, lo que es lo mismo, en tiempo de libertad *real*, puesto que *real* fue también la privación ya sufrida. Y si así se ha entendido siempre, ahora con mayor razón dados en los términos de la sentencia del Tribunal Constitucional. La opción del legislador, plasmada con total claridad en el texto de la ley estuvo presidida por la búsqueda de la equivalencia que, entre dos magnitudes, se da cuando una es igual, en sí misma y en la calidad de sus efectos, a la otra. Por eso, en la perspectiva del derecho a la libertad, entendió que la *pena real cumplida* solo puede *compensarse* de manera efectiva con *pena real por cumplir*. Debiendo subrayarse lo de *real*, porque ésta es la clave en la que opera el tenor de la ley, así interpretado de manera invariable por la jurisprudencia. Y porque la prisión provisional ya sufrida tiene una dimensión empírica que no puede ser más obvia ni más consistente. Pero es que, además, ahora se da una circunstancia particular, ya aludida, que dota de todavía mayor consistencia argumental a este criterio. Y es que el Tribunal Constitucional, abandonando

el terreno de lo formal-conceptual ha llevado su discurso al plano de la efectividad —la aflictividad— práctica de la medida de que se trata. Y ha puesto de relieve que la privación de libertad que impone la prisión provisional tiene, incluso, un plus de gravamen sobre el que es propio de la condena en régimen de cumplimiento. Así las cosas, y en definitiva, el tiempo sufrido de privación provisional de libertad, que lo habrá sido de *libertad real*, debe ser restituido en libertad, en exención de pena, *igualmente real*. Abonando al penado un tiempo real de pena, es decir, de la de efectivo cumplimiento pendiente. O dicho metafóricamente, como si *Parot* —que, por no formar parte del marco legal, no puede ser fuente de derecho— no hubiera existido. Pues de otro modo, o sea, en el caso de *compensar* tiempo de prisión *efectivamente cumplido* en régimen cautelar, con tiempo *solo teórico* de pena, se estaría defraudando el propósito legal-constitucional de búsqueda de la equivalencia. Cierto que una decisión como la que se propone, que hasta ahora nunca se habría discutido, en el clima de opinión generado, puede defraudar algunas expectativas sociales. Pero la contraria defrauda asimismo la expectativa que la propia sociedad española se ha dado constitucionalmente. A saber, que todos, incluidos los autores de los delitos más odiosos (que es, sin duda, de los que aquí se trata), tengan un claro marco legal de referencias, que solo el legislador puede modificar. Es por lo que creo que tendría que estimarse el recurso.

## Sentencia 374/2011, Sala Segunda del TS, de 10 de mayo

Ponente: **Joaquín Giménez García**

Resumen: **Tráfico de drogas**

Artículo: **368 Código Penal**

**Se ofrece un completo resumen de la jurisprudencia recaída tras la entrada en vigor de la LO 5/2010, en lo que se refiere a la eventual apreciación de la modalidad atenuada de tráfico de drogas introducida en el artículo 368 del Código Penal.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Cuarto.—**Por lo que se refiere a la aplicación del nuevo tipo privilegiado del párrafo 2.º del art. 368 Cpenal, hay que recordar con la reciente STS 337/2011 de 18 de abril que el origen de tal tipo privilegiado se encuentra en la decisión del Pleno no Jurisdiccional de Sala de 25 de octubre de 2005, según el cual *«... cuando se trate de cantidades módicas de penas deberían ser de seis meses a dos años cuando se trate de sustancias que no causen grave daño a la salud y de dos años a cinco años si se trata de sustancias que sí causan grave daño a la salud...».*

Como redacción alternativa, también se aprobó la posibilidad de añadir un segundo párrafo al actuar art. 368 Cpenal con el siguiente texto: *«... No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los Tribunales podrán imponer la pena inferior en un grado atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable...».*

Esta redacción alternativa aprobada por el Pleno ha sido la que, finalmente se ha acogido en la LO 5/2010, de 22 de junio, como expresamente se reconoce en la propia Exposición de Motivos de la Reforma, apartado XXIV:

*«... Asimismo se acoge la previsión contenida en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2005 en relación con la posibilidad*

*de reducir la pena respecto de supuestos de escasa entidad, siempre que no concurra ninguna de las* circunstancias recogidas en los arts. 369 bis., 370 *y siguientes...».*

En general la aplicación jurisprudencial que viene efectuándose de este tipo privilegiado, desde la doble perspectiva contemplada en el tipo: escasa entidad del hecho y circunstancias personales del culpable, se ha traducido en supuestos que se refieran a *«venta al menudeo»,* es decir, el último eslabón de la red clandestina de venta, efectuado normalmente por drogodelincuentes, es decir, por persona que financia su toxicomanía con la venta de papelinas, requisito este último que no puede estimarse de concurrencia inexcusable.

En tal sentido se pueden citar las siguientes resoluciones de esta Sala que han aplicado este tipo privilegiado.

STS 32/2011, primera que aplicó el tipo privilegiado. De la misma, retenemos el siguiente párrafo contenido en el penúltimo párrafo del f.jdco. tercero en el caso de *«... ofrecimiento en venta por el condenado a funcionarios policiales de paisano de sustancias estupefacientes, en concreto, se le ocupó en posesión de 0,650 gramos de cocaína con una concentración del 14,4% y de once pastillas de 2-CB (feniletilamina, diseñada a partir de la mezcalina), que igualmente tenía destinadas a la venta, sustancias que han sido valoradas en 56,94 euros...».*

Se dice en la sentencia que se está en presencia de un vendedor de papelinas que constituye el último eslabón de la venta al menudeo siendo adicto al consumo de drogas, considerándose que esta situación encaja en el tipo privilegiado, teniendo en cuenta la escasa gravedad del hecho y la menor culpabilidad del sujeto.

STS 51/2011, de 11 de febrero, en el caso de la ocupación de cinco papelinas de heroína con un peso total de 1,8 gramos con valor económico no establecido y por persona emigrante que se dedicaba a la venta al menudeo, y por lo tanto situado en el último eslabón de la cadena existiendo duda sobre su condición de consumidor.

STS 168/2011, de 22 de marzo, en este caso se trataba según el *factum* de una mujer, Marina, conocida por Paola que trabajaba en un club de alterne y que facilitaba a los clientes que acudían al mismo, y le demandaban, cocaína. Según el relato en el registro de su taquilla se le encontraron 28 papelinas con un peso total de 11,346 gramos de cocaína con una concentración del 24,8% y un valor en el mercado de 899,93 euros y 10 euros. Dicha substancia la tenía para su entrega a los clientes.

Ya en la fundamentación, al resolver el motivo séptimo del recurso de la insinuada Marina se razona que la petición de la recurrente de que se le aplicase el tipo privilegiado del art. 368-2.º Cpenal *«... es razonable y lo apoya el Fiscal. En la hipótesis concernida, aunque nos enfrentemos, a un acto aislado de tráfico, sino a múltiples actos, no impide considerar el hecho de escasa gravedad por tratarse de venta al menudeo, llevado a cabo por persona adicta y en el marco de una relación de prostitución, cuyas condiciones de trabajo vienen impuestas por la disciplina de los encargados del local...».*

En consecuencia se estimó este motivo y se le impuso la pena de un año de prisión y seis meses y multa de 600 euros, frente a la condena de tres años de prisión que se le impuso en la instancia.

STS 241/2011, de 11 de abril, en el caso de vendedor de una sola papelina de cocaína sin ocupársele más substancias, siendo el sujeto extranjero, en situación irregular en España.

STS 242/2011, de 6 de abril, en el caso de una vendedora de dos papelinas de cocaína que constituye el último eslabón de venta al menudeo con una invocada —-pero no probada— adicción a sustancias estupefacientes.

STS 298/2001, de 19 de abril, en el caso de venta de una papelina de cocaína de 0,51 gramos y concentración del 49,93%, por importe de 30 euros.

STS 337/2011, de 18 de abril, en el caso de la venta de una papelina de cocaína con un peso de 0,090 gramos y una concentración del 85,5 %, con un valor en el mercado de 13,07 gramos.

Justo es reconocer la existencia de algunas sentencias que se han opuesto a la aplicación del tipo privilegiado.

Citamos dos:

STS 239/2011, de 6 de abril, en el caso de la venta de 0,074 gramos de anfetamina con concentración al 80,80%, ocupándosele al vendedor 40 euros por la venta intervenida. También se le ocuparon otros 20 euros, según el *factum* de ventas anteriores.

Retenemos el f.jdco. tercero que justifica la no aplicación del subtipo privilegiado en los términos siguientes:

*«... Finalmente se insta la aplicación, favorable, y por ello de retroactividad admisible, de la nueva norma establecida en el* art. 368 *del Cpenal que autoriza al Tribunal a rebajar la pena en un grado atendiendo a la entidad en caso del hecho y a las circunstancias personales del acusado.*

*Ya hemos indicado que el hecho consistió en actos reiterados de tráfico y que personalmente el acusado no está revestido de ninguna específica calidad que aconseje considerarle merecedor de pena inferior en grado a la prevista para los casos generales...».*

Hay que poner el segundo párrafo transcrito en lo referente a la reiteración de actos de venta con el hecho de que en el *factum* se diga, escuetamente, que *«... en su cartera (se ocupó) un billete de 20 euros que el acusado tenía de anteriores ventas...».* Dicha sentencia cuenta con un voto particular.

STS 269/2011, de 14 de abril, en el caso se trataba no de un acto de tráfico esporádico u ocasional, toda vez que los funcionarios policiales relataron dos operaciones diferentes —en el *factum* se recogen dos ventas los días 6 de noviembre y 9 de noviembre— y que además en el segundo día se le ocuparon dos envoltorios que contenían un total de 0,47 gramos de heroína.

## Sentencia 372/2011, Sala Segunda del TS, de 10 de mayo

Ponente: **Francisco Monterde Ferrer**

Resumen: **Tenencia ilícita de armas**

Artículos: **563 Código Penal**

**Se precisa el alcance del tipo previsto en el artículo 563 del Código Penal (tenencia ilícita de armas), en el supuesto de las «defensas eléctricas».**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Octavo.—**El octavo motivo se formula por infracción de ley, al amparo del art 849.1 LECr, por indebida aplicación del art. 563 CP.

1. Se considera que ha habido infracción del precepto penal citado en relación con el art. 5 del Reglamento de Armas, porque no se ha acreditado que las defensas eléctricas sean potencialmente lesivas, habiendo sido encontradas, tras el concierto, en sus cajas y sin sus pilas, no constando tampoco que estuvieran a disposición del público. Tampoco consta que hubieran sido adquiridas por el propio recurrente.

2. El aplicado artículo 563 del CP, simplemente viene a decir que castiga, con la pena que indica, «*la tenencia de armas prohibidas*». Como tipo penal en blanco que es, hay que recurrir al Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas, cuyo artículo 5.1 precisa que «*Queda prohibida la publicidad, compraventa, tenencia y uso, salvo por funcionarios especialmente habilitados, y de acuerdo con lo que dispongan las respectivas normas reglamentarias de: c) Las defensas eléctricas, de goma, tonfas o similares*».

Ahora bien, si examinamos la doctrina de esta Sala, podemos ver que la STS núm. 24/2004,

de 24-2-2004, afirmó que el art. 563 CP en su primer inciso no consagra una remisión ciega a la normativa administrativa, cualquiera que sea el contenido de ésta, sino que el ámbito de la tipicidad penal es distinto y más estrecho que el de las prohibiciones administrativas.

Así, como recuerda la STS n.º 811/2010, de 6 de octubre, tal reducción del tipo se alcanza, en primer lugar, en el plano de la interpretación literal o gramatical, a partir del concepto de armas, excluyendo del ámbito de lo punible todos aquellos instrumentos u objetos que no lo sean (aunque su tenencia esté reglamentariamente prohibida) y que no tengan inequívocamente tal carácter en el caso concreto. Y, según el Diccionario de la Real Academia, son armas aquellos «instrumentos, medios o máquinas destinados a ofender o a defenderse», por lo que en ningún caso será punible la tenencia de instrumentos que, aunque en abstracto y con carácter general puedan estar incluidos en los catálogos de prohibiciones administrativas, en el caso concreto no se configuren como instrumentos de ataque o defensa, sino otros, como el uso en actividades domésticas o profesionales o el coleccionismo.

Y, en segundo lugar, y acudiendo ahora a los principios generales limitadores del ejercicio del *ius puniendi,* la prohibición penal de tener armas no puede suponer la creación de un ilícito meramente formal que penalice el incumplimiento de una prohibición administrativa, sino que ha de atender a la protección de un bien jurídico (la seguridad ciudadana y mediatamente la vida y la integridad de las personas, como anteriormente señalamos) frente a conductas que revelen una especial potencialidad lesiva para el mismo. Y además, la delimitación del ámbito de lo punible no puede prescindir del hecho de que la infracción penal coexiste con una serie de infracciones administrativas que ya otorgan esa protección, por lo que, en virtud del carácter de última ratio que constitucionalmente ha de atribuirse a la sanción penal, sólo han de entenderse incluidas en el tipo las conductas más graves e intolerables, debiendo acudirse en los demás supuestos al Derecho administrativo sancionador, pues de lo contrario el recurso a la sanción penal resultaría innecesario y desproporcionado.

La concreción de tales criterios generales nos permite efectuar nuevas restricciones del objeto de la prohibición, afirmando que la intervención penal sólo resultará justificada en los supuestos en que el arma objeto de la tenencia posea una especial potencialidad lesiva y, además, la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias tales que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana. Esa especial peligrosidad del arma y de las circunstancias de su tenencia debe valorarse con criterios objetivos y en atención a las múltiples circunstancias concurrentes en cada caso, sin que corresponda a este Tribunal su especificación. Esta pauta interpretativa resulta acorde, por lo demás, con la línea que, generalmente, viene siguiendo el Tribunal Supremo en la aplicación del precepto en cuestión.

Recapitulando, a tenor del art. 563 CP las armas cuya tenencia se prohíbe penalmente son, exclusivamente, aquellas que cumplan los siguientes requisitos: en primer lugar, y aunque resulte obvio afirmarlo, que sean materialmente armas (pues no todos los objetos prohibidos con ese nombre en la norma administrativa lo son); en segundo lugar, que su tenencia se prohíba por una norma extrapenal con rango de ley o por el reglamento al que la ley se remite, debiendo excluirse del ámbito de prohibición del art. 563 CP todas aquellas armas que se introduzcan en el catálogo de los arts. 4 y 5 del Reglamento de armas, mediante una Orden ministerial conforme a lo previsto en la disposición final cuarta, por impedirlo la reserva formal de ley que rige en material penal; en tercer lugar, que posean una especial potencialidad lesiva y, por último, que la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana, quedando excluida la intervención del Derecho penal cuando no concurra realmente ese concreto peligro sin perjuicio de que se acuda, en ese caso, al Derecho administrativo sancionador (STC 111/1999, de 14 de junio).

A través de esta interpretación restrictiva, el tipo resulta compatible con las exigencias constitucionales derivadas del principio de legalidad, tanto desde la perspectiva de las garantías formales y materiales inherentes al principio de

reserva de ley, como desde la perspectiva de la proporcionalidad de la reacción penal; pues bien solamente así entendido el precepto puede ser declarado conforme a la Constitución. Todo ello sin perjuicio de dejar constancia de la conveniencia de que el legislador defina expresamente el tipo del art. 563 CP con mayor precisión formal».

3. A pesar de las expresadas cautelas del Tribunal Constitucional en cuanto a la integración del tipo penal con normas reglamentarias, podemos afirmar, en principio, que la consideración como arma prohibida de una defensa eléctrica no puede excluirse con el razonamiento que hace el Tribunal de instancia.

En efecto, hemos afirmado en STS 1511/2003, de 17 de noviembre, que el concepto normativo de armas prohibidas obliga a delimitar su alcance, acudiendo, como precepto en blanco que es, a las disposiciones reglamentarias que definen o establecen enumerativamente esta clase de armas, en concreto el Real Decreto núm. 137 de 29 de enero de 1993.

La remisión a la norma reglamentaria tiene la precisión necesaria para salvar la inconstitucionalidad que supondría la indeterminación (*lex certa*) con la consiguiente infracción del principio de legalidad. Los requisitos que ha venido exigiendo el Tribunal Constitucional (SS. 5.7.90, 16.6.92, 28.2.94), se resumen en los siguientes:

a) Que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón a la naturaleza del bien jurídico protegido.

b) Que la norma penal, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición.

c) Que se satisfaga la exigencia de la certeza, es decir, que se dé suficiente concreción para que la con conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, resultando de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo, con la posibilidad de conocer cuál sea la actuación penalmente castigada.

Y, precisamente por no darse esta última exigencia, la STS. 1390/2004 de 22.11, recuerda como la jurisprudencia de esta Sala ha excluido de la tipicidad las prohibiciones meramente relativas condicionadas a lo que puedan disponer las respectivas normas reglamentarias en los términos del párrafo 1 del art. 5 del RD citado, y el apartado 1, h) del art. 4 del mismo texto, en cuanto incluye una cláusula analógica, al referirse a cualesquiera otros instrumentos especialmente peligrosos para la integridad física de las personas.

Por tal razón, la STS de 20-12-2000 no consideró arma prohibida el rifle provisto de silenciador; la núm. 74 de 22-1-01, el sable; la núm. 163 de 9-2-01, el spray de defensa personal; la de 17-2-03 el silenciador; y la núm. 1160/04, de 13-10-04, la navaja de 14 cm de hoja; la de 18-11-2004 la navaja de un solo filo y 12,5 cm de hoja; la núm. 369/2003 de 15-3-2003, excluyó del carácter de arma prohibida la pistola de aire comprimido apta para disparar bolas de plástico de 6 mm. de diámetro, por no aceptar una interpretación extensiva contra reo de las previsiones de la letra H) del art. 4.1 del RD que aprueba el reglamento de Armas. La STS núm. 953/2001 de 18-5-2001 considera, en cambio, arma prohibida a la estrella ninja o xiriquete, y la 1350/2004 de 18-11-2004, al bolígrafo-pistola con un cartucho en la recámara.

Y —nos sigue precisando la citada sentencia de esta Sala STS n.º 811/2010, de 6 de octubre—, que lo que realmente quiere significar la doctrina contenida en aquellas resoluciones, es que las únicas armas que deben considerarse prohibidas, por la simple remisión normativa directa, son las del art. 4, ya que las contenidas en el siguiente, su carácter prohibitivo debe concretarse «de acuerdo con lo que dispongan las respectivas normas reglamentarias», como preceptúa en su apartado primero.

No obstante, la condición de prohibido del instrumento poseído por los procesados viene impuesto desde perspectivas hermenéuticas formales y materiales.

Desde el punto de vista formal, la remisión a las armas prohibidas, sin mayores precisiones, nos conduce a la Sección 4.ª del Capítulo preliminar del Reglamento intitulado «Armas prohibidas», en el que se establece una relación de los

que se consideran tales en los arts. 4.º y 5.º, que son los integrantes de tal sección.

Ambos preceptos se introducen a través de conductas nucleares similares: «Se prohíbe la fabricación, importación, circulación, publicidad, compraventa, tenencia y uso de las siguientes armas y sus imitaciones».

Por su parte el art. 5 nos dice: «Queda prohibida la publicidad, compraventa, tenencia y uso....» y en el apartado c) se mencionan a las «defensas eléctricas, de goma, tonfas o similares».

Únicamente habría que estar a lo que dispongan las respectivas normas reglamentarias y respecto a dichas defensas eléctricas no se autoriza el uso o tenencia de las mismas, a cualquier persona.

Desde el punto de vista material, el instrumento intervenido lleva implícita una acusada peligrosidad en su uso ofensivo o defensivo, dada la virtualidad para ocasionar un quebranto grave en la integridad corporal de terceros.

4. Y en esta línea esta Sala en sentencias —algunas de las cuales ha citado el propio tribunal *a quo*— apreció, con base en un informe pericial ratificado en la Vista, que la defensa eléctrica, que funciona correctamente, actúa sobre el organismo con un efecto paralizante temporal, que si es persistente puede producir lesiones graves, máxime si se trata de enfermos crónicos, cardiacos o con dispositivos electrónicos implantados en el organismo (Cfr. STS. 1390/2004 de 22.11); o que la defensa eléctrica es «un arma de defensa que produce descargas eléctricas de alto voltaje y baja intensidad», cuya utilización produce el efecto de «descontrolar los movimientos musculares, dependiendo sus efectos de la intensidad de la corriente y de la duración de la misma» (Cfr. STS. 1271/2006 de 19.12); o bien que se trata de un objeto que emite pequeñas descargas de entre 35 y 50 mil voltios, «siendo arma de defensa que puede provocar fuertes contracciones con descontrol del sistema neuromuscular y posibilidad de originar perdida de equilibrio...» (Cfr STS 1511/2003 de 17.11).

## Sentencia 511/2011, Sala Segunda del TS, de 16 de mayo

Ponente: **Luciano Varela Castro**

Resumen: **Estimación de la prescripción en la Audiencia preliminar del abreviado**

Artículos: **666.1.º y 786.2 LECrim**

**Se estima el recurso del Fiscal por vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva al haberse declarado la prescripción del delito en la audiencia preliminar del procedimiento abreviado impidiendo, en una errónea intelección del principio acusatorio, la continuación del juicio y práctica de las pruebas sobre circunstancias fundamentadoras del título de imputación que la acusación había hecho valer.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.—**1. El primero de los motivos formulados por el Ministerio Fiscal en su recurso denuncia, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por haberse declarado prescrita la responsabilidad penal del acusado sin celebración del juicio oral.

Estima que la declaración de extinción de la responsabilidad penal de quien es acusado, en un procedimiento abreviado, ha de ser posterior a la celebración del juicio oral, aun cuando se debata

en el marco de la audiencia preliminar a que se refiere el artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Además, la alegada prescripción depende de presupuestos cuya constancia está lejos de alcanzar la inequivocidad que autorice a excluir la práctica de los medios probatorios a realizar en el juicio oral que la sentencia de instancia excluyó.

2. La sentencia de instancia parte de que los hechos, tal como se exponen ya por las acusaciones del Ministerio Fiscal y particular, no serían nunca constitutivos del subtipo agravado de estafa del artículo 250.7 del Código Penal. Por ello no estima necesaria la práctica de la prueba que acredite un hecho ya asumido siquiera hipotéticamente como acreditado.

Parte esa consideración de una *valoración,* a efectos de subsunción en la norma citada, de la descripción histórica de la acusación (conclusión primera de las calificaciones provisionales). Y considera que falta en ella el *plus* de antijuricidad, respecto a la determinante de la agravación genérica de abuso de confianza, en las relaciones entre autor y perjudicado de tal delito de estafa, que se reclama para la específica agravación de que se trata en el artículo 250.7 del Código Penal.

Y concluye que, tal como deriva del principio acusatorio, no podría ser dictada sentencia condenatoria por tal título, ni aun en el caso de admitirse la totalidad del relato fáctico. Presupone que ello exigiría la toma en consideración de *otros hechos.* Dado que, no habiéndose hecho exposición concreta de los mismos en la calificación provisional, no se habría dado información a la defensa, la preclusión de tal añadidura fáctica, predetermina una calificación de menor gravedad respecto de la cual ya habría ocurrido la prescripción. Y por ello, cortando la continuidad del juicio, dicta sentencia absolutoria.

**Segundo.—**La primera cuestión que suscita la línea argumental de la sentencia recurrida es la de la corrección del entendimiento del *principio* acusatorio.

Este principio constituye la base del *sistema* acusatorio de enjuiciar que se integra, además, por otros elementos. Conforme a aquél, la sentencia ha de establecer la verdad o falsedad de la afirmación sobre el hecho objeto del proceso, que no puede ser otro que el imputado por la acusación. El sistema procesal inspirado en dicho principio impone que para su observancia quien formaliza la acusación no pueda integrarse en el órgano que juzga.

Paralelamente las exigencias del principio de defensa, al que también es funcional el citado acusatorio, reclama la previa comunicación al acusado de todas las circunstancias del hecho imputado que acarreen consecuencias jurídicas sobre el título de condena y la medida de la sanción. Y ello en tiempo que permita dicha defensa.

No obstante no toda modificación de aquellas circunstancias implica una alteración del hecho objeto del proceso. De ahí que la apertura de un nuevo procedimiento por su mera añadidura, en una eventual acusación posterior a la decisión de un anterior proceso concluido por sentencia resulte incompatible con la cosa juzgada que acarrea tal sentencia.

Ello no es óbice para que, por exigencia del más amplio principio de defensa, aquella modificación deba ser comunicada de manera temporánea para que sea posible su debate e incluso, en su caso, la práctica de prueba al respecto. Lo que traslada el problema de su *admisibilidad* a la cuestión del *momento* de su formulación y a la preclusión definitiva para tal alteración.

El principio de inmodificablidad del objeto del proceso no excluye tales alteraciones, que no atañen al hecho justiciable en lo sustancial. Y, por otra parte, el principio acusatorio refiere la exigencia de correlación, entre el hecho acusado y el hecho establecido en la sentencia, al hecho tal como queda relatado en las conclusiones definitivas y no en las provisionales.

Cosa distinta es que, cuando la naturaleza de las mismas lo impone, se confiera a las partes las facultades a que se refiere el artículo 788.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, precisamente ya y sólo a los efectos del derecho de defensa, que no del principio acusatorio.

(...)

En el caso que juzgamos nada autoriza a excluir que la prueba que podría haberse practica-

do, de no excluirlo la decisión recurrida, arroje información sobre circunstancias fácticas que, aunque no sustanciales, permitan valorar que el hecho, tal como es propuesto en la calificación provisional, sí se adecua al título de tipicidad asumido por la pretensión de la acusación. Sin que la formulación de eventuales conclusiones definitivas, que recojan tal resultado de la prueba, pueda estimarse inadmisible, ni por exigencia del acusatorio ni por proscripción de la indefensión.

En reiteradas Sentencias de este Tribunal —entre ellas la 222/2002 de 15 de mayo—, se advierte que para fijar la pena, cuya medida es determinante del período de prescripción que extingue la responsabilidad penal ha de *tenerse en cuenta la exasperación penal derivada de la posible aplicación de subtipos agravados o de la continuidad delictiva.*

Además, insistimos en la Sentencia de este Tribunal Supremo 336/2007 de 13 de junio que: *... para que la prescripción del delito pueda acordarse por la vía de los artículos de previopronunciamiento —tanto más en un momento anterior—, es necesario que la cuestión aparezca tan clara que de modo evidente y sin dejar duda al respecto, puede afirmarse que, sin necesidad de la celebración del juicio oral, ha transcurrido el plazo designado al efecto por la Ley...». No en este caso de autos, en el que la petición de las partes acusadoras de subtipos agravados y la continuidad delictiva, permitían ampliar el marco de la acusación hasta la pena de prisión mayor —en este caso 6 años—. En esta situación, lo procedente era y es diferir la cuestión al Tribunal sentenciador después de la celebración de la vista oral, siendo consecuencia de ello resolver la cuestión en sentencia.*

Por ello al obstarse la continuación del juicio e impedirse la práctica de prueba sobre esas circunstancias fundamentadoras del título de imputación de la acusación, se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuyo contenido se integra muy especialmente por el derecho a esa prueba.

**Tercero.—**Bastaría lo anterior para estimar el motivo. No obstante también cabe añadir, para llegar al mismo resultado, consideraciones de orden procedimental. Nos referimos al diverso tratamiento dado por la ley de enjuiciar a la tramitación de las cuestiones previas en el procedimiento ordinario y en el abreviado.

Ciertamente el artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, permite tratar en la sesión de comienzo del juicio oral las mismas materias que constituyen el objeto de los artículos de previo pronunciamiento en el denominado procedimiento ordinario (artículo 666 y siguientes de la misma ley).

Ahora bien, en el abreviado, la tramitación se limita a un turno de intervenciones, tras las cuales el Juez o Tribunal, resuelve en el mismo acto y con exclusión de cualquier recurso interlocutorio. En el ordinario, además de una tramitación diversa, con admisión de prueba documental, la decisión admite recursos devolutivos interlocutorios. En el caso de alegarse prescripción, cabe un recurso devolutivo contra la decisión que la proclama y que, además, ha de ser precisamente la de sobreseimiento libre y no sentencia. No obstante lo cual es doctrina jurisprudencial reiterada que la adopción de tal decisión no es ineludible con tal adelanto y que es aconsejable la remisión a la sentencia, tras la plena celebración del juicio oral, cuando el Tribunal no cuenta con elementos de juicio suficientes para establecer los datos de hecho de los que aquella decisión depende.

Tales diferencias de tratamiento de la misma cuestión, según el procedimiento en que se suscita, no pueden dejar de afectar a la cuestión que aquí se nos propone.

La primera es que el legislador parece presuponer que el procedimiento solo cabe que concluya por sentencia y no por auto de sobreseimiento. Porque es en el recurso contra ésta en el que cabe reiterar la pretensión ante el órgano *ad quem*. Tal como autoriza, pero también impone, el inciso final del artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal antes citado. La conclusión mediante sentencia, por otra parte, al menos en principio, presupone la celebración del juicio oral y, por ello, de la prueba. Siquiera no exija que en la misma, de estimarse que concurre el presupuesto de la prescripción se eluda entrar a decidir las demás cuestiones que la declaración de extinción de responsabilidad hace

innecesario examinar (Sentencia del TS de 22 de octubre de 1994).

Ciertamente en alguna Sentencia de este Tribunal (9-12-2010) admitimos la clausura del procedimiento por auto en ese momento. Pero en tal específico caso el presupuesto de la prescripción concurría de manera inequívoca sin posibilidad de ulterior reconsideración.

Pero no solamente debe practicarse la prueba en cuanto presupuesta por la sentencia que ha de poner fin al procedimiento. También porque solamente dicha práctica hace efectiva la facultad de formular conclusiones definitivas, diversas de las provisionales, que incluyan datos de los que dependa la modificación de la tipificación inicialmente propuesta —si no implica variación sustancial del objeto del proceso— o de la participación, grado de ejecución o circunstancias que modifiquen la responsabilidad atribuida al acusado. Y eso lo autoriza la ley procesal para el procedimiento abreviado sin quiebra de la defensa, tal como deriva de la posibilidad que se otorga al acusado de solicitar los aplazamientos, formular las alegaciones o hacer las propuestas de nuevas pruebas, a que se refiere el citado artículo 788.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Aun cuando se pudiera considerar que esta línea argumental no reconduce necesariamente al ámbito constitucional, por no afectar al derecho fundamental a la tutela judicial, al menos en el ámbito de la legalidad ordinaria priva de validez a la decisión recurrida.

También por ello el motivo debe estimarse.

## Sentencia 472/2011, Sala Segunda del TS, de 19 de mayo

Ponente: **Joaquín Giménez García**

Resumen: **Juicio con jurado. Inexistencia de prueba de cargo y absolución**

Artículos: **24 CE y 49 Ley Orgánica del Tribunal del Jurado**

**Vulneración del derecho al debido proceso de quien, habiendo resultado absuelto en sentencia dictada por el Magistrado Presidente por inexistencia de prueba de cargo previa disolución del Jurado, resulta posteriormente sometido a nuevo enjuiciamiento a consecuencia de conclusión a la que llega el tribunal de apelación valorando unos indicios conectados con pruebas personales.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**I.** (...)

El recurrente formaliza un único recurso de casación que por el cauce del *error iuris* del art. 849-1.º LECriminal denuncia como indebidamente aplicado el art. 49 LOTJ en relación con el art. 24 de la Constitución con vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

(...)

(...) es patente que se está en presencia de una norma procesal pero que desborda claramente tal naturaleza para tener una proyección en derechos fundamentales, y por eso resulta correcta la conexión que efectúa el recurrente del art. 24 de la Constitución y, en concreto, del derecho a la presunción de inocencia, y ello, no es tanto porque el recurrente haya sido juzgado y condenado sin pruebas, ya que la decisión de la sentencia en apelación fue, solo, someterlo a nuevo enjuiciamiento sino porque el argumento esencial del recurso que formalizó ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el Ministerio Fiscal fue que el Presidente del Tribunal había hecho un uso *«erróneo»* de la facultad que le concede el art. 49 LOTJ de excluir del conocimiento del Jurado la acción imputada al Jurado cuando estime que no existió prueba de cargo.

Esta tesis fue aceptada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que efectuó una nueva revaloración de las pruebas, más concretamente de los indicios tenidos en cuenta por el Juez-Presidente del Jurado para justificar su decisión de excluir del veredicto al recurrente.

(...)

**V.** Ciertamente que no se está ante el supuesto de una sentencia absolutoria en instancia que es convertida en condenatoria en base a una nueva valoración de pruebas de naturaleza personal efectuado por el Tribunal de apelación sin un examen directo y personal de todas estas pruebas.

(...)

**VI.** Es cierto, pero no menos es cierto, también, que la decisión de someter a una persona absuelta a nuevo enjuiciamiento lo ha sido en base a una conclusión distinta obtenida por el Tribunal de apelación valorando *longa manu* unos indicios conectados con pruebas personales, llegando a conclusión distinta de aquella a la que llegó el Presidente del Jurado ante el que se practicaron las pruebas, por lo que es patente la analogía existente en ambas situaciones, y por tanto la conclusión debe ser la misma: la de estimar, no tanto la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del recurrente, porque él no ha sido condenado, sino la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, que en definitiva es lo que late en la argumentación del motivo del recurrente.

En conclusión, ninguna objeción cabe oponer a la admisibilidad del motivo, y ya entrando en el fondo que en gran medida ha quedado prejuzgado con la argumentación anterior, verificamos que en la sentencia de instancia el Presidente del Jurado con una meticulosidad y detalle que deben ser reconocidos, en el extenso f.jdco. segundo —-cinco folios— argumentó que en relación al imputado y actual recurrente Sr. Victorino se está *«... ante una apariencia de existencia de pruebas, pero que según los parámetros exigidos por dicha doctrina con relación a la declaración del coimputado, no podría considerarse como prueba de cargo...»*.

**VII.** En síntesis, se dijo que la declaración incriminatoria en relación a Victorino fue realizada en fase de instrucción por el coimputado y condenado (no recurrente) Jesús Miguel, pero esta persona no ratificó tal acusación en el Plenario, sino que se retractó de su anterior declaración. (...)

**VIII.** En esta situación, el Presidente del Tribunal del Jurado aplicó la constante y reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala (que por reiterada eximimos de la oportuna cita), de que la declaración del coimputado, por sí sola es una prueba sospechosa y está precisada de que tenga una corroboración externa y precisamente en relación a la actuación concernida del coimputado en el hecho enjuiciado y verificó que de los diversos indicios que pudieran tener un valor corroborador en el sentido expresado, en una valoración conjunta carecían de tal carácter corroborador, explicando en la sentencia la razón por la que tales indicios (que eran los siguientes) no tenían tal aptitud.

(...)

**IX.** Por su parte la sentencia de apelación dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, estimando el recurso de apelación formalizado por el Ministerio Fiscal, estimó que sí existió tal corroboración que permitía someter al absuelto a nuevo enjuiciamiento.

(...)

(...) es decir que sí existieron corroboraciones en una valoración de conjunto de todos los indicios, singularmente de dos de ellos: que el Sr. Victorino estuvo en el Ayuntamiento de Laguardia en las reuniones en que se trató el tema del campo de golf y del tráfico de llamadas entre él y Jesús Miguel.

(...)

Por lo demás, es patente la conexión entre los pretendidos indicios y las declaraciones personales que a ellas se refieren por lo que la nueva valoración efectuada por el Tribunal de apelación sobre todo en relación a la existencia de relaciones comerciales contra el tráfico de llamadas o al interés del recurrente en el campo de golf manifestado en años anteriores ha supuesto una valoración de pruebas personales sin que el Tribunal de apelación haya procedido a escuchar nuevamente a las personas concernidas.

**XI.** Concluimos:

No ha existido una utilización errónea de las facultades que al Magistrado Presidente le concede el art. 49 de la LOTJ, y la decisión del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco admitiendo el recurso del Ministerio Fiscal acordando el sometimiento del absuelto a un nuevo enjuiciamiento, ha supuesto una vulneración del derecho a un juicio con todas sus garantías con evidente incidencia en el derecho a la presunción de inocencia.

Procede la estimación del motivo.

## Sentencia 517/2011, Sala Segunda del TS, de 20 de mayo

Ponente: **Joaquín Giménez García**

Resumen: **Incendio**

Artículo: **351 Código Penal**

**Se expone con precisión el alcance de la modalidad atenuada del delito de incendio por la no concurrencia de peligro para las personas.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Sexto.—**Abordamos conjuntamente los motivos tercero y cuarto.

El motivo tercero, por el mismo cauce que el anterior del *error iuris*, denuncia como indebida la aplicación del art. 351 Cpenal. Se alega que desde el respeto a los hechos probados, los hechos no pueden ser calificados como constitutivos de un delito de incendio terrorista. El motivo cuarto, solicita la aplicación del tipo privilegiado del art. 351 párrafo segundo a sancionar con la pena correspondiente al delito de daños.

En la argumentación, se dice que el incendio duró seis segundos y que se apagó por sí mismo por falta de oxígeno en la combustión, y que el propio video de los hechos así lo acredita, y de ello se deriva que no existió riesgo para la vida e integridad de las personas.

Hay que recordar que la calificación jurídica de los hechos en la sentencia sometida al presente control casacional fue la de estimar los hechos constitutivos de un delito de incendio del art. 351 Cpenal, en grado de tentativa, delito de incendio que tenía una motivación terrorista y por ello aplicó también el art. 571 Cpenal sancionando los hechos con la pena de siete años, seis meses y un día de prisión para cada uno de los recurrentes.

La acción del delito de incendio, del art. 351 Cpenal, como se recuerda en la STS 338/2010 de 16 de abril, reiterada en la STS 432/2010 consiste en prender fuego a una cosa no destinada a arder, comportando su potencial propagación la creación de un peligro o riesgo cierto para la vida o integridad física de las personas, según la descripción contenida en el delito aplicado. Desde el punto de vista subjetivo, se exige el propósito de hacer arder la cosa o lugar de que se trate y la conciencia del peligro para la vida o integridad física de las personas, teniendo en cuenta el riesgo de propagación. Y debemos tener en cuenta, como recuerda la STS 969/2004 de 29 de julio, en relación con el elemento objetivo, que es irrelevante la entidad real que el fuego pueda alcanzar, siendo lo esencial el peligro potencial, la propagación, generado por la acción de prender fuego, y desde el punto de vista subjetivo, el dolo no comprende la voluntad de causar daños personales siendo suficiente la intención del agente de provocar el incendio y la conciencia del peligro no obstante lo cual continúa con su acción (STS 381/2001, de 13 de marzo). La intención del agente en este delito ha de abarcar solo el hecho mismo de provocar el incendio, no el peligro resultante para las personas, aunque éste debe ser conocido por él, al menos a título de dolo eventual (SSTS 142/97 de 5 de febrero,

2201/2001 de 6 de marzo de 2002 y 724/2003 de 14 de mayo).

La jurisprudencia ha tratado este delito como de peligro concreto (STS de 18 de febrero de 2003), o de naturaleza abstracta (STS 786/2003, de 29 de mayo), y ha considerado que el peligro para la vida e integridad física de las personas desencadenado por el fuego, a que se refiere el art. 351 Cpenal no es el necesario y concreto (exigido en cambio para el delito de estragos en el art. 346 Cpenal), sino el potencial o abstracto (SSTS 2201/2001 de 6 de marzo, 1263/2003 de 7 de octubre), o incluso se ha referido a él (STS de 7 de octubre de 2003), como a medio camino entre el peligro concreto y el abstracto (delito de aptitud), pues configura un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico, que a partir del Cpenal de 1995, dentro de los delitos contra la seguridad colectiva, ya no lo es el patrimonio sino la seguridad general y solo incidentalmente la propiedad (SSTS 1284/1998 de 3 de octubre, 1457/1999 de 2 de noviembre y 1208/2000 de 7 de julio).

En cualquier caso, lo que exige el precepto es que la acción incendiaria comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas, pero no que ponga en peligro real dichos bienes personales, y menos aún que sea necesario identificar a los sujetos pasivos de la acción, bastando por ello el riesgo de propagación y como consecuencia, la existencia de peligro para la vida o integridad física de las personas. Precisamente por ello se trata de un delito de consumación anticipada, pues se produce cuando se aplica el medio incendiario al objeto que se trata de incendiar con posibilidad de propagación, siendo por ello indiferente su mayor o menor duración y el daño efectivamente causado.

Ahora bien, en dicho artículo, se introdujo en la LO 7/2000 de 22 de diciembre un segundo párrafo que constituye una figura privilegiada del delito de incendio según el cual:

*«... Cuando no concurra tal peligro para la vida o integridad física de las personas, los hechos se castigarán como daños previstos en el* art. 266 de este Código...*».*

El origen de este párrafo se encuentra en la conveniencia de articular un tipo penal respetuoso con el principio de proporcionalidad que permitiera a los Tribunales disponer de un mecanismo que limitase la exasperación penal del art. 577 Cpenal que también fue modificado en dicha Ley y todo ello en clara referencia a lo que se ha dado en llamar *«terrorismo urbano»*.

Este nuevo tipo privilegiado se vertebra por dos notas:

a) No debe concurrir riesgo para la vida o la integridad de las personas físicas. Esta nota negativa constituye el núcleo definidor de este tipo.

b) La respuesta penal se deriva a las previsiones punitivas del art. 266 (daños), es decir se trata de un delito de incendio que por la ausencia de riesgo a la vida de las personas sanciona como delito de daños —es decir, un delito contra el patrimonio—, que si se produce en el ámbito del terrorismo urbano, supondrá la aplicación también del art. 577 Cpenal, con la exasperación penal correspondiente, pero consiguiéndose una respuesta punitiva más proporcionada a la real gravedad de los hechos, y sobre todo más justa en relación a los bienes jurídicos puestos en peligro.

Este tipo penal tiene una substantividad propia y que por tanto no es una suerte de tentativa del tipo básico —STS 338/2010 de 16 de abril—, sino un tipo autónomo que se vertebra alrededor de la nota de ausencia de riesgo o peligro para un tercero, con independencia que existan moradores en la vivienda o edificio afectado.

## Sentencia 483/2011, Sala Segunda del TS, de 30 de mayo

Ponente: **Perfecto Agustín Andrés Ibáñez**

Resumen: **Incomunicación**

Artículos: **17 y 24 CE y 509 y 520 LECrim**

**Se rechaza el valor convictivo de las declaraciones autoincriminatorias prestadas bajo régimen de detención incomunicada, ratificadas de manera ritual ante el juez de instrucción sin mayores precisiones aunque se habían denunciado malos tratos.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.—**(....)

La vigente disciplina constitucional del proceso penal, en lo que se refiere al tratamiento del imputado gira en torno a dos ejes fundamentales. Uno es el principio de presunción de inocencia y otro, en íntima conexión con éste, el derecho al *nemo tenetur se detegere*. Como es sabido, la incorporación de ambos principios, hoy traducidos en derechos fundamentales, se produjo por reacción frente a las aberraciones del proceso penal del *ancien régime*, que en materia de prueba miraba de forma prácticamente exclusiva a *extraer* del propio imputado, mediante tortura, la información precisa para condenarlo.

Esta evidencia y la bien fundada convicción de que, en todo caso, e incluso en los actuales marcos de legalidad constitucional estándar propios de los países de nuestro ámbito de cultura, la sujeción a proceso penal incide objetivamente sobre el imputado —no obstante su calidad de presunto inocente— con un inevitable potencial constrictivo, es lo que ha llevado a dotarle de la relevante garantía implícita en el segundo de los derechos aludidos: el que le permite guardar silencio y, cuando decide de forma voluntaria declarar, le exime de avalar con el juramento la veracidad de lo manifestado. Ello, con el fin evidente de liberarle, incluso, del coeficiente de presión moral que, en otro caso, pudiera filtrarse a través de la imposición de aquel como deber.

Por tanto, en una consideración global del sistema, el resultado es la renuncia expresa a servirse del imputado como fuente de prueba. De modo que, en rigor constitucional y legal, su negativa a declarar, ante la policía y/o ante el juez, debería, sin más, llevar a dar por concluidas las actuaciones en lo que a él se refiera.

En el caso a examen, la objeción de Custodia es que esto no se produjo, porque declaró coaccionada, lo que tendría que privar también de eficacia a la ratificación meramente ritual ante el instructor; rectificada en la indagatoria y en el juicio oral, donde la misma mantuvo su inocencia y dijo haber sido forzada a declarar cómo lo hizo.

Pues bien, es cierto que, tratándose de esta recurrente, su declaración autoinculpatoria es todo lo que hay, pues aquí —por lo que se explicará— no son aplicables las dos clases de elementos de corroboración externa a que se refiere la Audiencia (fundamento décimo primero). No lo son los obtenidos de los otros inculpados durante su incomunicación, desmentidos luego ante el instructor y en el juicio. De un lado, porque, conforme al art. 297 Lecrim, serían puro material de atestado carente de eficacia probatoria, según recuerdan con claridad meridiana las SSTC 134/2010, de 2 de diciembre y 68/2010, de 18 de octubre; como, entre otras, la de esta Sala STS 1228/2009, de 6 de noviembre, en la que, bien expresivamente, se lee que «la declaración autoinculpatoria en sede policial, no es una prueba de confesión ni es diligencia sumarial». De otro, porque, de todos modos, esas aportaciones se moverían siempre dentro del círculo de los coimputados; cuando se sabe bien que lo dicho por alguno de éstos contra quien participe de esa misma condición, precisa ser confirmado por datos de una procedencia externa a tal ámbito (entre muchas, STC 65/2003, de 7 de abril, 148/2008 y 149/2008 ambas de 17 de noviembre). Y, en fin, tratándose de Custodia, en contra de lo afirmado por la Sala, tampoco pueden afectarle en ningún sentido las declaraciones de los agentes de la Guardia Civil, fruto del seguimiento producido el del 8 de diciembre, por un hecho en el que ella no intervino, como consta en la propia sentencia.

En consecuencia, a tenor de tales presupuestos, hay que resolver acerca del valor convictivo de lo manifestado por aquella durante la inco-

municación, ratificado de manera ritual ante el juez sin más precisiones, cuando, también ante él alegó haber sido objeto de malos tratos policiales, y presentaba estigmas compatibles con esta circunstancia, ya acreditados durante la detención y conocidos entonces por el instructor.

Situados en este punto se impone tomar en consideración las reflexiones, dotadas de sólido apoyo doctrinal, normativo y jurisprudencial que, a propósito de la figura de la incomunicación, introduce el Fiscal, con total pertinencia, en su magnífico informe escrito.

La incomunicación, como ya lo indica el propio nombre, tendría como única justificación conjurar el peligro de que, tomando conocimiento del estado de la investigación, personas ajenas a ésta, eventualmente implicadas en la actividad perseguible que es su objeto, pudieran, en esos primeros pasos de la persecución, sustraerse a la acción de la justicia o hacer desaparecer vestigios comprometedores y útiles para el éxito de la misma (STC 7/2004, de 9 de febrero). Y, según se sabe, es un instituto, entre nosotros considerado constitucional, pero polémico, en la medida en que, al rebajar sensiblemente el régimen general de garantías del imputado, precisamente en los momentos en que éste resulta ser más vulnerable, potencia en idéntica medida los riesgos de desconocimiento de sus derechos, que tales prevenciones tendrían que evitar. Es a lo que se debe que las actuaciones policiales realizadas bajo la vigencia de ese régimen sean regular objeto de especial preocupación y seguimiento por parte del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, como lo demuestra su informe de octubre de 2008.

Siendo así, está plenamente justificado que la situación del imputado generada por la incomunicación sea una de las contempladas por el Tribunal Constitucional como de riesgo para el valor superior de la dignidad del ciudadano provisionalmente bajo la custodia física del Estado, que es lo que obliga a éste a acentuar las garantías (STC 224/2007, de 22 de octubre).

Tal es la razón por la que el juez —siempre garante de la regularidad de la detención de las personas privadas de libertad a su disposición— en el caso de que acuerde la incomunicación, deberá asumir todavía más a conciencia y con mayor eficacia, una posición vigilante, particularmente activa y comprometida, de la regularidad de la actuación policial.

El instructor evidenció esta actitud al disponer la incomunicación, cuando, según recuerda la propia Sala, impuso a la Guardia Civil la grabación en DVD o vídeo de todo el transcurso de la misma, como modo de acreditar las circunstancias de su desarrollo.

Pero, no, en cambio, lamentablemente, al recibir la información médica a la que se ha aludido, que le obligaba a indagar en concreto la posible causa de los traumatismos de Custodia. Y tampoco cuando, no obstante la reiteración de la denuncia de malos tratos realizada por ésta a su presencia, consintió en degradar su declaración judicial al *trámite* infralegal de mera burocrática ratificación de las actuaciones policiales en que se convirtió.

Es cierto que figura en la causa una diligencia dando cuenta de un accidente por alcance del automóvil policial en el que Custodia era trasladada, pero también lo es que ella atribuyó a este hecho la sola consecuencia de un dolor cervical, que fue asimismo lo único padecido por alguno de los agentes que la acompañaba en el vehículo. Y, desde luego, la dinámica de esa incidencia, que no consta que revistiera mayor gravedad, no explicaría todos los estigmas registrados en aquélla.

Por otra parte, se da la circunstancia de que como la propia Sala de instancia hace constar, aunque sin extraer consecuencias, la prescripción del instructor dirigida a documentar todas las incidencias de la detención policial incomunicada, a que se ha aludido, resultó abiertamente incumplida, lo que supone que la incomunicación se produjo con un déficit de garantías todavía mayor que el que ya inevitablemente incorpora por su propia naturaleza.

Es claro que aquí y en este momento, no se trata de enjuiciar el proceder de los agentes de la Guardia Civil (que ha sido o es objeto de una causa *ad hoc*), sino estrictamente la calidad procesal de los resultados y de los de la actuación del Juez de Instrucción, en orden a la formación de la convicción de la Audiencia sobre la imputación formulada contra la recurrente. Y, ya en

este plano, hay que decir que los primeros presentan indudables sombras, que no pueden dejar de afectar a su atendibilidad. Porque, en el contexto, lo denunciado por Custodia no es implausible. Y porque su declaración fue obtenida al margen y con omisión de la precisa cautela impuesta por el instructor al modo policial de operar. A lo que se une que el carácter meramente rutinario de la actuación de este último, no obstante las circunstancias que constan, hizo que no sirviera para aportar al fruto de la intervención de la Guardia Civil el *valor añadido* que solo la *interposición judicialefectiva* puede aportar. Por ello, la conclusión que se impone es que la fuente de conocimiento de que dispuso la Sala de instancia nunca dejó de ser exclusivamente policial, por el patente déficit de judicialidad señalado, y esto es algo que no podría darse sin grave daño del derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio.

Así, y por todo, el motivo tiene que estimarse.

## Sentencia 528/2011, Sala Segunda del TS, de 6 de junio

Ponente: **José Manuel Maza Martín**

Resumen: **Lesiones imprudentes. Transmisión de SIDA**

Artículo: **152 Código Penal**

**Frente al criterio de la Sala de instancia, que absolvió al imputado, entiende el Tribunal Supremo que concurren unas lesiones, por imprudencia grave, en un supuesto de transmisión de SIDA por mantener relaciones sexuales sin advertir de la existencia de la enfermedad.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.—**(....)

En efecto, la Audiencia, en una amplísima exhibición de conocimientos dogmáticos y sobre la base de la incuestionable ausencia de intención de lesionar a la recurrente ni a la hija de ambos (dolo directo), por parte del acusado, contagiándolas el virus del VIH que él padecía desde algún tiempo atrás, concluye en la inexistencia igualmente, no sólo de un posible dolo eventual sino, incluso, de una conducta imprudente, al afirmar la ausencia de un verdadero riesgo susceptible de desaprobación, toda vez que Gerardo seguía constante y rigurosamente, en las relaciones sexuales que mantenía con Araceli, las indicaciones médicas, protocolariamente consideradas como suficientes, consistentes en el uso de preservativo.

Y como quiera que ese uso, según las propias declaraciones de la mujer, se mantuvo en todas y cada una de las relaciones mantenidas entre ambos, los Jueces *a quibus* consideran, como ya dijimos, que el riesgo generado y asumido por el acusado era tan mínimo que ni en forma imprudente su conducta ha de ser considerada como penalmente típica.

Es preciso comenzar sentando que el hecho de que no comunicase la grave y contagiosa enfermedad que padecía a su pareja, por mucho que pueda ser justamente objeto de reprobación desde un punto de vista ético, no añade nada a la ilicitud penal de la conducta, que exclusivamente habrá de consistir en el hecho de haber realizado los actos que causalmente provocaron el contagio, con intención de ocasionarlos u omitiendo los exigibles deberes de cuidado.

Al respecto, tan sólo puede afirmarse *obiter dicta* que, caso de haber comunicado tal circunstancia y, a pesar de ello, consentido la mujer en seguir manteniendo tales relaciones

sexuales, ese consentimiento hubiere supuesto una exclusión plena de la responsabilidad para Gerardo.

Pero no siendo así, la referida ausencia de comunicación no puede considerarse por sí misma, según parece en algún momento entender la recurrente, como causa eficiente del gravísimo resultado acontecido.

Centrándonos únicamente, por tanto, en el análisis del comportamiento del acusado en tanto que acción causante del contagio, es decir, la realización de numerosos coitos sabedor de que padecía la contagiosa dolencia, es indudable que la utilización de preservativos, como los propios médicos le habían prescrito, no sólo elimina la presencia de un dolo directo, en esta ocasión impensable incluso para la propia recurrente, sino que aleja la posibilidad de apreciar el dolo eventual pues, cualquiera que fuere el criterio doctrinal que al respecto asumamos, lo cierto es que queda excluida tanto la hipótesis de una representación próxima de la causación del resultado directamente no querido, como la de la aceptación del mismo como consecuencia de la acción llevada a cabo, al igual que podría decirse respecto de la asunción de las consecuencias del riesgo generado.

No ocurre lo mismo, sin embargo, en relación con la calificación como imprudente de semejante conducta, que ha de ser considerada además como grave a los efectos de incluirla en las previsiones del artículo 152.1.2.º del Código Penal por la importancia del riesgo ocasionado y la entidad del resultado potencial derivado del mismo (el contagio del Sida), respecto de la conducta descrita en el relato de hechos probados de la recurrida, pues, aun con la utilización del preservativo, tal resultado, vinculado causalmente con los actos realizados por Gerardo, era no sólo evitable sino sin duda también previsible.

Basándonos para una afirmación semejante en la propia literalidad del *factum* de la Resolución de instancia cuando refiere que *«... en alguna ocasión el preservativo se rompió...»*, circunstancia evidente dadas las consecuencias, contagio y embarazo, producidas, que ha de ser complementada con la afirmación, contenida en el Fundamento Jurídico Primero de la recurrida, de que el preservativo se había roto *«... cuatro o cinco veces...»*, conclusión apoyada lógicamente en las pruebas de las que dispuso la Audiencia.

Y todo ello puesto que semejante dato resulta suficientemente revelador de que, por las razones que fuere (descuido en el uso del preservativo, defectuosa utilización del mismo o de su conservación o por la forma de producirse la práctica sexual en la pareja o por razones anatómicas de cualquiera de los miembros de ésta, etc.) lo cierto es que aquello que resulta tan excepcional en la generalidad de los casos, hasta el punto de que los protocolos médicos llegan prácticamente a despreciarlo cuando autorizan la relación sexual a un infectado con el único requisito de hacer uso de ese medio profiláctico, en el concreto caso de las relaciones sexuales entre Gerardo y Araceli se producía con esa frecuencia, relativa pero en modo alguno desdeñable.

Encontrándonos así ante un comportamiento descuidado, en el sentido de no poner la diligencia necesaria para evitar esas roturas o, en todo caso, susceptible de generar un riesgo real y efectivo, cualquiera que fuere el origen o causa del mismo, que se concretó en los lesivos resultados (constitutivos de *«grave enfermedad somática»*, art. 149.1.º CP) en las personas, primero de la pareja y luego de la hija de ambos, resultados que reúnen, a su vez, los requisitos de previsibilidad y evitabilidad necesarios para completar la configuración del supuesto culposo sancionado en el precepto penal de referencia.

Y todo ello junto con la evidente relación de causalidad entre dichos actos negligentes y los resultados, relación directa en el caso del contagio de la mujer e indirecta, a través del embarazo y con motivo del parto (*«transmisión vertical»*), pero en todo caso también causalmente vinculado con aquél, para la niña.

**Segundo.—**Dicho lo anterior y, por consiguiente, procediendo la estimación del Recurso, siquiera en forma parcial al no considerar los hechos como dolosos, procede ahora la calificación correcta de los mismos, decidiendo si nos hallamos ante un solo delito, con doble resultado, o dos delitos de lesiones imprudentes y, en

este segundo caso, si se trata de un supuesto de concurso real o ideal.

Así, hemos de rechazar desde un inicio la existencia del concurso real, toda vez que al producirse el contagio a la niña a través del sufrido primeramente por la madre, que se encontraba embarazada de ella, resulta evidente que nos hallamos ante una sola y exclusiva acción productora de sendos resultados.

Y a este respecto nos dice la STS de 16 de abril de 2001:

*«Es cierto que el sistema del crimen "culpae", que mantenía el Código Penal derogado, considera que el delito imprudente es único y que el resultado sólo importa a efectos de penalidad. Entre la imprudencia del sujeto y este resultado debe existir una conexión causal. Así pues, para este sistema que el resultado sea único (por ejemplo, una muerte) o múltiple (por ejemplo, varias muertes, lesiones, daños, etc.) carece de importancia, dado que todo conforma el "resultado" que será tratado de forma unitaria. En este sistema los supuestos imprudentes son "numerus apertus".*

*Por el contrario, el sistema de los "crimina culposa", que sigue el vigente Código Penal, trata al delito imprudente de forma similar al doloso. Parte de la base de que no han de existir cláusulas generales sino que solamente deben castigarse supuestos concretos. No cualquier imprudencia es relevante penalmente. Por el contrario, el legislador ha seleccionado aquellas imprudencias que deben incluirse en el ámbito penal. Ahora el resultado no se trata como un conjunto unitario sino que se tomará en consideración en su individualidad, y el enlace entre la acción y el resultado se observará conforme a rigurosos y exigentes criterios de imputación objetiva. El legislador, al concretar los supuestos imprudentes, sigue un sistema de "numerus clausus".*

El Código Penal vigente dispone en su artículo 12 *que "las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley". De manera que el Código acoge un sistema de "numerus clausus", por lo que únicamente existirán delitos imprudentes en aquellos casos que la propia ley indique. Se ha terminado con el sistema de la cláusula general o "numerus apertus".*

*Entre las diferencias entre un sistema y otro presentan especial interés aquellos supuestos en los que se producen resultados múltiples.*

*Cuando a consecuencia de una infracción del deber de cuidado se producen diversos resultados, con el sistema del crimen "culpae" se consideraba como un conjunto unitario y, en consecuencia, existía un único delito en el que la pluralidad de resultados únicamente se tenía en cuenta para cuantificar la indemnización.*

*Con el Código actual estos casos dan lugar a la aplicación de la teoría del concurso y si existe una unidad de acción, es decir si mediante la misma conducta se producen varios resultados tipificados individualmente, existirá un supuesto de concurso ideal previsto en el* artículo 77 del Código Penal*, como tiene reconocido* esta Sala —cfr. Sentencia 1550/2000, de 10 de octubre—.

*En el supuesto que examinamos, en el que se han producido pluralidad de resultados, al haberse ocasionado la muerte de uno de los ocupantes del vehículo y heridas graves a otro, como consecuencia del mismo accidente provocado por la negligente conducción del acusado, se ha producido un concurso de infracciones imprudentes, y al haberse presentado en unidad de acción, surge un concurso ideal que deberá sancionarse conforme se previene en el Código Penal, es decir, se impondrá la pena correspondiente a la infracción más grave en su mitad superior».*

Por lo que hay que concluir en que estamos ante dos diferentes imprudencias del artículo 152.1.2.º del Código Penal, en concurso ideal (art. 77 CP), con las consecuencias punitivas que semejante calificación comporta y a las que nos referiremos, junto con lo relativo a los correspondientes pronunciamientos indemnizatorios, en la Segunda Sentencia que, a continuación de ésta, habrá de dictarse.

## Sentencia 611/2011, Sala Segunda del TS, de 9 de junio

Ponente: **Alberto Gumersindo Jorge Barreiro**

Resumen: **Retroactividad de los cambios jurisprudenciales**

Artículos: **9.3 y 25 CE y 2 Código Penal**

**Se ofrece amplia información jurisprudencial sobre el problema de si resultan aplicables retroactivamente los cambios jurisprudenciales, incluso desfavorables, debidos a Acuerdos adoptados en plenos no jurisdiccionales.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.—**1. En el segundo motivo se invoca, sin citar precepto procesal alguno, la infracción de los arts. 248, 250.1.6.ª y 74 del C. Penal, por haberse aplicado retroactivamente la doctrina jurisprudencial establecida a partir del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de fecha 30 de octubre de 2007, que posibilitó la aplicación del apartado primero del art. 74 del C. Penal a la estafa agravada por razón de la cuantía, posibilidad que se cuestionaba en esa fecha debido a que el art. 74.1 del C. Penal no se aplicaba, en general, para exacerbar la pena en los delitos patrimoniales.

El Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 30 de octubre de 2007 adoptó el siguiente Acuerdo: «*El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales, la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La* regla primera del art. 74-1.º *solo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración*».

Tras este Acuerdo, la Sala de Casación, según se subraya en la sentencia 662/2008, de 14 de octubre, como último intérprete de la legalidad ordinaria penal, ha establecido que en relación a la compatibilidad del subtipo agravado del 250.1.6.º y la continuidad delictiva procede la aplicación del subtipo de especial gravedad siempre que la totalidad de las diversas defraudaciones superen la cantidad de 36.000 euros (50.000 euros tras la reforma por LO 5/2010), siendo además aplicable, dada la continuidad delictiva, el art. 74, pero solo en su apartado 2.

En la nueva jurisprudencia se establece por tanto que cuando las distintas cuantías apropiadas fuesen individualmente insuficientes para la calificación del art. 250.1.6.º, pero sí lo fueran globalmente consideradas, la pena básica no se determinará en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. Ese Acuerdo lleva en estos supuestos a la aplicación del art. 250.1.6.º dado que los delitos, aun inferiores en su consideración individual a 36.000 euros (50.000 euros después de la reforma por LO 5/2010), en conjunto superan esa cifra. Ahora bien, no se aplicará al unísono el art. 74.1 sino el apartado 2 del referido precepto, pues la suma de las cuantías ya se tiene en cuenta para agravar la pena mediante la aplicación de la del subtipo agravado del art. 250.1.6.º y no la del art. 249 del C. Penal. En cambio, sí operará el apartado 1 del art. 74 junto con el art. 250.1.6.º cuando uno o más de los actos defraudatorios rebasen la cifra de los 36.000 euros (SSTS 919/2007, de 20-11; 8/2008, de 24-1; 199/2008, de 25-4; 563/2008, de 24-9; 662/2008, de 14-10; y 973/2009, de 6-10).

Pues bien, según la parte recurrente esta interpretación sobre la aplicación conjunta de la estafa agravada del art. 250.1.6.ª y del delito continuado exacerbado (art. 74.1) no cabe aplicarla en el presente caso, toda vez que los hechos se cometieron en septiembre del año 2003, es decir, claramente antes a la implantación de la nueva línea jurisprudencial, al tratarse de una interpretación desfavorable al reo que no puede operar con carácter retroactivo.

2. Sobre la aplicabilidad de las nuevas líneas jurisprudenciales a los hechos ocurridos

con anterioridad a la modificación interpretativa de los tribunales, esta Sala tiene establecida una consolidada jurisprudencia en la que distingue claramente entre la interpretación retroactiva de la ley desfavorable al reo y la jurisprudencia que presenta las mismas consecuencias desfavorables, no extendiendo a esta la prohibición de aplicación a hechos anteriores que sí rige con respecto a la ley penal.

Y así, ya en la sentencia 883/1994, de 15 de mayo, con relación a la aplicación del delito de cohecho, se afirmaba que «el principio de legalidad (art. 25.1 de la CE) no garantiza la irretroactividad de la jurisprudencia, sino la de las leyes. Como reconoce la doctrina dominante, la nueva interpretación del texto legal vigente en el momento de la comisión del delito implica, en todo caso, la aplicación de la ley vigente en el momento del hecho, que es lo garantizado por la prohibición de irretroactividad de las leyes. Por lo demás, los cambios jurisprudenciales no vulneran el art. 24 de la CE cuando son razonados y fundamentados».

En la sentencia 1179/2001, de 20 de julio, con ocasión de aplicar el tipo penal de detención ilegal del art. 480 del C. Penal de 1973 a un funcionario policial siguiendo un criterio jurisprudencial ya asentado en la Sala, argumenta que el principio de legalidad del art. 25.1 de la Constitución y su equivalente el art. 2 del Código Penal solo se refieren a la aplicación de la ley vigente en el momento del hecho, que es lo garantizado por la prohibición de irretroactividad legal de la Ley; por ello está excluida del principio de legalidad la interpretación jurisprudencial que no supone ninguna vulneración de derechos fundamentales cuando los cambios jurisprudenciales son razonados y fundados — STS de 11 de mayo de 1994—, singularmente cuando la interpretación jurisprudencial supone una doctrina consolidada y es emanada de esta Sala Segunda en la función que constitucionalmente le corresponde de verificar el control de legalidad en su aplicación por el resto de los Tribunales, y al mismo tiempo dotar de seguridad jurídica al ordenamiento jurídico —art. 9.3 CE— mediante la función de intérprete último de la Ley Penal.

En el mismo sentido se pronuncia la STS 801/2010, de 23 de septiembre, al operar con el subtipo hiperagravado del art. 370.3 del C. Penal (tráfico de drogas), y en concreto cuando se refiere al concepto de buque aplicable a partir del Pleno no jurisdiccional de 25 de noviembre de 2008. Este Tribunal afirmó para legitimar la aplicación de la nueva jurisprudencia sobre el concepto de buque que la circunstancia de que «el acuerdo interpretativo de esta Sala Segunda sea posterior a los hechos no significa nada. No puede hablarse de retroactividad pues esa nueva configuración del subtipo agravado está ya en la ley que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, y el Tribunal Supremo se limita a interpretarla. Si se aplicase esa supuesta irretroactividad jamás se podría adoptar ese tipo de acuerdos que necesariamente versan sobre asuntos concretos sometidos a la consideración de la Sala que por definición contemplan hechos anteriores que son los que con motivo de su enjuiciamiento determinan el acuerdo no jurisdiccional que luego tendrá su proyección en la decisión jurisdiccional que enjuicia hechos acaecidos antes del Acuerdo, pero no antes de la reforma legal».

Y otro tanto sucede con la jurisprudencia dictada a partir de la sentencia sobre el llamado «*caso Parot*» relativa al cómputo de los beneficios penitenciaros en la fase de ejecución de sentencia cuando concurre un concurso real de delitos. Ante las quejas de los recurrentes por aplicárseles la nueva doctrina jurisprudencial a condenas recaídas sobre hechos anteriores al Pleno jurisdiccional de 20 de febrero de 2006, esta Sala argumentó que «... la doctrina ampliamente mayoritaria y nuestra propia jurisprudencia no consideran aplicable a la jurisprudencia la prohibición de irretroactividad, que el texto del art. 25. 1 CE reserva a la legislación y el del art. 9.3 a disposiciones legales o reglamentarias. Efectivamente, la jurisprudencia no crea normas legales de las que quepa afirmar su irretroactividad en caso de no ser más favorables. Se limita a establecer la interpretación correcta de la ley ya vigente en el momento en que los hechos punibles han tenido lugar, y por lo tanto debe ser tenida en cuenta en el momento en el que la ley se aplica (SSTS 197/2006, de 28-2; 898/2008, de 11-12, y 1076/2009, de 29-10).

De otra parte, el Tribunal Constitucional, con ocasión de resolver un recurso de amparo en

el que se suscita el cambio de criterio jurisprudencial sobre la sustancia MDMA («éxtasis») considerándola en la nueva interpretación como causante de grave daño a la salud, establece en su sentencia 195/2000, de 24 de julio, que «aunque tenga razón el recurrente cuando afirma que en el momento de la realización de los hechos todavía el Tribunal Supremo no se había decantado a favor de la inclusión del «éxtasis» en el catálogo de drogas gravemente perjudiciales para la salud, como bien dice el Fiscal en sus alegaciones, ninguna sustancia ya estupefaciente o psicotrópica podría subsumirse entonces en la descripción del tipo «gravemente perjudicial para la salud» hasta que necesariamente existiera un primer pronunciamiento de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, seguido de otros más en el mismo sentido, y de esta manera siempre podría alegarse que no es posible la calificación más gravosa si no existe previamente una doctrina legal, ya que la expresión «gravemente perjudicial» para la salud se predica sin dificultad alguna de la droga conocida como «éxtasis» en la mentalidad del hombre de la calle, medida de todas las cosas en un sistema democrático.

Y en cuanto a las objeciones que se apuntan desde la perspectiva del principio de igualdad, el Tribunal Constitucional tiene declarado que los cambios jurisprudenciales motivados suficientemente no infringen tal derecho del art. 14 (SSTC 42/1993 y 71/ 1998).

Por consiguiente, deviene claro que desde la perspectiva jurisprudencial no se vulnera con los cambios jurisprudenciales desfavorables al reo el principio de irretroactividad de la ley penal, toda vez que no se está ante normas sino ante sentencias que respetan el principio de legalidad.

3. Y en la misma dirección hemos de pronunciarnos cuando se contempla el problema desde una perspectiva doctrinal, pues la doctrina mayoritaria viene entendiendo que el cambio interpretativo siempre que se enmarque dentro del tenor literal posible del precepto comporta realmente la materialización de la voluntad de la ley, por lo que no debe percibirse como la aplicación de una nueva norma con carácter retroactivo. De no entenderlo así se bloquearía la evolución jurisprudencial y asistiríamos a una especie de fosilización en la interpretación normativa y su adecuación al contexto social.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional tiene afirmado de forma reiterada que son factibles los cambios de criterio jurisprudencial siempre que sean razonados y razonables, para lo cual las normas penales deben ser interpretadas sin rebasar el sentido literal o gramatical posible y siguiendo las pautas axiológicas que informan el texto constitucional y los modelos de argumentación aceptados por la comunidad jurídica, sin incurrir en interpretaciones extragavantes e imprevisibles para los destinatarios de la norma (SSTC137/1997, 278/2000, 123/2001, 228/2002, 120/2005, 151/2005, 283/2006, 258/2007, 91/2009 y 57/2010, entre otras).

Ello significa que al ciudadano puede aplicársele un criterio jurisprudencial distinto al que se solía utilizar en la fecha en que ejecutó el hecho delictivo, siempre que se trate de una interpretación que no sea imprevisible o extravagante para la intelección del justiciable.

De otra parte, la prohibición de aplicar los cambios jurisprudenciales a hechos ejecutados con anterioridad a la modificación interpretativa supondría asignar a la jurisprudencia un carácter normativo que no tiene, asimilándola a una fuente directa del derecho.

Es cierto que puede darse el supuesto de que algún imputado actuara confiado en la aplicación de una norma con arreglo a un criterio hermenéutico tradicional más benévolo o menos gravoso que el que se le aplicó con arreglo a una nueva directriz jurisprudencial. Sin embargo, frente a ello ha de replicarse que resulta extraordinario que el ciudadano motive su conducta de acuerdo con los criterios de las pautas jurisprudenciales, ya que en la práctica no acostumbra a conocerlas.

Ahora bien, en el supuesto de que se diera una situación excepcional de esa índole, de modo que se acreditara que el ciudadano actuó convencido y confiado en una interpretación normativa que ya no está vigente cuando es enjuiciado, lo que procedería sería apreciar un error de prohibición, operando pues sobre el elemento de la culpabilidad y no sobre la tipicidad de su conducta. Siempre, eso sí, que se verificara pro-

batoriamente la situación excepcional del error que alega en su defensa.

El sistema que se adopta en algunos países del ámbito anglosajón consistente en emitir, en supuestos concretos, fallos meramente prospectivos (*prospective overrulings*), es decir, de cara al futuro y que sirvan de mera advertencia al ciudadano sobre el inicio de una nueva vía interpretativa de un precepto, no resulta extrapolable a ordenamientos jurídicos que no se rigen por el sistema del precedente sino por el principio de estricta legalidad penal, como sucede en nuestro caso.

4. A todos los argumentos antedichos, que ya de por sí serían suficientes para desestimar la tesis del recurrente, se suma otro a mayores. Y es el de que cuando fueron perpetrados los hechos, en septiembre del año 2003, la jurisprudencia ya aplicaba dos líneas hermenéuticas diferentes a la hora de interpretar el art. 74 del C. Penal en relación con el art. 250.1.6.º del mismo texto legal.

Una primera línea consideraba que era factible aplicar el párrafo primero del art. 74 (imposición imperativa de la pena en la mitad superior) cuando alguna de las conductas singulares que se ensamblaban en el delito continuado alcanzaba individualmente la cuantía de los 36.000 euros (SSTS 482/2000, de 21-3; 1411/2000, de 15-9; 1284/2002, de 8-7, y 136/2002, de 6-2).

Y una segunda línea estimaba que incluso en esos casos en que concurría alguna conducta que individualmente ya alcanzaba la suma de los 36.000 euros que justificaba la aplicación del subtipo del art. 250.1.6.ª, no operaba el párrafo primero del art. 74 del C. Penal, sino que había de aplicarse el párrafo segundo (SSTS 2028/2002, de 2-12; 1753/2002, de 22-10; y 1510/2002, de 24-9). Ello suponía que no era imperativa la imposición de las penas del art. 250 en su mitad superior, sino que había de operarse con las reglas generales de individualización de la pena del art. 66 del C. Penal, pudiéndose por tanto recorrer todo el tramo punitivo de la estafa agravada.

Por lo tanto, la doctrina jurisprudencial que se le aplicó al recurrente, que fue la que acabó implantándose en el Pleno no jurisdiccional de 30 de octubre de 2007 que unificó los criterios jurisprudenciales, ya se aplicaba en algunos supuestos en la fecha en que el acusado ejecutó los hechos. No puede, pues, catalogarla como una doctrina jurisprudencial imprevisible e innovadora ni alegar que le haya sorprendido. Antes bien, se trataba de una interpretación jurisprudencial que ya tenía también aplicación en algunos supuestos en el año 2003.

El motivo, a tenor de todo lo que antecede, resulta pues inasumible.

## Sentencia 542/2011, Sala Segunda del TS, de 14 de junio

Ponente: **José Ramón Soriano Soriano**

Resumen: **Revisión de condena**

Artículos: **9.3 y 25 CE y 2 y 368 Código Penal**

**Se ocupa la sentencia con el problema de si la aplicación del nuevo subtipo atenuado de tráfico de drogas previsto en el párrafo final del artículo 368 del Código Penal constituye ejercicio de arbitrio judicial de modo que no puede ser objeto de aplicación retroactiva.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.—**La Audiencia Provincial de Vizcaya procedió en la resolución combatida (auto de 17 de diciembre de 2010) a revisar una sentencia firme, aplicando al supuesto en su día juzgado, el párrafo 2.º del art. 368 CP, de nueva introducción en el Código Penal (Reforma LO 5/2010 de 22 de junio), apoyándose en la disposición transi-

toria 2.ª que a pesar de su tenor literal, permitía la revisión acordada. La Disposición transitoria 2.ª proclama que *«Los jueces y tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial».*

Los argumentos fundamentales en los que apoya su decisión de revisar pueden resumirse del siguiente modo:

a) Las penalidades inferiores o superiores en relación a un tipo básico, a pesar de estar enunciadas como facultades no son siempre ejercicio de arbitrio, sino que el uso de la facultad o la discrecionalidad es obligada en determinados supuestos. En esta línea interpretativa cita sentencias del Tribunal Supremo en trance de interpretar el art. 148 C.P. (entre otras de 24 de febrero y 11 de mayo de 2010) o el art. 242.3 C.P. (entre otras, 7 de febrero de 2007).

En base a dicha jurisprudencia concluye que la aplicación o no de un subtipo agravado o atenuado excluye el arbitrio y las resoluciones que así lo acuerdan son revisables en casación.

b) El marco penológico del párrafo 1.º y 2.º del art. 368 no coinciden, lo que nos está indicando que nos hallamos ante un subtipo privilegiado, frente al tipo básico.

**Segundo.—**Ante tal decisión el M.º Fiscal acude a esta Sala a través de la vía prevista en el art. 849-1.º LECr. alegando indebida aplicación del art. 368-2 C.Penal.

1. Los argumentos que esgrimió en el extracto de su escrito se centraban en que el art. 368-2.º introducido por la reforma utiliza la expresión «podrán» como facultad de reducir la pena, lo que indica que la aplicación del precepto no es taxativa, sino facultativa y en la Disposición Transitoria segunda, párrafo 2.º, de la LO 5/2010 se establece la revisión de las sentencias firmes y aquellas en las que el penado esté cumpliendo condena» aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial».

La Audiencia —sigue argumentando— al considerar aplicable el subtipo atenuado está haciendo un uso del arbitrio judicial proscrito por la mentada disposición transitoria. El propio art. 368-2.º requiere para la aplicación la realización de una valoración judicial que sólo puede efectuarse en sentencia y no posteriormente.

Invoca sentencias del Tribunal Supremo que sugerirían la imposibilidad de revisar el arbitrio ejercido:

a) Sentencia 22-diciembre-2009 (n.º 1157), referida al art. 242-3 (ahora número 4.º), que al regular una actividad discrecional difícilmente puede ser revisable en casación, aunque sería posible por la vía de determinar «la existencia de los presupuestos que den lugar a la facultad y del rechazo de una motivación arbitraria e irrazonable».

b) Sobre el robo atenuado (art. 242.4 CP) invoca la de 22-abril-2002, en la que también se permite revisar el arbitrio normado, siempre que no se cuestione el arbitrio ejercido, sino atacando el apartamento del órgano jurisdiccional de las exigencias normativas.

Igualmente recuerda la sentencia de esta Sala de 26 de mayo de 1997 en que la Disposición transitoria 5.ª de la LO 10/1985 reformadora del Código establecía expresamente que la imposición de la pena más favorable en la revisión de las sentencias firmes ha de prescindir de elementos individualizadores vinculados al arbitrio judicial.

**Tercero.—**Antes de pronunciarnos sobre la controversia jurídica planteada, hemos de hacer notar que el Fiscal no discute la cuestión de fondo, esto es, si el supuesto de hecho contemplado en la sentencia revisada cae de lleno en el ámbito de aplicación del número 2.º del art. 368 CP, sino que su tesis se orienta en el sentido de que no es procedente revisar la sentencia y, por tanto, no existe la posibilidad de enjuiciar el fondo de la cuestión, y ello por impedir tal revisión la Disposición transitoria 2.ª de la LO 5/2010, en cuyo caso sería ésta la norma infringida al haber revisado el Tribunal la sentencia. Al no discutir que sea o no aplicable al supuesto fáctico el subtipo atenuado del último párrafo del art. 368 CP, el precepto infringido sería la disposición transitoria 2.ª, que no es ley sustantiva, sino netamente procesal, lo que en rigor

provocaría el rechazo del motivo, por imperativo del art. 849-1.º LECr. que habla de infracción de ley sustantiva.

Sin embargo la tutela judicial efectiva aconseja su análisis, dada la interrelación existente entre la posibilidad de efectuar la revisión y la incorrección de la revisión realizada, cuestión esta última que —insistimos— no es atacada.

Ciñéndonos a la primera, los argumentos tanto de la Audiencia como del Fiscal son consistentes y el conflicto no tiene una fácil y pacífica respuesta. No obstante es oportuno recordar la benevolencia y amplitud con que ha considerado este Sala los supuestos revisorios ante una legislación nueva beneficiosa para el reo (art. 2-2 CP), no sólo desde el plano hermeneútico del alcance de la retroacción de la ley más favorable (recuérdese la procedencia de operar la ley intermedia), sino en los supuestos fácticos beneficiosos para el reo aunque no afecten a la simple comparación valorativa de los tipos penales aplicados y los de nueva introducción en el texto penal (v.g. prescripción).

**Cuarto.—**Desde la referida perspectiva favorable a la consideracion de la nueva Ley a situaciones ya enjuiciadas y no ejecutadas, resulta de sumo interés distinguir las diferentes hipótesis que pueden presentarse en nuestro Código en orden al ejercicio del arbitrio, que debe quedar excluido frente a la taxatividad. No es posible revisar una sentencia, si las nuevas penas a imponer son fruto exclusivo del arbitrio judicial.

Sin pretensiones dogmáticas ni de exhaustividad, bien pronto vienen a la mente situaciones diferentes en orden al ejercicio del arbitrio judicial, contempladas en los tipos penales:

1) Un arbitrio judicial puro y simple, como puede ser, dentro de los delitos de tráfico de drogas, la opción penológica del art. 370 CP que permite a Tribunal sentenciador, sin más, imponer la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el art. 368. Lógicamente sería preceptiva en uno y potestativa en dos.

2) Un segundo supuesto de arbitrio normado en el que la pena anudada a la descripción típica de la conducta establecida en el precepto depende de la observación de unos criterios o pautas que necesariamente deben respetarse. Suelen ser de carácter genérico y se hallan previstas para individualizar la pena dentro de un marco dosimétrico concreto. Tales serían las expresiones: «atendidas las circunstancias del hecho o del culpable» u otras similares.

3) Por último, podemos hallar supuestos de subtipos atenuados o agravados y dentro de éstos de imperativa aplicación o de aplicación optativa.

No es fácil dogmáticamente definir o delimitar los contornos de lo que debamos entender por subtipos; baste decir que de los diferentes modos de configuración de las conductas típicas en los subtipos, siempre se añade a la infracción criminal básica un complemento tipológico que origina un nuevo marco punitivo, en atención a la relevante incidencia operada en la consideración valorativa del nuevo hecho complementario (delito circunstanciado, según una sector doctrinal).

En línea con una interpretación benévola de la ley en beneficio del reo, el ejercicio del arbitrio, como contrapunto al concepto de taxatividad debiera alcanzar a los supuestos referidos en el primero y segundo caso, pero no al tercero.

**Quinto.—**Descendiendo a la hipótesis concernida el simple arbitrio judicial se produciría, si en el mismo párrafo en que se contiene la descripción del tipo delictivo se estableciera, por ejemplo, la facultad de reducir la pena en un grado «al arbitrio del tribunal».

Sin embargo se crea un párrafo diferente que configura un hecho derivado del tipo básico y para cuya aplicación se exigen tres elementos típicos de naturaleza normativa:

1) Que en el hecho enjuiciado no concurra ninguna de las circunstancias a que se hace referencia en los arts. 369 bis y 370 CP. De concurrir alguna de ellas la facultad lenitiva conferida al tribunal desaparecería.

2) Escasa entidad del hecho, esto es, levedad del mismo, desde cualquier perspectiva objetiva (modos de ejecución, potencialidad lesiva del bien jurídico, repetitividad del hecho, etc.).

3) Circunstancias personales del culpable, donde pueden computarse su particular in-

dividualidad (drogadicto, reincidente o primario, etc.).

Concurriendo estas circunstancias, es preciso, de modo semejante a las previsiones de los arts. 148 y 242.4 CP por mencionar subtipos agravados o privilegiados de frecuente comisión, valorar el hecho y concurriendo sus exigencias legales, habría que motivar o razonar por qué se decide o no la aplicación de la cualificación o atenuación.

Junto a los subtipos de aplicación optativa, como son los reseñados, aparecen en el Código otros de estimación imperativa, como sería el caso de la notoria importancia de la droga objeto del delito (art. 369.5 CP), por poner un ejemplo próximo.

Mas, el hecho de que el tribunal pueda optar por aplicar o no el tipo privilegiado, no elimina su consideración de subtipo atenuado y por ende el carácter de entidad delictiva diferente, cuya aplicación antes de la reforma no era posible.

Por lo expuesto esta Sala llega a la conclusión de que el art. 368 p. 2 no es una simple facultad opcional de rebajar la pena dentro de un marco penológico concreto, sino una nueva entidad tipológica, con su propia penalidad, cuya aplicación demanda la concurrencia de una serie de circunstancias, aunque en última instancia y de modo razonado (art. 9.3 y 24.1.º CE) pueda rechazar su aplicación el tribunal. No es el ejercicio del arbitrio previsto en un tipo penal, en orden a la elección de una pena mayor o menor, sino la aplicación opcional de un subtipo privilegiado.

Constituye una razón práctica más para instar la revisión, aunque reconozcamos el poco rigor dogmático, el agravio comparativo que se produciría (art. 14 CE) entre sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, separadas en el tiempo por unos días, sin que la celeridad o lentitud procedimental pueda atribuirse a las partes o al órgano jurisdiccional. Aquellos procesos pendientes de dictar sentencia en esta Sala, ha permitido a las partes invocar la aplicación del art. 368 p. 2 CP y lo ha hecho con profusión, siempre que concurrieran los presupuestos normativos, y no sólo esto, sino que ha sido el propio Fiscal el que lo ha interesado en abundantes ocasiones. Unos días de diferencia en situaciones materialmente idénticas puede conducir a decisiones diversas o contradictorias. La única nota diferenciativa sería de naturaleza procesal: haber recaído sentencia firme. Esa circunstancia obliga a limitar la revisión de las sentencias, como la aquí planteada, a los hechos, datos o circunstancias contenidas en la propia sentencia (que ya es cosa juzgada) y a la posibilidad de contradicción de las partes. En nuestro caso se dió traslado al acusado y al M.º Fiscal antes de producirse la revisión.

Por todo lo expuesto el motivo debe rechazarse, ya que al no atacar el Fiscal la procedencia o no desde el punto de vista fáctico o jurídico de la aplicación del art. 368.2.º, y apareciendo cumplidos sus requisitos según razona y motiva la Audiencia de Vizcaya, la decisión adoptada es correcta, procediendo la desestimación del recurso, sin hacer expresa imposición de costas.

# AUDIENCIAS PROVINCIALES

## Sentencia 51/2011, AP Lugo, Sec. 2.ª, de 1 de abril

Ponente: **María Luisa Sandar Picado**

Resumen: **Falta de respeto a los agentes de la autoridad: responsabilidad civil**

Artículo: **634 Código Penal**

**Fija la Audiencia una cantidad para resarcir el daño moral sufrido por la agente de la autoridad, sin que sea óbice para ello que la pretensión no figure en la denuncia sino que se formula *ex novo* en el acto del juicio, ya que en el juicio de faltas se concentran todas las peticiones en el acto de la vista.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Tercero.—**Recurre asimismo la denunciante la Sentencia dictada toda vez que no recoge su petición en concepto de responsabilidad civil por estimar, según refiere la resolución recurrida, que se formula *ex novo* en el acto del juicio y que no se recogió en la denuncia que da inicio a las actuaciones. Tal alegación no se corresponde con el *iter* procesal de un juicio de faltas, donde se concentran las peticiones en el acto de la vista, conociendo desde un principio el denunciado cuales son los hechos sobre los que se formula la denuncia, correspondiendo a un momento posterior las ulteriores calificaciones y peticiones, por lo que en modo alguno se estima extemporánea tal solicitud en el acto del juicio de faltas.

Habrá de determinarse por tanto si existe el daño moral que conllevaría la estimación de una cantidad reparadora del mismo. La denunciante invoca la realidad de tal daño moral que es avalada por el primero de los testigos que depone en el acto del juicio y que efectúa una referencia a los comentarios que surgieron en un lugar como Becerreá, a raíz de tales hechos, provocando lógicamente un descrédito de la funcionaria. Asimismo ha quedado acreditado que se abrió una información reservada a raíz de un correo electrónico remitido al Ministerio del Interior por el denunciante, que asimismo se acompaña con la denuncia y que recoge términos y expresiones de reprobación frente a la agente.

Todas estas cuestiones suscitadas como consecuencia del desempeño de su función y que han dado lugar a expresiones de descrédito por parte del denunciado frente a los vecinos de la localidad de Becerreá y frente a los superiores de la agente, ha quedado acreditado que ocasionaron un daño moral que ha de ser indemnizado siendo suficiente la prueba que articula para verificar su existencia. En tal concepto se estima adecuada la cantidad de 500 € como indemnización reparadora.

## Sentencia 48/2011, AP Jaén, Sec. 2.ª, de 5 de abril

Ponente: **José Antonio Córdoba García**

Resumen: **Incendio forestal imprudente: responsabilidad de la Administración**

Artículos: **352 y 358 Código Penal**

**Dos cuestiones emergen principalmente de la sentencia de apelación: en qué medida al trabajar la empresa para la Administración, el técnico de ésta tenía obligación de velar por el cumplimiento de la normativa; y si, al producirse la quema con observancia de las licencias y autorizaciones administrativas es dable calificar la conducta como imprudente.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.—**Funda el apelante su recurso en el error en la apreciación de la prueba, si bien en el inicio de su escrito argumentando tal motivo de apelación hace referencia a la omisión en los hechos probados de que la empresa para la que trabajaban los acusados, EXFASA OBRAS Y SERVICIOS, actuaba por cuenta y riesgo de la Consejería de Medio Ambiente, dato que considera fundamental al omitirse que el comitente de los trabajos y director del proyecto y de las obras es un técnico de la propia Consejería, que tenía la obligación de velar por el cumplimiento de la normativa y adoptar las medidas de seguridad de las obras.

Pues bien, aun a pesar de dicha omisión, cuya relevancia examinaremos más adelante, la misma no puede sustentar el error en la apreciación de la prueba por el juzgador *a quo.* En efecto, la apreciación y valoración de la prueba es una cuestión de competencia exclusiva del juez *a quo* y no puede ser denunciada en apelación, salvo si la realizada en la instancia resulta ilógica o arbitraria, lo que no ocurre en el caso presente. Respecto a la omisión denunciada, tal cuestión debía y podía haberse hecho valer a través de aclaración de la sentencia, si bien tal omisión que pudiera tener efectos respecto a la responsabilidad civil, no en cambio puede justificar la exoneración de la responsabilidad de los acusados pretendida por el apelante, por lo que el motivo articulado no puede tener favorable acogida en la alzada.

Continúa el apelante su impugnación de la sentencia de instancia haciendo referencia a que en el acto del juicio quedaron acreditados una serie de hechos que determinan una secuencia temporal distinta de la establecida en sentencia y que permite al Tribunal determinar los hechos a través de la valoración de la prueba, no obstante la facultad del Tribunal de apelación en ningún caso puede llevar a establecer un nuevo relato de hechos probados de la resolución de instancia, pues tal facultad determinaría convertir el recurso en un nuevo juicio con una nueva configuración de hechos probados y derecho explicable, sin que sea ésta la finalidad del recurso de apelación, tal y como viene considerando la Jurisprudencia.

**Segundo.—**En este segundo motivo denuncia el apelante error en la valoración de la prueba en la aplicación del tipo legal del art. 358 del Código Penal, pues acreditado que la quema se realizó previa obtención de los permisos correspondiente, bajo la supervisión de los técnicos competentes, se adoptaron las medidas necesarias, por lo que la conclusión debe ser distinta a la realizado por el Juez *a quo,* sin que la imprudencia pueda calificarse como grave, siendo por tanto la conducta de sus representados atípica, por lo que procede absolver a sus representados.

El motivo no puede tener favorable acogida en la alzada, pues la valoración de la prueba realizada por el apelante en torno a que se tomaron las medidas necesarias y los trabajos se realizaron bajo la supervisión de los técnicos compe-

tentes, contrasta con la valoración objetiva del juez *a quo*, que por su inmediación y percepción directa de la prueba practicada, no deja lugar a dudas de que la conducta de los acusados de efectuar las quemas sin realizar cortafuegos, no colocar los troncos de forma que pudieran rodar y propagar el fuego y abandonar las hogueras sin estar totalmente apagadas, junto con el resultado producido, determinan una imprudencia que debe calificarse como grave y por tanto integrante del tipo recogido en el art. 338 del Código Penal.

## Sentencia 45/2011, AP Ciudad Real, Sec. 2.ª, de 6 de abril

Ponente: **Mónica Céspedes Cano**

Resumen: **Renuncia al Letrado de oficio en el acto de la vista. Nulidad de las actuaciones**

Artículos: **745 y 746 LECrim**

**El acusado renunció al abogado de oficio en el acto del juicio oral, lo que no fue aceptado por la juzgadora. Igualmente el abogado, ante la pérdida de confianza procesal que se le mostraba, renunció, lo que tampoco fue atendido por el juez. La sentencia examina la dimensión constitucional del derecho a la defensa y concluye por decretar la nulidad de actuaciones.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.—**Se deducen otros motivos de apelación, pero dado que el acogimiento del que se acaba de explicitar evitaría el examen de los otros articulados, se representa inevitable abordarlo primeramente.

La cuestión que con el primer motivo de apelación se plantea, ha sido resuelta por el TS en sentencia de 21 de noviembre de 2008, resolución en la que se razona: «... *antes de resolver, el tribunal efectúa una certera delimitación del alcance del derecho que se consideraba vulnerado, haciendo referencia al* art. 6.3.c) del Convenio de Roma y al 14.3.d) *del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en los que se establece el derecho a designar abogado de la elección del acusado, derecho que ha sido desarrollado por nuestra jurisprudencia constitucional. Sin embargo hace constar la posibilidad de imponer limitaciones a la designación de letrado de confianza, cuando deban también ser atendidos otros intereses en conflicto constitucionalmente relevantes, especialmente la no provocación de dilaciones indebidas, sobre todo cuando sobre otros procesados en la misma causa pesa una medida de prisión preventiva.*

*Admite que a pesar de no aparecer tal causa de suspensión del juicio (renuncia de letrado) como una de las previstas en los* arts. 745 y 746 LECr., esta Sala (véanse STS de 23-diciembre-1996 y 23-marzo-2000*) en una interpretación extensiva ha permitido por razones constitucionales incluir también esta causa de suspensión. Como contrapunto el derecho referido no debe entenderse ilimitado y el tribunal antes de acordar la suspensión debe ponderar los motivos por los que el acusado (por extensión el letrado recurrente de la defensa) ha decidido cambiar de letrado o cesar en la defensa respectivamente. Siempre sería factible rechazar aquellas solicitudes que entrañen abuso de derecho, fraude de ley o procesal, según el* art. 11.2 LOPJ*, por cuanto la indefensión tiene un contenido material y no meremante formal ... conviene antes de adoptar la decisión última tener presentes ciertos principios interpretativos extraídos de la doctrina constitucional que deberán ser referencia para esta Sala.*

*Según la* STC 178/1991 *la prohibición constitucional a indefensión reclama un cuidadoso*

*esfuerzo del órgano jurisdiccional para preservar los derechos de las partes, cuestión que se agudiza en el proceso penal, por cuanto el mencionado derecho tiene como finalidad objetiva la protección de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, que eviten desequilibrios en las respectivas posiciones procesales o limitaciones del derecho de defensa que puedan causar como resultado indefensión. Consiguientemente corresponde a los órganos judiciales procurar que en un proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes, de que posean idénticas posibilidades de alegar y probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen (*SSTC 226/1988*,* 162/1993*).*

*Ese deber de los jueces que procuran la adecuada defensa de las partes lo ha proclamado esta Sala (véanse, por todas, las de 6 de marzo y 28 de septiembre de 1995*) *al afirmar que dentro de la tutela judicial efectiva se comprende el derecho al letrado, como realización efectiva de los principios de igualdad y contradicción, que impone a los jueces el deber de evitar desequilibros jurídicos manifiestos entre las partes, bien en el ejercicio de la acusación o de la defensa.*

El mismo Tribunal, en sentencia de 3 de mayo de 2001, razona: *El proceso penal español, como ha dicho* esta Sala en Sentencia de 14 julio 2000*, está configurado en su líneas maestras en nuestra Constitución (ver especialmente los* arts. 1, 9, 24, 25 y 120 CE*), donde se reconoce a los acusados el derecho a un proceso con todas las garantías, entre las que cabe citar como fundamental el derecho de defensa, íntimamente relacionado con el derecho a asistencia de Letrado, dado que nuestro ordenamiento garantiza el derecho a la defensa técnica a través de un profesional de la abogacía (*STC 216/1998*), con la finalidad de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad y de contradicción (*SSTC 178/1991 *y* 132/1992*, entre otras). En este sentido, el* artículo 788.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal *establece que «desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada y fuera necesaria la asistencia letrada, la Policía judicial, el Ministerio Fiscal o la Autoridad judicial recabarán del Colegio de Abogados la designación de un Letrado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado»; previniéndose en el* artículo 793 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal *que «la celebración del Juicio Oral requiere preceptivamente la asistencia del acusado y del Abogado defensor» (*STS 14 julio 2000*).*

*3. Por otra parte es indudable el carácter subsidiario que la asistencia letrada de oficio tiene respecto a la de libre designación. En tal sentido esta Sala tiene declarado que el derecho a la defensa y asistencia letrada comporta que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa* (STS 11 julio 1997). *El Texto* constitucional, en su artículo 24.2*, reflejando el mandato de los tratados internacionales de derechos humanos establece como garantía constitucional de toda persona a la que se le impute la comisión de un hecho delictivo, la posibilidad de valerse de asistencia letrada. Esta facultad encuentra su desarrollo concreto en los* artículos 118 y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal *estableciendo como regla general la libre designación de Abogado por parte de los imputados, detenidos, procesados o presos. El* artículo 14.2.d) del Pacto *Internacional de Derechos Civiles y Políticos resalta la necesidad de las garantías procesales y proclama el derecho de toda persona acusada de un delito a ser asistida por un defensor de su elección. El* artículo 6.3.c) del Convenio *Europeo reitera esta garantía a toda persona acusada concediéndole el derecho a ser asistido por un defensor de su elección. Como es sabido estas normas forman parte de nuestro elenco legislativo por la fuerza expansiva del* artículo 96 *de la Constitución* (STS 27 junio 1994). *En el mismo sentido de la preferencia de la asistencia letrada de libre elección se han pronunciado las* Sentencias de 26 diciembre 1996 *y* 14 febrero 1994, *entre otras.*

*4. La facultad de libre designación implica a su vez la de cambiar de Letrado cuando lo estime oportuno el interesado en defensa de sus intereses, si bien tal derecho —ha dicho esta Sala— no es ilimitado pues está modulado, entre otros supuestos, por la obligación legal del Tribunal a rechazar aquellas solicitudes que entra-*

*ñen abuso de derecho, o fraude de ley procesal según el* artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (SSTS 23 abril 2000*;* 23 diciembre 1996*;* 20 enero 1995*; entre otras). De ahí la improcedencia, por ejemplo, del cambio de letrado cuando suponga la necesidad de suspender la celebración de la Vista y no conste una mínima base razonable que explique los motivos por los que el interesado ha demorado hasta ese momento su decisión de cambio de Letrado. Fuera de estos supuestos de ejercicio abusivo del derecho en que se afectan otros valores y derechos como el de un proceso sin dilaciones indebidas, sin una justificación razonable basada en la proscripción de una efectiva y material indefensión, los cambios de Letrado están amparados por el ejercicio del derecho a la defensa que incluye el de libre designación del Abogado.*

## Sentencia 126/2011, AP Cáceres, Sec. 2.ª, de 7 de abril

Ponente: **María Félix Tena Aragón**

Resumen: **Delitos contra la propiedad intelectual: responsabilidad civil a favor de la perjudicada**

Artículo: **270 Código Penal**

**Sobre la existencia o no de perjuicios y que esa perjudicada sea o no la sociedad personada como acusación particular, recuerda la sentencia la persecución pública de este delito por el Ministerio Fiscal.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.—**Que por el Juzgado de lo Penal n.º 1 de Cáceres, en el Expediente reseñado al margen seguido por un delito de CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL, contra Lázaro, se dictó Sentencia de fecha 31-12-10, cuyos hechos probados y fallo son del tenor literal siguiente: HECHOS PROBADOS: «Probado y así se declara expresamente que el acusado, Lázaro, cuyas demás circunstancias constan más arriba, en su condición de administrador único de la mercantil "Automáticos Cazar, S.L.", en fecha sin determinar pero, en todo caso, anterior a la de 6-7-09, explotaba distintas máquinas del tipo "gramola-hucha" o "jukebox", cuya obsolescencia, en cuanto que inicialmente fabricadas para la reprodución de música con discos de tipo láser caídos en desuso, había quedado superada mediante su transformación para el almacenaje, en disco duro gracias a un sistema de cables e interfaces, de música en formato digital y que, con esta adaptación, eran utilizadas para la reprodución que, con esta adaptación, eran utililizadas para la reprodución de fonogramas y videogramas musicales procedentes ya de descargas ilegales de internet, ya de discos "master" debidamente transformados en un formato reconocible por una computadora y fácilmente actualizable a través de un dispositivo de memoria externa de la clase "pen-drive", sin autorización alguna de los titulares de los derechos de propiedad intelectual correspondientes o los productores de las correspondientes creaciones musicales o videográficas y, en concreto, de su entidad de gestión Agedi y que tenía instaladas, con el permiso de los titulares de los establecimientos, en distintos "locales de alterne" de la provincia tales como lso clubes "Coyote", "El Paso", sitos en el Polígono El Egido, de la localidad de Talayuela, los clubes "Caribe (Noa Noa)" y "Hostal Europa", ubicados en el km 433 de la Ctra. Nacional 630. No ha quedado, en cambio acreditado, que a la expresada entidad manejada por el acusado, correspondiese la explotación de las máquinas de la misma clase halladas en los clubes "Versus", sito en el km 180 de la Ctra. Nacional V y "Puerto de los Castaños", ubicado en el km 505, de la

Ctra. Nacional 630. Tampoco ha quedado acreditado el tiempo que dichas máquinas habrían estado activas ni, por tanto, el total del beneficio económico obtenido por la entidad titular de las mismas y sí, no obstante, que al tiempo de la intervención policial de las mismas fueron encontrados en el interior de dichas máquinas, en moneda fracionada de 50 céntimos y uno de dos euros, un total de 1.373,50 euros, distribuidos en 68 euros en el Club "Coyote", 702 euros en «El Paso», 358,50 euros en el "Caribe (Noa Noa)" y 245 euros en el "Hostal Europa"».

FALLO: «1.º) Que debo CONDENAR Y CONDENO a Lázaro, como autor criminalmente responsable de un DELITO CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsbilidad criminal, a la pena de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN, CON LA ACCESORIA DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA Y DIECIOCHO MESES DE MULTA, CON UNA CUOTA DIARIA DE SEIS EUROS y con la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, así como al pago de las costas procesales, 2.º) Lázaro y en su defecto la entidad "AUTOMÁTICOS CAZAR, S.L." INDEMNIZARÁN, como resonsables civiles directo y subsidiaria, respectivamente a la entidad "Agedi" en la cantidad de 1.373,50 euros; a la que, en su caso, será de aplicación el correspondiente interés legal. Abónense las medidas cautelares acordadas para el cumplimiento de la pena y dense a los efectos del delito, en caso de haberlos, el destino legal, decretándose el comiso de los dispositivos e instrumentos relacionados con el delito».

(...)

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

(...)

**Tercero.—**Sobre la existencia o no de perjuicios y que esa perjudicada lo sea o no la sociedad personada como acusación particular, en primer lugar debemos reseñar que nos encontramos ante un delito público que puede seguirse de oficio y donde el MF mantuvo esta imputación, por lo que en principio, que esta sociedad fuera o no la que tuviera encomendada el cobro de esas comisiones o canon, en nada empece la comisión delictiva, pero en todo caso, esta sociedad sí ha acreditado que ese es su objeto social y que es a ello a lo que se dedica, y a mayor abundamiento, nos remitimos a que el propio acusado estaba en contacto con esa misma sociedad para que le informasen de lo que tendría o no que abonar para que le autorizasen esa explotación de fotogramas.

## Sentencia 132/2011, AP Cáceres, Sec. 2.ª, de 7 de abril

Ponente: **Valentín Pérez Aparicio**

Resumen: **Impago de prestaciones familiares: Legitimación del progenitor para reclamar la pensión alimenticia de sus hijos mayores de edad**

Artículo: **228 Código Penal**

**Cuestionada por la parte recurrente la legitimación del progenitor (en este caso el padre) para reclamar la pensión en favor de sus hijos mayores de edad, recuerda la sentencia que participa del concepto de «agraviado» a que se refiere el artículo 228 del Código Penal.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**Primero.—**Alega en primer lugar la apelante la falta de legitimación del padre para reclamar el abono de la parte de la pensión correspondiente a los hijos mayores de edad y, consecuentemente, el incumplimiento del requisito de procedibilidad de la previa denuncia, puesto que los hijos

manifestaron en el juicio no querer denunciar a su madre por el impago de las pensiones derivadas del auto de medidas provisionales y de la sentencia de separación.

El argumento parte de la premisa errónea de considerar que, siendo mayores de edad, los hijos son los acreedores de la pensión o los titulares del derecho que la misma representa, cuando no es así: La STS (Sala Primera) de 24 de abril de 2000 dictada en recurso en interés de ley ya señalaba que *«del* art. 93.2 del Código Civil *emerge un indudable interés del cónyuge con quien conviven los hijos mayores de edad necesitados de alimentos a que, en la sentencia que pone fin al proceso matrimonial, se establezca la contribución del otro progenitor a la satisfacción de esas necesidades alimenticias de los hijos. Por consecuencia de la ruptura matrimonial el núcleo familiar se escinde, surgiendo una o dos familias monoparentales compuestas por cada progenitor y los hijos que con él quedan conviviendo, sean o no mayores de edad; en esas familias monoparentales, las funciones de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos corresponden al progenitor, que si ha de contribuir a satisfacer los alimentos de los hijos mayores de edad que con él conviven, tiene un interés legitimo, jurídicamente digno de protección, a demandar del otro progenitor su contribución a esos alimentos de los hijos mayores. No puede olvidarse que la posibilidad que establece el* art. 93, párrafo 2.º del Código Civil *de adoptar en la sentencia que recaiga en estos procedimientos matrimoniales, medidas atinentes a los alimentos de los hijos mayores de edad se fundamenta, no en el indudable derecho de esos hijos a exigidos de sus padres, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores, convivencia que no puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término con lo que la misma comporta entre las personas que la integran de todo lo expuesto se concluye que el cónyuge con el cual conviven hijos mayores de edad que se encuentran en la situación de necesidad a que se refiere el* art. 93, párrafo 2.º, del Código Civil*, se halla legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de éste a los alimentos de aquellos hijos, en los procesos matrimoniales entre los comunes progenitores».* Estamos ante un derecho propio y no ante el ejercicio, por parte del padre como representante legal, de un derecho personal de sus hijos y, por ello, tiene plena legitimación civil para reclamar de la madre el cumplimiento de la obligación fijada en la resolución matrimonial y, consecuentemente, en caso de impago participa del concepto de «agraviado» al que se refiere el artículo 228 del Código Penal.

## Sentencia 85/2011, AP Jaén, Sec. 3.ª, de 7 de abril

Ponente: **José Cáliz Covaleda**

Resumen: **Desobediencia: perito que no evacúa el informe interesado por el Juzgado**

Artículo: **556 Código Penal**

**Ratifica la Audiencia de Jaén la condena dictada por el Juzgado de lo Penal, por desobediencia contra la perito que, a pesar de los requerimientos, no entregó el informe que le había sido interesado.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.—**Frente a la sentencia de instancia se alza en apelación Maribel, condenada como autora penalmente responsable de un delito de Desobediencia grave, previsto y penado en el artículo 556 del Código Penal, a las penas que se especifican en el fallo de la misma, solicitan-

do que se revoque la misma y se dicte otra por la que se le absuelva del delito por el que viene condenada, alegando como motivo del recurso la infracción de normas del ordenamiento jurídico, ya que para apreciar la existencia de dicho delito es necesario que el requerido se coloque ante la orden de la autoridad en actitud de rebeldía o manifieste oposición que, por su ánimo de desobedecer, lesione sensible e indudablemente el principio de autoridad, a la que desprestigia... y la sentencia de instancia para establecer la existencia del delito reconoce dos citaciones, a efectos penales, lo cual constituye un error, porque la del requerimiento del 11 de diciembre de 2008 es consecuencia de la aceptación del cargo a que cumpla el encargo recibido de presentar su informe pericial y en un plazo determinado. De modo que, el único incumplimiento con la admonición expresa de incurrir en delito de desobediencia que se alza como presupuesto jurídico, es el de 24 de abril de 2009, que no tipifica una conducta obstinada en el incumplimiento de lo requerido, a sabiendas de las consecuencias en que incurriría por su pasividad, por lo que no constituye infracción sancionable en vía penal.

**Segundo.—**Como reiteradamente se señala en la resolución recurrida el delito de desobediencia grave se ha configurado jurisprudencialmente en sus condicionamientos exigiendo para su existencia la conjunción de los siguientes requisitos: 1.º) Que la orden emane de autoridad en el ejercicio de sus funciones y afecte a hechos que estén dentro de su competencia y esté revestida de todas las formalidades legales; 2.º) Que la orden sea de cumplimiento inexorable por parte del que se niega a prestarle acatamiento; 3.º) Que proceda requerimiento en forma de mandato, expreso, claro y terminante; 4.º) que sea reiterado (sentencias del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1996, 24 de octubre de 1997, 16 de enero y 4 de noviembre de 1998, 5 de junio de 2003, entre otras).

Sostiene la apelante que la sentencia de instancia establece la existencia del delito porque la perito judicial en los Autos civiles n.º 793/06 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2, una vez aceptado el cargo, fue requerida en dos ocasiones, pero que ello es un error porque el requerimiento del 11 de diciembre de 2008, es consecuencia de la aceptación del cargo, a que cumpla el encargo recibido de presentar su informe pericial y en un plazo determinado.

Pero el argumento utilizado por la recurrente no es acertado ni admisible, ya que claramente tal y como reza en el hecho probado, la perito judicial, después de aceptar el cargo en fecha 13-06-2008, posteriormente en fecha 19-11-08 se dictó Providencia por el Juzgado referido, por la que se le requería a la acusada para que en el término de cinco días presentase el informe para el que había sido nombrada como perito judicial, siéndole notificada en fecha 11/12/08. Posteriormente, y ante su no presentación de dicho informe por la acusada, nuevamente se dicta Providencia por el Juzgado de Instancia, requiriéndole de nuevo en el plazo de cinco días para la presentación del informe, con la advertencia de que en caso de incumplimiento incurriría en el delito de desobediencia grave a la Autoridad, siéndole notificada el 20/04/09, desobedeciendo la acusada al órgano judicial, y no presentando informe alguno en el plazo concedido, y sin alegar (entonces) causa justificada alguna. De manera que no existe un solo requerimiento a que cumpla el encargo, sino dos requerimientos, en forma de mandato expreso, claro y terminante. Y esto sentado, es obvio que la acusada cometió el delito por el que viene condenada, conforme a la doctrina jurisprudencial antes mencionada, y sin que las alegaciones posteriores de la recurrente de que la misma presentaba un cuadro de ansiedad y depresivo, que le impedía cualquier actividad, puedan surtir el efecto exculpatorio pretendido, pues tales circunstancias debió acreditarse que concurrieron al tiempo de comisión de los hechos, y no después, cuando se alegaron en el acto del juicio; deviniendo, en consecuencia, la confirmación de la resolución recurrida y la desestimación del recurso interpuesto frente a la misma.

## Sentencia 12/2011, AP Salamanca, Sec. 1.ª, de 8 de abril

Ponente: **Jesús Pérez Serna**

Resumen: **Incumplimiento de obligaciones. Venta de chalés. Estafa**

Artículos: **248.1, 249 y 250.1.6 Código Penal**

**No siempre es nítida la distinción entre el mero incumplimiento civil de una obligación asumida y la estafa. Se trata de saber si ya existía *ab initio* una voluntad de incumplimiento y engañar a la otra parte. En este supuesto, se trata de la venta de unos chalés.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Tercero.—**En el caso presente, los anteriores presupuestos no concurren, y así se desprende claramente del relato fáctico de esta resolución.

El acusado como administrador y como representante de la entidad Valdeval Miróbriga SL., concertó con el querellante sendos contratos de compraventa por los que recibió una cierta cantidad a cuenta, pero no se ha acreditado que a efectos de llevar a cabo el desplazamiento patrimonial por parte del denunciante, —consistente en el pago de 12.000 euros, pues el resto hasta 36.000 euros, fue abonado voluntariamente por éste, sin que el acusado le exigiera o intimase al pago de cantidad alguna—, se utilizara por parte de dicho acusado engaño con entidad suficiente para mover la voluntad del denunciante. Los terrenos fueron adquiridos por la entidad promotora; se solicitó licencia de obras para las dos fases que se planificaron de la Urbanización (el chalé adquirido por el querellante correspondía a la 2.ª fase); se iniciaron las obras, aun cuando los avances, en lo que a la vivienda aquí considerada fueran mínimos, como lo demuestra el hecho de que en todo el tiempo transcurrido desde la compra, firma del contrato privado, solo hubo movimiento de tierras y trabajos de cimentación; las condiciones iniciales de pago, mediante entregas a cuenta, no eran distintas en cada caso; la resolución del contrato por el documento tuvo su razón en la demora de las obra y en las quejas verbales del denunciante, no atendidas, de que no avanzaban tales obras; la venta de los terrenos en los que se había de asentar la vivienda objeto del contrato privado, se produjo con posterioridad a la carga remitida por el querellante, resolviendo el contrato, y el precio estipulado en referida venta fue el importe de las cantidades adeudadas, por trabajos anteriores, por Valdeval Miróbriga S.L., a la mercantil adquirente Refosil S.L. y a su representante Miguel, de tal modo que con la operación de venta de los terrenos Valdeval Miróbriga S.L. no obtuvo ventaja patrimonial directa alguna, que no fuera la cancelación de una deuda previa; los actos posteriores a tal venta, se centran ya, esencialmente, en arbitrar medios u opciones para devolución de las cantidades entregadas por el querellante, ninguno de los cuales tuvo éxito, ante la situación económica de la empresa Valdeval Miróbriga S.L. la cual fue declarada, mas tarde, en concurso necesario.

Ciertamente, en el supuesto, lo fundamental para alcanzar una conclusión determinada, es la actitud del acusado, sujeto activo del hecho; y en este sentido, consta que el acusado firmó los contratos, como también que tenía la propiedad de los terrenos y que inició la construcción de las viviendas, con el consiguiente gasto que ello supone, pero no consta que el acusado supiera de antemano, desde el primer momento del contrato que no podía cumplir lo que por su parte ofrecía o que pudiendo hacerlo, tuviera claro que no lo realizaría.

## Sentencia 40/2011, AP Cuenca, Sec. 1.ª, de 12 de abril

Ponente: **José Eduardo Martínez Mediavilla**

Resumen: **Juicio en ausencia del acusado: penas que, sumadas, exceden de dos años**

Artículos: **153.2 y 3 y 173 Código Penal, y 786.1 LECrim**

**Se solicita por la parte recurrente la nulidad de las actuaciones por cuanto el juicio oral se celebró en ausencia de la acusada, siendo así que las penas solicitadas excedían —en el sentido del artículo 786.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— de dos años. Sucinta, pero claramente, resuelve la Audiencia que el límite juega respecto de la mayor de las penas solicitadas, no de la suma de todas ellas.**

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

**Segundo.—**(...)

Se solicita la nulidad del acto de juicio oral celebrado en ausencia de la acusada. Se viene a sostener que (a los efectos del artículo 786.1 de la LECrim y para poder celebrar el juicio en ausencia del acusado), debe tomarse en consideración la suma de la totalidad de las penas pedidas por la acusación; suma que en este caso excedía de dos años (motivo por el cual no podía llevarse a cabo la celebración del plenario).

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

(...)

**Primero.—**El primer motivo de recurso debe rechazarse; y ello por lo siguiente:

Se viene estableciendo por los Tribunales (por ejemplo, en Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 2.ª, de 10.07.2010, recurso 63/2010; cuyo criterio compartimos), que en caso de solicitud de varias penas (a los efectos del artículo 786.1 de la LECrim), se atenderá a la mayor de las solicitadas, no siendo procedente la suma de todas ellas (en contra de lo pretendido en el recurso), dado que a diferencia de otros supuestos (art. 801.1.3.º de la LECrim), en el artículo 786.1 de la LECrim nada se indica.

Pues bien, en el caso que nos ocupa:

— la pena mayor solicitada era de 2 años de prisión (véase el folio 194 de las actuaciones);

— el hecho de que no se haya podido oír a Nicolasa es únicamente imputable a la misma; al no acudir al acto del juicio estando debidamente citada y con los apercibimientos correspondientes (véase el folio 284 de las actuaciones), sin que la celebración del mismo suponga la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, al permitir la Ley la celebración del juicio en estos casos y saber la parte recurrente que ello podía suceder.

## Sentencia 43/2011, AP Cuenca, Sec. 1.ª, de 12 de abril

Ponente: **José Eduardo Martínez Mediavilla**

Resumen: **Pena de multa: prueba acerca de la capacidad económica del condenado**

Artículo: **120.3 CE**

**Denuncia el recurso falta de justificación de la pena (infracción del artículo 120.3 de la Constitución) al no existir prueba alguna de la capacidad económica de los recurrentes, razón por la cual el importe de la cuota diaria a imponer ha de ser el mínimo. La Audiencia desestima esta pretensión con base a la doctrina jurisprudencial destacada.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

**Tercero.—**El recurso de apelación se basa, en síntesis, en lo siguiente:

Infracción de precepto constitucional y legal. Falta de justificación de la pena (infracción del artículo 50 del Código Penal y del artículo 120.3 de la Constitución). Se indica que no existe prueba alguna en autos de la capacidad económica de los recurrentes; razón por la cual el importe de la cuota diaria a imponer debe ser el mínimo (es decir, 2 €), invocando como argumentación la Sentencia dictada por esta Audiencia Provincial en fecha 17.12.1997, n.º 96/1997.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

(...)

**Primero.—**La Sala 2.ª del Tribunal Supremo vino a establecer en la Sentencia de 7 de noviembre de 2002 (y por tanto de fecha posterior a la Sentencia de esta Audiencia Provincial referida en el recurso), que: «si bien algunas Resoluciones de este mismo Tribunal se muestran radicalmente exigentes con estos aspectos, aplicando, sin paliativos, la cuantía mínima legal de la cuota diaria, en ausencia de investigación sobre la capacidad económica del acusado (STS de 3 de octubre de 1998, por ejemplo), otras más recientes en el tiempo, por el contrario, admiten que, dada la amplitud de los límites cuantitativos previstos en la Ley, de doscientas a cincuenta mil pesetas, la imposición de una cuota diaria en la "zona baja" de esa previsión, por ejemplo en quinientas pesetas, no requiere de expreso fundamento (STS de 26 de octubre de 2001). Así, son de destacar también, en la misma línea, las Ss. de la Sala 2.ª del TS de 20 de noviembre de 2000 y 15 de octubre de 2001 (que igualmente son de fecha posterior a la Sentencia de esta Audiencia Provincial referida en el recurso; y que, por ello, sirven para justificar un cambio de criterio), que afirman, la primera de ellas para una cuota de mil pesetas (que en concreto viene a ser la mayor cuota que se ha fijado en la Sentencia ahora impugnada), y la segunda incluso para la de tres mil pesetas, que la fijación de unas cuantías que o no superan siquiera las del salario mínimo o, en todo caso, llevan a una sanción, en el ámbito penal, incluso inferior a la que pudiera considerarse equivalente impuesta por la Administración en el ejercicio de su función sancionadora, no requieren mayor justificación para ser consideradas conforme a Derecho, puesto que "Una cifra menor habría que considerarla insuficientemente reparadora y disuasoria, por lo que la sanción penal no cumpliría adecuadamente su función de prevención general positiva". A su vez, la S. de la Sala 2.ª del TS de 11 de julio de 2001 insiste, con reiterado fundamento y reuniendo la doctrina de esa Sala, en que: El art. 50.5 del Código Penal señala que los Tribunales fijarán en la Sentencia el importe de las cuotas diarias "teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo". Ahora bien, y como señala la Sentencia n.º 175/2001, de 12 de febrero, con ello no se quiere significar que los Tribunales deban efectuar una inquisición exhaustiva de todos los factores directos o indirectos que pueden afectar a las disponibilidades económicas del acusado, lo que resulta imposible y es, además, desproporcionado, sino únicamente que deben tomar en consideración aquellos datos esenciales que permitan efectuar una razonable ponderación de la cuantía proporcionada de la multa que haya de imponerse. La insuficiencia de estos datos no debe llevar automáticamente y con carácter generalizado a la imposición de la pena de multa con una cuota diaria cifrada en su umbral mínimo absoluto (2 euros), como pretende el recurrente, a no ser que lo que en realidad se pretenda es vaciar de contenido el sistema de penas establecido por el Poder Legislativo en el Código Penal convirtiendo la pena de multa por el sistema legal de días-multa en algo meramente simbólico, en el que el contenido efectivo de las penas impuestas por hechos tipificados en el Código Penal acabe resultando inferior a las sanciones impuestas por infracciones administrativas similares, que tienen menor entidad que las penales. El reducido nivel mínimo de la pena de multa en el Código Penal debe quedar reservado para casos extremos de indigencia o miseria, por lo que en casos ordinarios en que no

concurren dichas circunstancias extremas resulta adecuada la imposición de una cuota prudencial situada en el tramo inferior, próxima al mínimo (como sucede en el caso de autos en el que se ha impuesto un máximo de cuota diaria de seis euros), teniendo en cuenta que la parte recurrente no ha propuesto en el recurso ninguna prueba (y podía haberla propuesto), sobre su pretendida insostenible situación económica (podía haber propuesto, —y no lo ha hecho; como ya se ha dicho—, documental consistente en la oportuna certificación del Servicio Público de Empleo —para justificar la pretendida situación de paro de la Sra. Nieves—, y documental consistente en una simple copia de los contratos temporales —para justificar la pretendida situación laboral del Sr. Leandro—). Por tanto, se desestimará el recurso; pues no hay justificación para aminorar los importes de la multa impuestos en la Sentencia impugnada.

## Sentencia 89/2011, AP Jaén, Sec. 3.ª, de 15 de abril

Ponente: **Saturnino Regidor Martínez**

Resumen: **Declaración de la víctima como prueba de cargo: absolución por delito de amenazas**

Artículos: **14.3, 74, 171.4 y 468 Código Penal; 741 LECrim, y 24 CE**

**Siendo palmario que la declaración de la víctima puede servir de prueba para enervar la presunción de inocencia, en este caso, considera la Audiencia que dicha declaración no tiene las cualidades necesarias para producir este efecto. Revoca la sentencia de instancia del delito de amenazas y absuelve al acusado.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.—**Frente a la resolución condenatoria de instancia por un delito de amenazas a su excónyuge y un delito continuado de quebrantamiento de medida cautelar, se alza recurso de apelación articulando como primer motivo la errónea vulneración de la prueba y la vulneración del principio de presunción de inocencia en referencia al delito de amenazas.

Tal y como señala el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de febrero de 2009 «Es una reiterada doctrina jurisprudencial que la presunción de inocencia proclamada en el artículo 24.2 de la Constitución Española se caracteriza porque:

A) Comprende dos extremos fácticos, que son la existencia real del ilícito penal, y la culpabilidad del acusado entendida ésta como sinónimo de intervención o participación en el hecho.

B) Exige para su enervación que haya prueba que sea: 1) "real", es decir, con existencia objetiva y constancia procesal documentada en el juicio; 2) "válida" por ser conforme a las normas que la regulan, excluyéndose la practicada sin las garantías procesales esenciales; 3) "lícitas", por lo que deben rechazarse las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; y 4) "suficiente", en el sentido de que, no sólo se hayan utilizado medios de prueba, sino que además de su empleo se obtenga un "resultado" probatorio que sea bastante para fundar razonablemente la acusación y la condena, es decir: no basta con que exista un principio de actividad probatoria sino que se necesita un verdadero contenido inculpatorio en el que apoyarse el Órgano Juzgador para formar su convicción condenatoria».

Señala de forma reiterada la jurisprudencia que el principio de presunción de inocencia no queda vulnerado por el mero hecho de que la única prueba de cargo válida sea la declaración de la propia víctima.

El Tribunal Constitucional (Sentencias del Tribunal Constitucional 229/1991 EDJ 1991/11320 y 64/1994 EDJ 1994/1791 entre otras), estima que la declaración de la víctima del delito practicada normalmente en el juicio oral con las necesarias garantías procesales tiene consideración de prueba testifical y como tal puede constituir válida prueba de cargo en la que puede basarse la convicción del Juez para la determinación de los hechos.

La anterior doctrina se matiza a su vez en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1996, en el sentido de que no debe entenderse que con sólo un mero testimonio de la víctima, contradicho por el del agresor, sea suficiente para la condena, debiendo concurrir la ausencia de móviles de venganza, resentimiento, fabulación o cualquier otros que conviertan en espúreo al testimonio inicial, exigiéndose entonces conforme a reiterada doctrina jurisprudencial (Sentencias del Tribunal Supremo 29-9-1988 EDJ 1988/7478, 5 de junio de 1992 EDJ 1992/5831 y 29-12-99 EDJ 1997/10550) que para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha prueba única, es necesaria la valoración y comprobación de las siguientes notas o requisitos.

1.º Ausencia de la incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusador/acusado, que pudiera conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre. Es decir, como señala la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1997 EDJ 1997/10550, el principio de presunción de inocencia impone partir en todo análisis fáctico de la inocencia del acusado, que debe ser desvirtuada fuera de toda duda razonable por la prueba aportada por la acusación; por lo que, si dicha prueba consiste en el propio testimonio del acusador, una máxima común de experiencia le otorga validez cuando no existe razón alguna que pudiese explicar la formulación de la denuncia contra una persona determinada, ajena al denunciante, que no sea la realidad de lo denunciado.

2.º Verosimilitud, ya que, puesto que la declaración de la víctima no es propiamente testimonio, en cuanto la misma puede mostrarse parte en la causa (artículos 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), ha de estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria en orden a su finalidad primordial, como es en definitiva la constatación de la real existencia del hecho.

3.º Persistencia y firmeza del testimonio incriminatorio, que ha de ser prolongado en el tiempo, sin presentar ambigüedades ni contradicciones. Lo que no implica que las diversas declaraciones que haya podido prestar la víctima a lo largo de la instrucción de la causa tengan que ser plenamente coincidentes todas ellas, pues, como ha señalado la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1997 EDJ 1997/7103, el hecho de que las declaraciones inculpatorias no sean absolutamente coincidentes no es base suficiente para que decaiga totalmente su potencialidad incriminatoria, ya que corresponde, en principio, al Tribunal sentenciador valorar y analizar las contradicciones para llegar a una conclusión definitiva sobre el verdadero alcance de las declaraciones, apoyándose prioritariamente en lo observado de manera inmediata y directa en el momento del juicio oral.

En el caso de autos efectivamente la única prueba de cargo en que se apoya la resolución condenatoria por el delito de amenazas del art 171.4 del CP es la declaración de la propia víctima, ante la negación de los hechos del acusado y de los hijos del matrimonio. Sin embargo, a diferencia de lo sostenido por el juez *a quo,* no consideramos que en la declaración de la víctima concurran los requisitos exigidos jurisprudencialmente para desvirtuar la presunción de inocencia. En este sentido merece destacarse la fuerte conflictividad existente entre denunciante y denunciado con motivo de la ruptura de su convivencia, la ausencia de corroboraciones periféricas objetivas que permitan dar verosimilitud al testimonio de la denunciante y, sobre todo, la falta de persistencia en la incriminación ya que si el motivo de la condena por el delito de amenazas es exclusivamente haber proferido la expresión «te mato» y la propia víctima en su declaración en el plenario manifiesta no recordar que el acusado se dirigiese a ella en ta-

les términos, no podemos llegar a la conclusión probatoria alcanzada por el juez *a quo,* debiendo de prevalecer con respecto a este delito la presunción de inocencia, absolviendo del mismo al acusado y dejando sin efecto la responsabilidad civil establecida por estas amenazas.

## Sentencia 181/2011, AP Santa Cruz de Tenerife, de 15 de abril

Ponente: **Juan Carlos Toro Alcaide**

Resumen: **Dilaciones indebidas: atenuación «simple» o cualificada**

Artículos: **21.6, 147.1 y 148.1 Código Penal; 24 CE, y 6.1 Convenio Europeo de Derechos Humanos**

**Pretende la parte recurrente que se aplique como muy cualificada la circunstancia de haberse producido dilaciones indebidas en el proceso que condenó al acusado. La Audiencia razona, en el fundamento jurídico segundo, por qué debe mantenerse su tratamiento de atenuación «simple».**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**Segundo.—**(...).

Finalmente y respecto de las dilaciones indebidas, ocasionadas consecuencia de el exceso de señalamiento en el juzgado sentenciador, dos anos en este caso. Debemos tener muy en cuenta que la necesidad de concluir el proceso en un tiempo razonable que propugna el art. 6.1 del Convenio citado, no debe satisfacerse a costa de o en perjuicio de los trámites procesales que establece el derecho positivo en un sistema procesal singularmente garantista hacia el justiciable como es el nuestro. De ahí que resulte más acertada la fórmula prevista en el art. 24.2 de la Constitución de proscribir las dilaciones «indebidas» en el proceso, es decir, las paralizaciones o retrasos de entidad e injustificados en la tramitación de la causa, que deben quedar señalados y acreditados para apreciar la atenuante analógica en cuestión, máxime si como es el caso la considerara muy cualificada a los efectos de imponer la pena sustancialmente más liviana al rebajarla en grado.

En nuestro caso, la pretensión del letrado recurrente es realmente insuficiente argumento y sin otras consideraciones ni razonamientos que el transcurso de 4 años (o dos desde pendiente de señalamiento), a los efectos de aplicar la atenuante como muy cualificada, rebajando la pena en uno o dos grados. Así ciertamente, consta que pudiera haberse constatado la existencia de una vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas motivado por un retraso en el pronunciamiento de la sentencia de condena, que en modo alguno puede entenderse que la consecuencia penal de dicha infracción haya de ser la estimación de la circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas, entendida como muy cualificada, ya que no es de apreciar en este caso ninguna excepcionalidad o intensidad especial en el retraso en la tramitación de la causa, que ha obedecido en su parte principal al desarrollo normal del proceso, y obviamente las carencias de los juzgados de esta provincia que han propiciado la imposición de la pena en su grado mínimo por mor a la apreciación e tal atenuante analógica «simple».

En consecuencia, se desestima igualmente este tercer motivo.

## Sentencia 154/2011, AP León, Sec. 3.ª, de 18 de abril

Ponente: **Manuel Ángel Peñín del Palacio**

Resumen: **Falta de dejar sueltos a animales dañinos. Pastor alemán**

Artículo: **631 Código Penal**

**Revoca la Audiencia la absolución del Juzgado y condena al acusado por no sujetar debidamente al perro que causó las lesiones a una niña. La argumentación gira en torno al debate de lo que deba ser entendido por animales feroces o dañinos a efectos penales.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**Primero.—**Contra la sentencia del juzgado de instrucción que absuelve libremente al denunciado Arturo, se alza la representación de don Juan Ramón y de doña Aurora, padre de la menor de 8 años de edad a la fecha de los hechos, Guillerma, solicitando su revocación y la condena del denunciado Arturo como autor de una falta del artículo 631 del Código penal y que sanciona los dueños de animales feroces o dañinos que los dejaren sueltos o en disposición de causar un mal.

El recurso de apelación debe ser estimado pues aunque existen resoluciones judiciales que consideran que el precepto únicamente tiene aplicación en este ámbito penal, cuando se trate de animales que por sus especiales características, en particular la de pertenecer a determinada raza, han de se ser considerados como fieros y agresivos, es lo cierto que una interpretación literal del precepto nos lleva a considerar como tales a aquellos animales «feroces o dañinos» teniendo tal consideración aquellos que por su propia naturaleza (incluso los calificados de domésticos), pueden ocasionar en determinados momentos y por diversas actitudes daños y perjuicios al evidenciar un potencial peligro que se trata de preservar, razón por la cual el Tribunal Supremo ha declarado que la ferocidad no puede circunscribirse a la raza o clase a que el animal pertenezca, sino a sus condiciones de agresividad y fiereza, y —con referencia a los perros— ha indicado que, desde el momento en que sin ser hostigados atacan, ponen de manifiesto su peligrosidad y condición de dañinos. (SSTS 7-5-1932, 22-2-1947, 22-2-1949 y 20-9-1966). Según el Tribunal Supremo, animal «dañino» es «aquél doméstico que tiene malos instintos o resabios con los que pueden producir un mal». Y por lo que se refiere al perro, ya en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de febrero de 1947 se decía que este animal doméstico, desde el momento en que sin ser castigado, molestado u hostigado, ataca a un ciclista, derribándole al suelo, y le muerde y le causa lesiones, se pone de relieve su condición de dañino y su propia peligrosidad.

Aplicando la anterior doctrina al caso de autos, resulta que se trata de un perro pastor alemán, a quien su propietario tenía sujeto por una correa alrededor del cuello, pero cuya sujeción no fue suficiente para morder a la niña que se hallaba al lado del animal y ocasionarle lesiones en la cara que le produjeron múltiples heridas en punta nasal, ángulo interno del ojo derecho y mejilla derecha, y cuyo hecho encaja en el precepto del artículo 631 del CP que castiga al dueño del animal feroz o dañino que lo deja suelto o en disposición de causar un mal, como ha ocurrido en el caso de autos, al no ser suficiente la sujeción del propietario del perro, siendo el bien jurídico protegido el de la seguridad de las personas para que no se vean amenazadas por la presencia de animales sueltos, o que por la falta de vigilancia y cuidado de sus propietarios, puedan causar algún daño físico a terceros, no siendo preciso como ha declarado la jurisprudencia que se tenga que tratar de animales salvajes, bastando que se tra-

te de animales dañinos, esto es susceptibles de ocasionar un mal a las personas, y siempre que ello tenga lugar por una falta de vigilancia y cuidado por parte del propietario, como aquí ocurre.

**Segundo.—**En consecuencia procede declarar al denunciado Arturo autor de una falta del artículo 631.1 del Código penal, e imponerle la pena de un mes de multa y cuota diaria de seis euros.

## Sentencia 176/2011, AP Santa Cruz de Tenerife, de 18 de abril

Ponente: **José Luis González González**

Resumen: **Nulidad de actuaciones: predeterminación del fallo en la sentencia del juicio de faltas**

Artículos: **620.2 Código Penal; 142 y 741 LECrim, y 240 Ley Orgánica del Poder Judicial**

**La sentencia, en su relato fáctico, se limita a recoger que el denunciado realizó el tipo, sin mencionar los concretos actos que integraban la figura penal. La Audiencia decreta la nulidad de las actuaciones y absuelve al acusado. La causa de nulidad es apreciada de oficio por la Sala.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**Primero.—**Aunque el Sr. Jose Augusto impugna la sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción n.º 1 de los de Icod de Los Vinos, condenándole como autor de una falta de amenazas del artículo 620.2 del Código Penal, por error en la valoración de las pruebas por el Juzgador de Instancia, lo cierto es que tal pronunciamiento condenatorio no puede ser mantenido en esta alzada no por tal motivo sino por predeterminación de su fallo.

Efectivamente, la predeterminación del fallo tiene lugar, como reiteradamente ha señalado la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo, cuando en la narración de los hechos probados se sustituyen los hechos por su significación jurídica-penal, adelantando de este modo el sentido del fallo y haciendo innecesaria la fundamentación jurídica de la sentencia en orden a la subsunción, o sea, esta irregularidad se produce, por lo general, mediante la inclusión en el *factum* de conceptos o términos jurídicos que se encuentran en la descripción legal del delito o constituyen la esencia del mismo, que ocupan el lugar de los hechos acaecidos y que se declaran probados (SSTS 28-2-2005, 4-11-2008, 7-4 o 2-6-2010, entre otras).

En consecuencia, aplicando lo acabado de referir al supuesto de autos, es evidente que la resolución cuestionada incurre en el vicio procesal reseñado al recoger en su relato fáctico únicamente que «... el denunciado profirió amenazas hacia su vecino de la vivienda superior...», además de mentar el tipo penal por el cual el recurrente fue condenado, no describe en qué consistieron esas amenazas, es decir, qué palabras, gestos u acciones fueron las por él realizadas para de esta manera poder valorar si realmente tuvieron la entidad suficiente como para amedrentar a la persona del denunciante o, lo que es igual, si lo realizado le inculcó el sentimiento de un mal que efectivamente podía llevarse a cabo, en definitiva, para saber de esta manera si realmente se vio intimidado.

Por consiguiente, a tenor de lo expuesto e, igualmente, de lo contemplado en los artículos 248 LOPJ y 142 LECr, sobre la estructura de las sentencias, procede absolver al Sr. Jose Augusto de la falta por la que resultó condenado.

## Sentencia 54/2011, AP Salamanca, Sec. 1.ª, de 25 de abril

Ponente: **José Antonio Vega Bravo**

Resumen: **Coacciones: acoso a hombre para que reconozca paternidad biológica**

Artículos: **24 CE; 741 LECrim, y 620 Código Penal**

**La acusada, con el propósito de reiniciar una relación sentimental, y obligar al denunciante a reconocer la paternidad del hijo que de ella esperaba, le sometió a formas de presión psicológica que constituyen un delito de coacciones, cuya condena ratifica la Audiencia.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.—**(...)

Para la configuración del delito de coacciones es necesario:

1) una conducta violenta de contenido material, *vis* fisica, o intimidatoria, *vis* compulsiva, ejercida contra el sujeto o sujetos pasivos del delito, bien directamente o bien indirectamente a través de terceras personas,

2) cuyo *modus operandi,* va encaminado como resultado a impedir hacer lo que la ley no prohíbe o a efectuar lo que no quiera, sea justo o injusto;

3) cuya conducta ha de tener la intensidad de violencia necesaria para ser delito, pues de carecer de tal intensidad podría constituir falta del art. 620 CP, cuya diferencia se afirma desde la valoración de la gravedad de la acción coactiva y la idoneidad de los medios empleados para la imposición violenta, teniendo en cuenta la personalidad de los sujetos activo y pasivo, sus capacidades invectivas y todos los factores concurrentes, ambientales, educacionales y circunstancias en los que se desenvuelve la acción. En términos de nuestra jurisprudencia —STS 908/99 de 18.5—, debemos valorar la entidad cuantitativa de la fuerza empleada o de la violencia ejercida y atender a la realidad circunstancial concurrente (STS 1367/2002 de 18.7), insistiéndose en que la diferencia entre la falta y el delito de coacciones estriba en una cuestión de grado, nuevamente cuantitativa o de entidad de la *vis* compulsiva empleada por el infractor (SSTS. 24.4.89, 26.5.92, 3.10.97, 5.5.99, 2.2000 y 31.10.2002).

4) Que exista un ánimo tendencial consistente en un deseo de restringir la libertad ajena como se deriva de los verbos «impedir» y «compeler». Elemento subjetivo que hay que inferir de la conducta externa, voluntaria y consciente del agente, sin que se requiera una intención maliciosa de coaccionar, pues hasta el dolo genérico de constreñir la voluntad ajena imponiéndole lo que no quería efectuar (STS 19.1.99). Intención dirigida a restringir la libertad ajena para someterla a criterios propios (STS 11.3.99).

5) Una ilicitud del acta, examinado desde la normativa de la convivencia social y la jurídica que preside o debe regular la actividad del agente, el cual no ha de estar legítimamente autorizado para emplear violencia o intimidación (SSTS 17.11.97, 29.9.99, 2.2.2000, 23.10.2001 y 18.5.2001).

Pues bien, en el presente caso, aparece acreditado que la acusada, con el propósito de reiniciar la relación sentimental que mantuvo con el perjudicado, y obligar a éste a que reconociese que era el padre del hijo que esperaba, acudió de forma repetida a su centro de trabajo, que era una comisaría de policía, envió continuos mensajes de textos, frecuentó los lugares que sabía que aquél habría de estar, molestó a sus familiares, e incluso le advirtió de denuncias de hechos falsos. Comportamientos que reiteró insistentemente una vez nacido el hijo, hasta el punto de que, finalmente, el denunciante llegó a presentar un cuadro de ansiedad e insomnio con

diagnóstico de trastorno mixto ansioso depresivo por las continuas persecuciones a que se vio sometido por parte de la acusada, todo ello dirigido siempre a reanudar la relación sentimental que ya había sido rota tiempo atrás, y no sólo a obtener el reconocimiento de una paternidad, que ya había llevado a cabo voluntariamente el acusado y que, en todo caso, debe pretenderse a través de las vías legalmente establecidas al efecto. Concurren, por tanto los requisitos vistos anteriormente, que constituyen los elementos esenciales del delito de coacciones que nos ocupa, cuales son, la existencia de una violencia, en este caso psíquica por parte de la acusada, para obligar a la víctima hacer algo en contra de su voluntad, reanudar una relación de pareja. Así como, la gravedad de la violencia psíquica empleada, demostrada en un caso como el presente por las graves consecuencias que la misma produjo en la victima, acreditadas por medio de la correspondiente prueba pericial médica, cuales fueron el trastorno mixto ansioso depresivo que le ha sido diagnosticado. Todo ello sobre la base de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, no sólo la declaración de la víctima, sino también de la propia acusada y de los testigos que depusieron en el acto del juicio oral. Pruebas todas ellas suficientes para quebrar la presunción de inocencia, y que además han sido correctamente interpretadas.

## Sentencia 21/2011, AP Ciudad Real, Sec. 1.ª, de 27 de abril

Ponente: **María Pilar Astray Chacón**

Resumen: **Expulsión del territorio nacional: arraigo en España; integración en núcleo familiar**

Artículos: **85 y 456.1.1 Código Penal**

**Partiendo la Audiencia del arraigo en España y de la consideración del delito (denuncia falsa), atendida la ausencia de interés de sustitución de la pena por el Ministerio Fiscal y la oposición de la defensa, revoca la sentencia en el sentido de no sustituir la pena impuesta por la expulsión del territorio nacional.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Sexto.—**En lo que respecta a la ponderación de la pena, impuesta la pena en su mínimo legal, pese a la apreciación de la concurrencia de una atenuante, resulta ajustada a derecho.

Si bien, en lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la expulsión, existe cierta polémica, en cuanto a su configuración, en ocasiones como beneficio a favor del reo residente ilegal, ya que sustituye el cumplimiento de la pena, y en otras, cuando el penado no está conforme con la medida, y confluyen situaciones personales de arraigo, y en penas de corta duración, puede suponer una mayor sanción que la pena a sustituir.

En lo que se refiere a la sustitución de la expulsión del territorio nacional, ni la redacción del art. 89 del Código Penal vigente al tiempo de cometerse los hechos, ni la actual, prevé especialmente la posibilidad de exonerar dicha consecuencia por circunstancias personales del acusado (arraigo, tener domicilio, pareja, estar empadronado...). Las razones descritas en el texto vigente al tiempo de cometer el delito y que justifican la procedencia del cumplimiento en centro penitenciario español son la naturaleza del delito, de tal manera que haga procedente su cumplimiento, en lugar de la expulsión. Mas si ello es así, no obsta, para que en una interpretación constitucional del precepto (STS de ocho de julio de dos mil cuatro), ha de examinarse la afección que puede tener la medida en cuanto a los derechos fundamentales de la persona reconocidos en la Constitución y los Tratados Internacionales, sin

que el automatismo inicial que parece deducirse de la aplicación de la ley pueda justificar obviar las circunstancias de importancia personales que pudieran concurrir. Invoca especialmente la referida Sentencia del TS de ocho de julio de dos mil cuatro, Resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que si bien dictadas en supuestos de ciudadanos con residencia legal, entienden desproporcionada la medida en supuestos de delitos menos grave cuando la expulsión cercena el derecho a la convivencia. Por el contrario en otras resoluciones, cumpliéndose el requisito de situación ilegal en España, no considera el Tribunal Supremo, relevante en dichos casos examinados, el arraigo invocado.

El caso que aquí ocupa merece un detallado análisis, en cuanto se aduce y se alega ser pareja conviviente con español, haberse integrado en el núcleo familiar con los hijos de este, la hija de la acusada y su ascendiente y sobrino. Consta empadronamiento; declaración en el acto del juicio de su pareja, que la acusada se encuentra matriculada en el programa de calificación de auxiliar de oficina, certificado del Director del Colegio en el que se consigna que la acusada y su pareja asisten a las reuniones de seguimiento de los alumnos hijos del segundo; escrito del SESCAM en el que se informa que la acusada lleva a revisiones y consultas a los hijos menores del ciudadano español que es su pareja, y que han pretendido contraer matrimonio en dos mil nueve, no siendo autorizado por el Juez encargado del Registro civil y a fecha del presente recurso de apelación, en trámite y pendiente de Resolución por la Dirección General de Registros y Notariado.

Cuestión diferente es que dicha sustitución inicialmente acordada en la Sentencia pueda ser matizada, en supuestos en los que el extranjero en el momento de la Sentencia se encuentre en situación de residencia legal, ya que es el momento del enjuiciamiento, donde debe ponderarse dicha circunstancia.

Completada en esta Alzada la preceptiva audiencia sobre la expulsión y practicada la prueba en segunda instancia consistente en solicitud de residencia legal con informe favorable de arraigo emitido por el Ayuntamiento, certificado actualizado del padrón municipal y certificado de los estudios en la localidad de Daimiel de la hija de la acusada, el Ministerio Fiscal tuvo por acreditado el arraigo y no interesó la sustitución por expulsión del territorio nacional. Conclusión que ha de ratificar este Tribunal, pues de los datos obrantes en autos, no es dable sino constatar un consolidado arraigo en la población de Daimiel. Pues, en definitiva, para la consideración de las circunstancias que determinan el arraigo ha de estarse al tiempo de permanencia en este País, la situación familiar consolidada de convivencia con ciudadano español, siendo los vínculos familiares con ciudadanos españoles una de las circunstancias determinantes de la consideración del arraigo a efectos de residencia.

Partiendo así de la consideración de dicho arraigo y la naturaleza del delito, atendida la ausencia de interés de sustitución de la pena por parte del Ministerio Fiscal y la oposición de la defensa, procede revocar la Sentencia recurrida en este particular no acordando la referida sustitución de la pena por expulsión del territorio nacional.

## Sentencia 23/2011, AP León, Sec. 3.ª, de 27 de abril

Ponente: **Manuel Ángel Peñín del Palacio**

Resumen: **Estafa a la Hacienda Pública: solicitud de devolución de IVA**

Artículos: **248, 249, 250.6.ª, 390.1.1.º y 2.º y 392 Código Penal**

**Estima la Audiencia de León que, en este caso, no puede hablarse de «engaño bastante» —elemento constitutivo de la estafa— en el sentido de ser adecuado, eficaz y suficiente para provocar un error en el sujeto pasivo. Las declaraciones de IVA eran de todo punto improcedentes toda vez que la sociedad en cuestión carecía de actividad económica que pudiera constatar la Administración Tributaria.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.—**(...)

En el caso de autos este Tribunal no considera que el acusado Roque haya incurrido en el delito de estafa a la Hacienda Pública que se le imputa por las acusaciones, no desprendiéndose de los hechos probados dicha autoría. El acusado afirma haber presentado las solicitudes de devolución del IVA y haber llegado en solo dos ocasiones a firmarlas, en relación con la sociedad Excor Mapisa SL, reconociendo igualmente haber obtenido varios reintegros de la cuenta de Caixa Galicia en la que figuraba como autorizado,y en la que se ingresaban por la Agencia Tributaria las devoluciones indebidas, explicando que ello lo hacia por la amistad que le unía con el administrador de dicha entidad, Teodulfo, al encontrarse éste enfermo y no poder hacerlo, y que falleció en el mes de junio de 1999, declarando igualmente que el dinero de los reintegros se lo entregaba a un tal «Juan» que tenía una asesoría en la localidad de El Barco de Valdeorras, el cual no ha podido ser identificado, y que en definitiva todo lo hacía por la amistad que tenía con el referido Teodulfo, sin percibir ningún tipo de contraprestación a cambio. Con independencia de que el acusado diga o no la verdad, la condena que se solicita del mismo como autor de un delito continuado de estafa en concurso medial con un delito de falsedad en documento mercantil, exigiría una prueba suficiente para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia, de que fue él quien empleó el ardid o engaño suficiente para engañar a la Hacienda Pública y obtener las devoluciones indebidas del impuesto sobre el valor añadido —IVA—, suscribiendo las solicitudes de devolución y lucrándose de dicha actuación, sin embargo no llegamos a dicho convencimiento desde el momento en que no se ha probado ninguna vinculación de ningún tipo con la sociedad Excor Mapisa SL y a nombre de la cual se hacían las solicitudes, siendo dicha entidad o su administrador único el sujeto pasivo del impuesto. Desconocemos cuántas de las nueve solicitudes de devolución fueron firmadas por Roque, éste afirma que dos, pero ninguna prueba pericial caligráfica de ningún tipo se ha llevado a cabo al respecto. Tampoco se han probado los reintegros obtenidos por Roque de la cuenta corriente de Caixa Galicia a nombre de dicha sociedad y en la que figuraba como autorizado, sólo sabemos y por lo que él declara, que recibió algunos reintegros, pero ninguna constancia documental hay de ello en los autos, y tampoco existe constancia documental de que fuese quien abrió mencionada cuenta, figurando eso sí, como persona autorizada en la misma, pero nada más. Al folio 130 de los autos —tomo I— obra una carta remitida a la agencia tributaria por Excor Mapisa SL y en que se le indica a la Agencia la cuenta de Caixa Galicia en que podrá hacer los ingresos de las devoluciones. Dicha carta parece que ha sido firmada por Teodulfo, si nos fijamos en la firma que en ella aparece, pero nada se ha probado al respecto, no llevándose a cabo ninguna pericial caligráfica en este sentido, de otro lado dicha carta es de fecha posterior al fallecimiento del tal Teodulfo, que se produjo en el mes de junio de 1999. Además en el caso de autos no puede hablarse de la concurrencia de engaño bastante que es el elemento esencial del delito de estafa conforme al artículo 248 del Código Penal. Aparece probado que la sociedad Excor Mapisa SL carecía de actividad económica alguna que pudiera constatar la administración tributaria, no teniendo derecho por lo tanto a ningún IVA deducible, no habiendo realizado en consecuencia hechos imponibles sujetos al impuesto, y por ello las devoluciones por el concepto del IVA que solicitó y obtuvo de la Agencia Tributaria eran de todo punto improcedentes. Siendo lo anterior como se acaba de decir, fácilmente se colige que en el caso de autos no puede hablarse de la concurrencia de «engaño bastante» que exige el tipo delictivo como elemento imprescindible de la estafa. Y así se solicitan y obtienen devoluciones de dinero por deducciones de la cuota del IVA, en relación con operaciones de comercio inexistentes y que nunca han tenido lugar. En las declaraciones mensuales del IVA a nombre de dicha sociedad, se hacen constar cantidades de IVA deducible por cuotas soportadas en operaciones interiores, así como entregas intracomunitarias, igualmen-

te inexistentes. No puede decirse, en cualquier caso, que haya concurrido un engaño bastante, adecuado, eficaz y suficiente para provocar un error esencial en el sujeto pasivo, como exige el precepto que tipifica la estafa y la jurisprudencia que lo interpreta. Estima este Tribunal que el acusado Roque actuó como mero testaferro o persona interpuesta, no siendo consciente de que estaba llevando a cabo un acto ilícito en perjuicio de la Hacienda Pública. Tampoco de las actuaciones ni de la investigación policial llevada cabo a instancias del Ministerio Fiscal, resulta que el acusado haya obtenido algún tipo de incremento patrimonial, que permita deducir la obtención de un lucro por su participación en los hechos enjuiciados.

En definitiva estima la Sala que en relación con el acusado Roque, no se ha desvirtuado el principio de presunción de inocencia, por lo que en aplicación del principio *in dubio pro reo,* procede decretar su libre absolución con todos los pronunciamientos favorables.

## Sentencia 148/2011, AP Cáceres, Sec. 2.ª, de 28 de abril

Ponente: **Valentín Pérez Aparicio**

Resumen: **Robo: preexistencia de los objetos sustraídos**

Artículos: **238, 239 y 240 Código Penal**

**El objeto robado —en este caso, un ordenador— no fue hallado ni en el vehículo ni en poder de los acusados ni en los alrededores, negando los acusados su sustracción. La preexistencia del mismo, sin embargo, es mantenida en la sentencia del Juzgado de lo Penal (confirmada por la Audiencia) sobre la base de la declaración de la víctima, según se razona en la fundamentación jurídica.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**Segundo.—**El ordenador en cuestión no fue hallado ni en el vehículo, ni en poder de los acusados, ni en los alrededores; consecuentemente los apelantes niegan su sustracción, no resultando inusual que quien ha sido sorprendido en flagrante delito portando parte de los objetos sustraídos reconozca sólo aquello que se le interviene (porque es evidente al estar en su poder), y niegue todo lo demás que hubiera podido sustraer.

Como se indica en la sentencia de instancia, la preexistencia del ordenador (preexistencia que abarca no solo el hecho de que existiera realmente sino también que se encontraba en el vehículo) se sustenta sobre la declaración de la víctima, prueba apta a tal fin si es valorada conforme a las reglas de ponderación exigidas por la jurisprudencia y que se citan en los recursos, reglas de «*sana crítica*» o de «*sentido común*» (la «*conciencia*» del Tribunal a que se refiere el artículo 741 LECrim) que la psicología del juzgador utiliza consciente o inconscientemente para dotar de credibilidad a la declaración y, especialmente, para compartir las razones por las que ha alcanzado su convicción (motivación) y así permitir el debido control, en vía de recurso, de la valoración que ha realizado de dicha prueba. De lo que se trata, en esta segunda instancia, es de comprobar si el juzgador de instancia valoró la prueba concediendo credibilidad a la declaración, y si explica suficientemente en la sentencia las razones por las que se la concedió, ya que el margen del recurso (pues de la inmediación, esencial para la formación de la convicción, no participa plenamente el Tribunal de Apelación, pese al indudable avance que en ese sentido supone disponer de un acta audiovisual) se reduce al análisis de tales argumentos, al control de su racionalidad y, en ocasiones, a su contraste con

los datos periféricos objetivos que pudieran corroborar o poner en duda la conclusión alcanzada pues, como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2004, *«Conviene decir que, como siempre que nos hallamos ante el problema de medir la eficacia probatoria de alguna de las pruebas consistente en declaraciones prestadas ante el propio tribunal que las presencia, las preside y ha de valorarlas, en definitiva en estos casos ha de prevalecer, como regla general, lo que ese tribunal decida al respecto, consecuencia de las exigencias propias del principio de inmediación procesal»*, añadiendo que, si bien *»puede ocurrir que de esos tres elementos alguno o algunos de ellos, en todo o en parte, no sea favorable a la credibilidad del testimonio de la víctima»* (en nuestro caso se cita el posible interés económico del perjudicado en recibir la indemnización, o la venganza por lo ocurrido) tal ausencia no es obstáculo para que el órgano judicial conceda validez como prueba de cargo a tal testimonio, y *«por esto tiene aquí singular importancia la existencia de una motivación concreta y suficientemente desarrollada sobre este punto»* como ocurre en la sentencia apelada, que dedica su fundamento de Derecho tercero a realizar minuciosamente dicho análisis en unos términos que soportan plenamente cualquier crítica, de entre los que debemos destacar el hecho de que no parece cierto lo que se afirma en el recurso de que la referencia al ordenador no la hiciera el perjudicado desde un primer momento, pues lo contrario lo sugiere uno de los agentes que intervinieron en el juicio (al decir que ya en la llamada de la central hablaban de un ordenador) siendo explicable que en la manifestación inicial de los agentes no se diga nada (pues tan solo mantuvieron una conversación telefónica con el dueño del vehículo a quien describieron las prendas de vestir intervenidas a los autores, y aquel les dijo que se correspondían con las prendas que tenía en el coche) y el perjudicado, desde el mismo momento en que comparece en comisaría para formalizar su denuncia, ya hizo constar que le faltaba el ordenador, equipo que realmente tenía como acreditó con la correspondiente factura de adquisición, siendo muy habitual que, por razones fiscales, la adquisición de equipos de ese tipo se facture a favor de empresas y no del particular.

## Sentencia 23/2011, AP Ciudad Real, Sec. 1.ª, de 28 de abril

Ponente: **María Jesús Alarcón Barcos**

Resumen: **Impago de pensiones: incongruencia omisiva al no pronunciarse la sentencia sobre responsabilidades civiles**

Artículos: **227 Código Penal; 120.3 CE, y 142 LECrim**

**Alega la parte recurrente incongruencia en la sentencia al no haberse pronunciado sobre responsabilidad civil, pero la Audiencia comprueba que, en el fundamento segundo de la sentencia de instancia recoge la juzgadora ampliamente que no procede pronunciamiento relativo al *quantum* indemnizatorio al considerar que no hay pruebas de que el acusado adeude la totalidad de lo reclamado por la acreedora.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**Primero.—**Alega el recurrente como único motivo de impugnación de la sentencia por incongruencia al no haberse pronunciado sobre la responsabilidad civil solicitada por la denunciante.

La incongruencia omisiva conforme reiterada doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, también conocida como «fallo corto», debe apreciarse (S.T.S. 07.07.2000) cuando el Juzgador no se pronuncie sobre alguna de las cuestiones jurídicas planteadas oportuna-

mente por las partes en el proceso (normalmente en las conclusiones definitivas). La resolución del órgano jurisdiccional debe ser explícita y directa, aunque debe entenderse igualmente válida la que sea implícita siempre que la resolución de que se trate sea manifiestamente incompatible con la pretensión de la parte.

En el mismo sentido la STS 26.05.00 señala que la incongruencia omisiva requiere para su estimación, que se haya omitido en la sentencia en la motivación requerida por los arts. 120,3 de la Constitución, 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la respuesta a alguna de las cuestiones de carácter jurídico planteadas por las partes en sus escritos de calificación, si bien no requieren una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las cuestiones planteadas, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales.

Descendiendo al caso que nos ocupa, la Juzgadora de Instancia ha dado cumplida respuesta a la cuestión planteada en el acto del Juicio relativa a los pronunciamientos civiles, dado que el desarrollo del juicio quedó limitado a esta cuestión.

En el fundamento segundo de la sentencia, ampliamente recoge la Juzgadora los motivos por los que entiende que no procede pronunciamiento relativo a la *cuantum* indemnizatorio, al considerar que de las pruebas practicadas no ha quedado acreditado que el acusado adeude el total de lo reclamado por el Ministerio Fiscal y de otro lado tampoco cabe hablar de que dicho acusado haya satisfecho el total de las pensiones alimenticias, por ello consideró que lo procedente era un pronunciamiento de remitir a la jurisdicción civil para la resolución y cuantificación de las mismas.

La Sala no comparte el criterio expuesto por la Juzgadora en cuanto a la reserva de acciones civiles, sino que en este caso lo propio hubiese sido que en ejecución de sentencia se hubiese acreditado lo realmente debido mediante la incorporación de la documental acreditativa y que consta en los procedimientos de ejecución forzosa que se sigue o en su caso que en dicha vía se satisfizo el total de lo reclamado y adeudado. Ahora bien, ello no implica como pretende el recurrente que en esta vía penal se haga un pronunciamiento relativo a absolución del pago de indemnización del tal concepto, cuando resulta acreditado que el mismo no ha abonado el pago de las pensiones alimenticias durante el año 2005 y 2006. Cuestión diferente es que a la fecha del juicio oral no estuviese acreditado debidamente que se adeuda por tal concepto, pues en otro caso supondría causar indefensión a la denunciante que le impediría reclamar las pensiones alimenticias pendientes se abonar o en su caso de los ya instados en la jurisdicción civil mediante los procedimientos de ejecución forzosa. En todo caso se ha de procurar la necesaria coordinación entre ambos órganos judiciales para evitar duplicidad de pagos que conduciría a un enriquecimiento injusto (lo que no es el caso dado que no se acreditado el abono de las cantidades) para la ejecutante proscrito por nuestro ordenamiento jurídico, de forma que lo que en una ejecución se haya obtenido se tenga como abonado también en la otra, de acceder a las peticiones del recurrente podría resultar que la parte denunciante viese frustrado el derecho al cobro de aquello que se le adeuda en concepto de pensión alimenticia, pues no consta que al día de la fecha se hayan satisfecho el importe total reclamado de las pensiones adeudadas descontando los pagos parciales efectuados. Siendo ello así la Sala considera que procede confirmar el pronunciamiento de responsabilidad civil que contiene la sentencia objeto de impugnación.

Por todo ello procede la desestimación del recurso de apelación interpuesto.

## Sentencia 70/2011, AP Lugo, Sec. 2.ª, de 28 de abril

Ponente: **Edgar Amando Fernández Cloos**

Resumen: **Apropiación indebida: agravación por la cuantía de lo defraudado**

Artículos: **250, 250.1.6.º y 7.º Código Penal**

**Examina esta sentencia —debido a la pretensión en tal sentido de la acusación particular— la posibilidad de que concurra el tipo agravado de apropiación indebida por la especial cuantía de lo defraudado con continuidad delictiva.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Tercero.—**Formula recurso la acusación particular solicitando la aplicación del tipo agravado previsto en el art. 250.1.6.º y 7.º del CP anterior a la reforma habida con la Ley Orgánica 5/2010. En tal sentido hemos de señalar que tal petición se formuló por la misma parte procesal al modificar la conclusiones provisionales al formular las definitivas; pero lo cierto es que, realizada tal variación en la calificación, el Juzgado de lo Penal no podía ser competente para conocer de tal tipo de asuntos pues la pena del tipo excede de la competencia de tal órgano judicial, correspondiendo funcionalmente a la Audiencia Provincial.

Como lo cierto es que ninguna resolución se solicitó ni se adoptó en tal sentido, esto es declarar que la competencia funcional no correspondía al Juzgado, lo que dada la cuantía de lo defraudado, superior a los 36.000 € tal y como venía señalando la jurisprudencia, podía considerarse que sí concurría, estamos en el caso de entender que esta segunda instancia nada puede acordar en tal sentido pues nuestra competencia para conocer del recurso deriva de la que tuviera el Juzgado *a quo* y, por ello mismo y no habiendo solicitado nadie la declaración de nulidad, estamos en el caso de entender que no se puede aplicar.

Asimismo hemos de tener presente que para no caer en la ilicitud de la doble valoración (principio *non bis in idem*) no se ha de aplicar la agravación prevista para los delitos continuados en el art. 74.1 CP, que ordena castigar estas infracciones con la pena señalada para la infracción más grave en su grado máximo y permite alcanzar la mitad inferior de la pena superior en grado. Ese cómputo de la suma total solo se podría tener en cuenta para la apreciación de esa agravación 6.ª del art. 250.1, por ello no se podría dar esa otra subida del 74.1 CP, para no incurrir en la mencionada doble valoración.

Cuando tal cantidad importante no se alcance con las infracciones tomadas individualmente cual es el caso que aquí nos ocupa, entonces ha de entrar en juego el otro factor de medición de la especial gravedad señalado en el art. 74.2 CP, el de que hubiere afectado a una generalidad de personas. No existiendo constancia, en absoluto, de que concurra esa situación pues aquí la única perjudicada es la empresa mercantil Abelleira SL y, por tanto, tampoco sería de aplicación la agravación derivada de la continuidad en la forma que se prevé en el art. 74.2 CP. Concatenada con el tipo agravado que se pretende.

## Sentencia 66/2011, AP Badajoz, Sec. 1.ª, de 29 de abril

Ponente: **Emilio Francisco Serrano Molera**

Resumen: **Faltas: incumplimiento del régimen de visitas. Debe tener cierta entidad**

Artículos: **227 y 618.2 Código Penal**

**El incumplimiento típico de los deberes familiares ha de tener cierta entidad y deben excluirse los incumplimientos de carácter defectuoso, incompleto o anecdótico, que no revelan la voluntad de obstaculizar la vigencia y efectividad de las relaciones familiares a que se refiere el tipo. El padre se desplazó desde Llerena a Barcelona para tener en su compañía a su hija, sin que la madre, condenada, le permitiera disfrutar del derecho de visitas.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.—**(...)

En este marco, es un criterio frecuente en múltiples resoluciones de las Audiencias Provinciales considerar que el incumplimiento típico de los deberes familiares ha de tener cierta entidad, y deben excluirse los incumplimientos de carácter defectuoso, incompleto o anecdótico, que no revelen la voluntad de ignorar, obstaculizar o dificultar la vigencia y efectividad de las obligaciones familiares a las que se refiere el tipo. Además, la conducta sancionable ha de responder a los principios de culpabilidad, imputación personal del hecho y personalidad de la conducta punible, de modo que nadie ha de ser responsabilizado por la conducta de otro.

Lo que se protege en el artículo 618.2 del CP es la dignidad de los menores, sus derechos a la estabilidad familiar, al equilibrio en su desarrollo psico-afectivo, a la relación parental y al armónico desenvolvimiento de las mismas (artículo 9 Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño), y lo que se pretende con la intervención penal es desalentar comportamientos parentales en los que los menores sean víctimas de un proceso de «cosificación», de conversión en instrumentos arrojadizos de la propia situación de crisis familiar o personal que contextualiza la relación, en este caso, entre los progenitores».

En el supuesto sometido a debate consta documentalmente acreditado que Jose Francisco ostenta el derecho a visitar y tener consigo a su hija menos, en los términos explicitados en el Procedimiento de Medidas Cautelares 111/2008 del Juzgado de 1ª Instancia de Llerena, es decir: «mitad de los períodos vacacionales desde las 10,00 horas a las 20,00 horas sin pernoctar con entregas y recogidas en el domicilio de la madre y en presencia de una tercera persona». Igualmente consta probado que durante los días 1 de enero de 2010, período navideño en el que le correspondía disfrutar del derecho de visitas, Jose Francisco, previa comunicación a la madre a través de burofax de los padres y personas que le acompañarían, se desplazó a Barcelona a tal fin, sin que la apelante le permitiera disfrutar del derecho de visitas.

Volvió acompañado de una dotación policial el día 5 de enero y no se encontraron a nadie en el domicilio de la recurrente como bien ha puesto de manifiesto el M. Fiscal al impugnar la apelación, en razonamiento que este Magistrado comparte: El padre procedió a avisar via fax a la madre de que iba a recoger a la menor y en compañía de quién lo haría, el día previsto la madre no estaba porque, según afirmaba la persona designada no era de su confianza, sin que hubiere expresado los motivos al padre. El hecho de que la resolución indique que debe ser en presencia de una tercera persona no puede suponer que esto sea una concesión a la madre para decidir a su arbitrio cuándo dejar o no al padre la menor cumpliendo éste con la diligencia de facilitarle con antelación la persona que habría de acompañarle. Esta actitud rebelde no es un problema de ejecución o de aclaración de la resolución civil, sino que denota una actitud desobediente y rebelde de la madre con lo judicialmente acordado, por lo que entraría en el tipo penal por el que ha sido condenada. De lo anterior se colige que la apelante incumplió de forma deliberada y consciente la obligación de hacer contenida por resolución judicial; en cuya virtud debería desarrollar una conducta positiva, colaboradora, en orden a entregar al otro progenitor la hija común, a través de la tercera persona designada, sin oponer caprichosas objeciones relativas a la falta de confianza en la persona designada al efecto.

Se evidencia la intencionalidad en el incumplimiento en el hecho de que no se opusiera tal objeción antes de que el denunciante se trasladase desde Llerena a Cataluña y en el hecho de que, cuando se personó auxiliado de la Policía, la recurrente se hubiera ausentado de su domicilio.

Consecuentemente los hechos anteriores merecen el reproche penal quedando extramuros del principio de intervención mínima, debiendo desestimarse el recurso formulado.

## Sentencia 42/2011, AP Zamora, Sec. 1.ª, de 3 de mayo

Ponente: **Pedro Jesús García Garzón**

Resumen: **Hurto: actuación conjunta: suma del valor de lo sustraído**

Artículos: **22.8, 234 y 623.1 Código Penal**

**Aunque lo sustraído individualmente por cada uno de los tres partícipes en estos hechos pudiera constituir simplemente una falta de hurto, debido a la cuantía de lo hurtado, al existir actuación conjunta y planificada por apropiarse de bienes del interior del establecimiento, la valoración de los sustraído, a efectos de tipificación penal de los hechos, debe hacerse en conjunto.**

### EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Tercero.—**El primero de los motivos del primero de los recursos debe decaer.

Ciertamente podría tener razón el condenado si en la sustracción de los ocho objetos no hubiera mediado acuerdo para cometer la sustracción entre los tres partícipes, dos de ellos declarados en rebeldía. Sin embargo ello no es así como lo revelan las pruebas practicadas: En primer lugar, en el reportaje fotográfico aportado por la representación de la denunciante se observa que los tres partícipes en la comisión entran juntos, hablando entre sí, en el establecimiento; los tres son de nacionalidad rumana, tienen el domicilio en el mismo número de la misma calle de la misma localidad y se desplazaron juntos al Centro Comercial Eroski de Zamora. En segundo lugar, el acusado, que no compareció al acto del juicio pese a estar citado en forma legal, manifestó en su declaración ante el Juzgado, utilizando el plural, que se llevaron productos del Centro Comercial, que se llevó dos máquinas para cortar el pelo, pilas y unas gafas. En tercer lugar, la otra participante en los hechos reconoció igualmente, utilizando el plural, que se llevaron productos sin pagar. En cuarto lugar, el tercero de los participantes reconoció que fue junto con los otros dos detenidos, que se guardaban los productos y salieron juntos.

Por todo ello, si bien es cierto que cada uno de los participantes en la sustracción cogió del establecimiento lo que quiso, hubo una actuación conjunta y predestinado a apoderarse bienes muebles del interior del establecimiento, pues conociéndose, pues residen en el mismo domicilio, se desplazan a Zamora desde Benavente para apoderarse de objeto que hubiera en el interior del establecimiento Comercial Eroski, entran juntos, hablando, en el establecimiento y, tras coger cada uno de ellos los objetos que tuvo por conveniente, salen juntos al exterior donde fueron sorprendidos por el vigilante de seguridad a quien hicieron frente en actitud violenta, lanzando debajo de los vehículos objetos que habían sustraído.

## Sentencia 16/2011, AP Teruel, Sec. 1.ª, de 4 de mayo

Ponente: **María de los Desamparados Cerdá Miralles**

Resumen: **Incumplimiento del régimen de visitas: lugar de entrega de los hijos. Falta**

Artículo: **618.2 Código Penal**

**No considera la Audiencia de Teruel que la denunciada incumpliera el régimen de visitas. El padre había denunciado que, personado en las dependencias de la Policía Local para que le fuera entregada su hija, la madre no se personó. Las discrepancias acerca del lugar donde debía recogerse a la menor abocan a la Sala a revocar la sentencia.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

ACEPTANDO los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida; y,

**Primero.—**La sentencia recurrida declaró probados los hechos siguientes:

«En la mañana del día 31 de octubre de 2009, D. Cecilio, mayor de edad se trasladó hasta las dependencias de la Policía Local de Teruel, donde permaneció hasta las 12.20 horas en espera de que la denunciada D.ª Socorro, mayor de edad, en cumplimiento de la sentencia dictada en fecha 17 de febrero de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Alcañiz, procediera a la entrega de la hija menor común, Diana, tal y como establecía el régimen de visitas fijado en dicha resolución. Socorro no apareció con su hija».

**Segundo.—**Dicha sentencia contiene el siguiente fallo:

«Primero: Que DEBO CONDENAR Y CONDENO a D.ª Socorro como autor responsable de UNA FALTA del art. 618.2 del Código Penal, a la pena de DOS MESES DE MULTA con una cuota diaria de 10 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago.

Segundo: Las costas se imponen a Socorro».

**Tercero.—**Contra la mencionada sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte denunciada en el encabezamiento.

**Cuarto.—**Dicho recurso se admitió en ambos efectos, y se dio traslado a las partes para alegaciones, interesando el Ministerio Fiscal la confirmación de la sentencia. Elevados los autos a esta Audiencia, que estimó no ser necesaria la celebración de vista oral, se pasó el expediente al actuante para dictar sentencia.

HECHOS PROBADOS

**Único.—**De conformidad con los hechos probados que se declaran en sentencia, excepto:

1.º Que la sentencia firme de esta Audiencia Provincial establece un lugar distinto para recoger a la menor es decir, el punto de encuentro de Alcañiz, revocando en este punto la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción que establecía la localidad de Teruel, accediéndose con ello a las pretensiones de la madre sobre el lugar de encuentro, lo que fue interesado por la madre en el suplico de su recurso de apelación, por remisión a su demanda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.—**Este Tribunal no puede considerar que la denunciada haya incumplido el régimen de visitas establecido en la resolución judicial, porque el régimen de visitas que se dice incumplido, por lo que se refiere al lugar de encuentro, había sido revocado por la resolución judicial de esta Audiencia como ya debería haberse puesto de manifiesto por las partes a la celebración del juicio pues existe una decisión judicial firme anterior dictada por este mismo Tribunal, en un juicio de faltas anterior por hechos idénticos entre las mismas partes, es decir la sentencia de fecha 10-6-2010 dictada en el Rollo 26/2010. Conforme a ello el hecho de que el padre no pudiera recoger a su hija en la fecha determinada en la primera instancia en las dependencias de la Policía Local de Teruel, no puede predicarse incumplimiento alguno, porque la madre no tenía obligación de acudir a dicho lugar para entregar a la hija común.

Como consecuencia el alegado error en la apreciación de la prueba debe ser estimado, y la sentencia revocada en su integridad, para en su lugar absolver libremente a la denunciada de las faltas por las que se ha seguido el juicio con todos los pronunciamientos favorables, declarando de oficio las costas causadas en ambas instancias de conformidad con el art. 240 del Código Penal.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación.

FALLO

haber lugar al recurso de apelación (...).

## Sentencia 66/2011, AP Huesca, Sec. 1.ª, de 11 de mayo

Ponente: **Antonio Angos Ullate**

Resumen: **Prescripción: interrupción por providencia no notificada. Faltas**

Artículos: **132.2 y 634 Código Penal**

**Rechaza la Audiencia que la falta haya prescrito: la providencia acordó el señalamiento del juicio de faltas por lo que tuvo contenido sustancial, dado que tal decisión implicaba que el procedimiento seguía dirigiéndose contra el denunciado, sin que la falta de notificación de dicha providencia suponga impedimento al efecto interruptivo.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Segundo.—**En la alegación primera del recurso, el denunciado mantiene la prescripción de la falta por la que ha sido condenado.

Al respecto, hemos de aclarar previamente que la denuncia, de fecha 16 de febrero de 2010, interrumpió la prescripción, en tanto que fue admitida a trámite por Auto de 15 de marzo de 2010 (es decir, antes del transcurso de dos meses a que se refiere ahora el artículo 132.2 del Código penal —redacción dada por Ley Orgánica 5/2010—) y determina suficientemente la persona del denunciado por remisión al contenido de la denuncia, también en los términos exigidos por dicho precepto acogiendo la tesis del Tribunal Constitucional sobre esta materia, cuya actual regulación puede ser considerada más favorable para el denunciado. A partir de entonces, ante la ausencia de regulación legal sobre qué actos interruptivos suponen que el procedimiento se dirige contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta, como dice ahora el artículo 132.2 del Código penal —en lugar de la anterior expresión «contra el culpable»—, debemos seguir acudiendo a la jurisprudencia clásica sobre la materia, según la cual solo los actos procesales de contenido sustancial tienen aptitud de interrumpir la prescripción.

En el presente caso, la Providencia de fecha 30 de julio de 2010 (folio 8) acordó el señalamiento de juicio de faltas, por lo que tuvo contenido sustancial, dado que tal decisión implicaba que el procedimiento seguía dirigiéndose contra el denunciado, con lo cual la prescripción quedó nuevamente interrumpida. La falta de notificación de dicha Providencia y de citación al juicio del aquí apelante en ese momento (todavía no se conocía su domicilio) no suponen ningún impedimento para el efecto interruptivo, dado que la jurisprudencia nunca ha exigido tales requisitos formales para entender que el procedimiento se dirige contra el culpable, según la expresión clásica (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2003 —ROJ: STS 688/2003— y 1 de febrero de 2011 —ROJ: STS 901/2011—).

No obstante, respecto al desconocimiento del domicilio del denunciado, solo si hubieran transcurrido seis meses sin dato alguno sobre su paradero para hacer efectiva la citación al juicio o la notificación de cualquier otra resolución sustancial permitiría declarar prescrita la falta, como apunta el Auto de la Audiencia provincial de Madrid, sección 17, de 10 de diciembre de 2010 (ROJ: AAP M 18067/2010), por razones de seguridad jurídica y aplicando por analogía las consecuencias de la declaración de rebeldía propias del procedimiento por delito. No es esto lo que ocurrió en el caso de autos, en el que, con fecha 13 de septiembre de 2010, la Guardia civil comunicó al Juzgado el domicilio del denunciado (f. 15), lo que dio lugar a una nueva Providencia de señalamiento del juicio, de fecha 28 de septiembre de 2010 (f. 25), la cual volvió a interrumpir la prescripción sin haber transcurrido seis meses desde la anterior providencia de 30 de julio de 2010 y una vez que el denunciado fue citado al juicio (el 12 de noviembre de 2010: f. 32) para el próximo día 16 de diciembre de 2010. Es decir, no nos hallamos ante sucesivos señalamientos y correlativas suspensiones por un período superior a seis meses.

Por todo ello, procede rechazar la prescripción de la falta.

## Sentencia 29/2011, AP Segovia, Sec. 1.ª, de 24 de mayo

Ponente: **Andrés Palomo del Arco**

Resumen: **Deficiencia mental. Estafa**

Artículos: **20.1, 21.1, 248 y 249 Código Penal**

**Frente a la pretensión de la parte recurrente de que a la imputabilidad disminuida del acusado corresponda una total exención de responsabilidad, la Audiencia de Segovia razona, teniendo en cuenta los coeficientes intelectuales, los motivos por los que confirma la sentencia del Juzgado de lo Penal.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.—**Recurre la representación procesal del condenado en la instancia, el particular referido a la circunstancia modificativa afectante a la imputabilidad que entiende procede estimar eximente completa. Así argumenta:

*Si bien el informe del Médico Forense aduce que el condenado tiene capacidad para diferenciar entre el bien y el mal de manera teórica, a renglón seguido nos manifiesta que puede tener dificultades para aplicar sus conocimientos a situaciones más complejas como es caso que se juzga. Asemejando en esta situación en concreto su capacidad para comprender a la de un niño de 10-12 años.*

*Este criterio es ratificado en el acto de juicio.*

*Así mismo el informe psicológico que obra en el expediente manifiesta la imposibilidad del condenado en cuanto a poner enmarca «procesos complicados de pensamiento por su retraso mental». Estamos ante una persona que no sabe lo que es la estafa, declaración en la Comisaría y en el Acto de Juicio.*

*El presente delito no es un delito de blanco y negro, de bueno y malo, de evidente y no evidente. Se trata de un fraude a un contrato de adhesión, oscuro y complejo, que llevó al Ministerio Fiscal a manifestar en su informe, que si sólo hubiera sido un caso no estaríamos en la vía penal.*

*Efectivamente han sido varios supuestos diferentes, pero no se debe olvidar dos aspectos básicos:*

*Curiosamente la tienda donde adquiere los teléfonos permite sin objeción alguna la compra reiterada de los mismos, suscribiendo este tipo de contratos, e, incluso en el mismo día, la compra de dos teléfonos. La inexistencia de advertencia alguna sobre esta conducta, debió hacer suponer al condenado que no había problema alguno en su actividad. Lo lógico hubiere sido que se hubiere efectuado atención sobre este extremo, y seguro que se hubiera evitado todo este asunto.*

*Efectivamente la mentalidad del condenado es la de un niño de 10-12 años. Por ello la persona que está detrás de todo este asunto le hizo ver que lo que hacía estaba bien. Compraba los teléfonos y los vendía para hacer un regalo a su novia, nos dijo en el Juicio, y se los vendía siempre a la misma persona, Roberto de «Todo Útil», como reconoció en la Comisaría, en el Juzgado de Instrucción y en el acto de Juicio. El cual, y dada la asiduidad de las ventas algo debería haber dicho. Luego en el acto de Juicio se niega por el tal encargado de «Todo Útil», este extremo, evidentemente nos atrevemos a decir.*

*Como ya manifestamos en el acto de Juicio: un niño de 10-12 años va a tener una percepción de la bondad o maldad de una conducta en función de la valoración que su referencia haga de la misma. No entremos en la filosofía ni de Hobbes ni de Rousseau. Esto es así.*

*Por ello esta parte entiende, al contrario que la Sentencia que ahora se recurre, que cuando el condenado firmaba los contratos no sabía su trascendencia, y cuando los vendía tampoco sabía lo que hacía en cuanto a sus consecuencias».*

El motivo no puede ser estimado, pues el informe del doctor forense es claro; indica una limitación cognoscitiva parcialmente afectada, en modo alguna anulada y así la Juez *a quo* en correlativa congruencia, aprecia una eximente incompleta; sin que proceda la eximente en su extensión íntegra, pues ninguna pericia nos indica la anulación o supresión de facultades intelectivas o volitivas; y en todo caso el desarrollo del mecanismo para recaudar dinero que además reiteró, solicitar un teléfono nuevo y a continuación enajenarlo, lo que precisamente revela es la conservación de facultades en absoluto simples para conseguir sus fines.

En el ATS de 1 de octubre de 2009, se pondera, también un supuesto de estafa, donde el imputado no padecía un retraso mental leve como en autos, sino una oligofrenia de grado medio y la única circunstancia modificativa que le es estimada es una atenuante analógica, negando el TS sea de estimar exención por esta causa.

Con carácter general la STS 26 de noviembre de 2001, también referida a un supuesto de estafa, nos indica que la jurisprudencia basándose en la psicometría y en los tests de personalidad y de inteligencia, teniendo en cuenta las clasificaciones que en esta materia se han hecho en el DSM-IV y en el CIE-10, viene considerando inimputables a las personas cuyos coeficientes intelectuales no superan la cifra de 40 (supuestos de retraso mental profundo o grave), con imputabilidad limitada las personas con coeficientes intelectuales entre 40 y 70 (supuestos de retraso mental moderado o leve), y finalmente totalmente imputables los simplemente torpes, como es el caso (v. SS. de 11 de julio de 1988, 27 de septiembre de 1991, 28 de mayo de 1993 y de 13 de diciembre de 1994, entre otras). En autos, se informa para el inculpado, un coeficiente intelectual de 70, indicativo de retaso mental leve, se especifica expresamente, por lo que desde esta perspectiva, incluso la eximente incompleta resultaría atenuación excesiva.

Si bien es cierto, que en conexión directa con la actividad delictiva desarrollada y el límite cognoscitivo informado, la eximente incompleta se corresponde de manera adecuada la limitación de la imputabilidad del recurrente, así en supuesto similar la STS de 22 de septiembre de 2001; pero en modo alguno resulta de la pericial o de la subsunción del retraso mental que padece el recurrente y la actividad delictiva llevada a cabo, posibilidad de entender procedente la eximente completa, que conlleva una anulación de sus facultades cognoscitivas que no una mera limitación; anulación en todo caso incompatible que las actividades que consta probado desarrolló de forma reiterada.

## Sentencia 32/2011, AP Segovia, Sec. 1.ª, de 24 de mayo

Ponente: **Andrés Palomo del Arco**

Resumen: **Responsabilidad civil: daños psicológicos ocurridos por haber sido ridiculizado en internet**

Artículos: **741 y 973 LECrim**

**Los acusados fueron condenados por haber creado un foro en «tuenti», en internet, haciéndose pasar por la denunciante y con un contenido ridiculizante y vejatorio para ésta. Entre otras cuestiones se debate el alcance que debe tener la indemnización para resarcir el daño psicológico ocasionado a la víctima.**

## EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**Séptimo.—**Tanto el motivo cuarto del recurso de Estibaliz, como el quinto de Esmeralda, están dedicados a impugnar el pronunciamiento sobre responsabilidad civil.

En el motivo del recurso de Estibaliz, además de minimizar el grado del trastorno psicoló-

gico padecido por la denunciante, entiende que en todo caso resultaría preferente el informe de la doctora forense que informa una duración del mismo de doce meses, frente a los dieciocho afirmados en el informe del Dr. Gaspar y estimados en sentencia.

Por su parte el recurso de Esmeralda, entiende igualmente excesiva la indemnización otorgada; niega que sea de aplicación referencial el baremo previsto para daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, pues en los mismos se atiende de manera conjunta a daños personales y morales; mientras que en autos sólo se indemnizan daños morales; y que en todo caso el daño que se dice causado no ha sido «impeditivo».

Tanto uno como otro recurrente, aportan a su vez ejemplos jurisprudenciales donde la indemnización otorgada era notablemente menor. Ejemplos que en absoluto son de aplicación, pues lo relevante no es la acción típica sancionada en cada una de esas resoluciones sino el efectivo daños personal causado en cada caso. Así la STS 28-10-2010, contempla un supuesto de vejaciones en el ámbito laboral, donde se origina un trastorno adaptativo (con la diferencia de que allí sí se precisaron ansiolíticos para su curación) y la indemnización otorgada por el TS es de 18.000 euros. En autos, corroborado por dos informes periciales, nos dice la sentencia recurrida:

*A consecuencia de estos hechos, Frida sufrió un trastorno adaptativo ansioso depresivo moderado desde la fecha en que tuvo conocimiento de los hechos el 1 de agosto de 2008 hasta la fecha de alta forense el 9 de septiembre de 2009 (Informe forense obrante al folio 243); precisando continuar tratamiento de apoyo de tipo psicoterapéutico por estrés postraumático hasta la actualidad, siendo su situación estacionaria por la permanente actualización de las circunstancias consiguiente a la duración del proceso legal en curso (informe del médico psiquiatra Don Gaspar, de 19 de enero de 2011).*

Es decir, hay un daño psicológico informado y acreditado; trastorno ansioso depresivo moderado, que no remitió, sino a los 12 meses; que curso efectivamente sin originar incapacidad para sus ocupaciones y dedicaciones habituales a la denunciante, aunque lógicamente «si ha supuesto un malestar psicológico significativo». Tras esos doce meses, cesa el cuadro, pero persisten secuelas: trastorno adaptativo leve, que necesita de tratamiento de apoyo psicoterapéutico.

Doce meses y no los 405 días que indica la sentencia recurrida, más la continuación una vez que está fijada el alta, pues la doctora forense expresamente así lo consigna en la primera de sus conclusiones, para datar a partir de esa fecha el alta aún cuando curse con la secuela descrita. Valga como comparación explicativa, es una situación similar a lo que acontece con las lesiones físicas que tras obtener el alta, ulteriormente precisan alguna sesión de «rehabilitación». Lo cual resulta compatible con el informe del Dr. Gaspar, que informa de un estrés postraumático, que no es sino un trastorno psicológico dentro del grupo de los trastornos de ansiedad, pero también afirma que se encuentra en situación ya estacionaria, donde el tratamiento atiende a «restaurar» el daño psicológico. De donde lo correcto, producida una situación de estabilización, es dar alta, aunque debe ponderarse a su vez, las secuelas resultantes, tal como se plasma en el informe forense.

Es decir, lo procedente es indemnizar el daño psicológico padecido durante doce meses sin incapacidad y la secuela que persiste. La sentencia de instancia al definir la extensión del término «vejación», reitera su acepción de maltrato psicológico. Y resulta obvio que desde el exclusivo criterio referencial, el baremo establecido para indemnizar los daños personales que deban ser atendidos por razón de responsabilidad civil generada por circulación de vehículos de motor, resulta adecuado. Como expresa la STS 20-3-2007, el baremo es capaz de procurar por esta vía de la sustitución económica, la indemnidad buscada en el pronunciamiento sobre responsabilidad civil, pues el baremo indemnizatorio del daño corporal en la siniestralidad vial, que se suele emplear como mero referente, también, en la delincuencia dolosa o imprudente situada extramuros de la circulación viaria en cuyo ámbito el baremo tiene una naturaleza vinculante —SSTS 1461/2003, 196/2006 y 80/2007, entre otras—.

Desde ese aserto, ponderando la naturaleza esencialmente psicológica del daño, aunque se

utilicen cifras redondas aproximativas, no procede el incremento significativo que por la mayor afección que originan las infracciones dolosas, resulta habitual cargar sobre el cantidades resultantes del baremo, por lo que procede en la aplicación analógica referencial (víctima menor de 20 años en el momento de los hechos y dada de alta en 2009) atender por días no impeditivos 360 a 30 euros, 10.800 euros y por la secuela de trastorno adaptativo leve, dos puntos a 800 euros, 1.600 euros más, en definitiva un total de 12.400 euros, lo que supone la estimación parcial de los recursos formulados.

Revista de

# Derecho Penal

## DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

# CIRCULAR 1/2011

# RELATIVA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS CONFORME A LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL EFECTUADA POR LEY ORGÁNICA 5/2010

## I. INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigor el pasado 23 de diciembre de 2010 de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 5/2010, el Derecho español deja atrás, parece que de forma definitiva, el axioma *societas deliquere non potest,* para algunos ciertamente erosionado ya por las previsiones de los artículos 129 y 31.2 del Código Penal, en su redacción anterior a esta última modificación.

La Exposición de Motivos de la Ley sustituye la explicación de las razones de política criminal que motivan la inclusión en el Código Penal de un modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas, por una escueta apelación al necesario cumplimiento de las obligaciones que se derivan de los tratados internacionales y del denominado Derecho penal de la Unión Europea, aun cuando de ninguno de ellos se puede extraer la obligatoriedad de atribuir genuina responsabilidad penal a las corporaciones, constituyendo otras opciones posibles la imposición de sanciones administrativas, medidas de seguridad u otras consecuencias jurídico penales de naturaleza diferente a las penas.

En cualquier caso, las nuevas previsiones legales en la materia parecen encontrar su principal fuente de inspiración en una serie de instrumentos de política criminal internacional, algunos de ellos antiguos, entre los que destacan la *Recomendación 18/88 de 20 de octubre del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa,* la *Convención de Bruselas de 26 de mayo de 1997 sobre la lucha contra la corrupción en el ámbito de la función pública de la Unión Europea,* la *Convención de Nueva York de 9 de diciembre de 1999 sobre terrorismo,* la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, actualmente sustituida por la *Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas,* la *Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal y las Decisiones Marco de la Unión Europea 2005/222 sobre ataques a los sistemas informáticos,* la *2004/757 sobre punición del trafico de drogas* y la *Decisión Marco 2004/68 sobre explotación sexual y pornografía infantil,* entre otras, además de la *Convención y los Protocolos de Naciones Unidas contra el crimen organizado transnacional.*

Al margen de las dificultades técnicas —sustantivas y procesales— que plantea esta reforma, la realidad proporciona muestras de la existencia de un grave fenómeno al que los ordenamientos jurídicos están obligados a dar respuesta. Un estudio relativamente reciente del Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht (Instituto Max-Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional) puso de relieve que ya entre los años 1974 y 1985, más del 80% de los delitos susceptibles de ser encuadrados en lo que se ha dado en llamar el Derecho penal económico, se cometían a través de empresas.

El problema reviste además tintes estructurales, en la medida en que la propia naturaleza de las corporaciones puede facilitar la aparición de conductas desviadas por parte de quienes las dirigen y sus empleados. En este contexto, el Derecho penal se enfrenta a dificultades específicas, tanto en el proceso de adscripción de la responsabilidad individual, como en relación con los efectos preventivos de la sanción.

En cuanto a lo primero, a nadie escapa que el sistema de organización del trabajo por medio de organigramas de distribución vertical y horizontal de las tareas —en un fenómeno que la doctrina ha dado en llamar *de la irresponsabilidad organizada*— dificulta la investigación y proporciona oportunidades adicionales de lograr la impunidad o el deslizamiento de la responsabilidad hacia los niveles más bajos de la estructura jerárquica empresarial. En otros casos, detectada la infracción penal y comprobados sus efectos beneficiosos para una determinada compañía, la ventaja obtenida es sistemáticamente superior a las consecuencias gravosas derivadas del delito, en ocasiones solo soportadas por utilísimos *chivos expiatorios* entregados a tal fin, con o sin su aquiescencia. En este mismo sentido, quizá sea bueno recordar la tradicional insuficiencia de la acción civil para restablecer el orden subvertido por medio del delito atribuible únicamente a las personas físicas, al estar dicha acción necesariamente limitada a la obtención de un resarcimiento por el mal causado que bien pudiera tener un coste económico muy inferior al potencial beneficio obtenido con la infracción penal. A ello se añade la conveniencia de poner fin a la bienintencionada pero inaceptable tendencia a atraer el patrimonio de la sociedad al ámbito de la responsabilidad civil subsidiaria exigible en el proceso penal mediante la imputación, a veces algo forzada, de las personas físicas.

Tampoco se satisfacen las necesidades preventivas relacionadas con la responsabilidad de los entes corporativos con las previsiones del artículo 31 del Código Penal. Como es sabido, con la inclusión de dicho precepto en el Código Penal de 1995 se acoge una solución prácticamente coincidente con la del previgente artículo 15 bis del Código Penal de 1973 introducido en dicho texto legal por medio de la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal —inspirado a su vez en el § 14 del St.G.B. alemán— si bien el vigente artículo 31 de nuestro Código añade la alusión a la representación de personas físicas, no prevista en el antiguo artículo 15 bis, que solo se refería a la representación de personas jurídicas.

Por otra parte, ni el artículo 15 bis ni el vigente artículo 31 del Código Penal se concibieron con el propósito de determinar la autoría en los delitos cometidos en el marco de las personas jurídicas, fijando una regla según la cual, de dichas infracciones *deban responder sus directivos o representantes,* sino que su genuino objeto fue colmar las lagunas de punibilidad existentes en relación con los *delitos especiales propios,* realizando una extensión del tipo o de la autoría en dichas infracciones al asignar al *representante persona física*

las específicas condiciones personales exigidas para ser autor de la infracción, aun cuando dichas condiciones no se den en él y sí en la persona física o jurídica a la que representa. En este sentido, sirva de ejemplo la condición de *obligado tributario* en una defraudación penalmente relevante del Impuesto sobre Sociedades, que, caso de no existir el artículo 31 del Código Penal, difícilmente se podría predicar del representante, pues siguiendo con el símil anterior, el *obligado* en dicho tributo no es él, sino la persona jurídica.

Así pues, por medio del artículo 31 del Código Penal se resuelven las situaciones en las que se produce una disociación entre quien actúa, *el representante,* y quien ostenta la cualidad que el tipo exige al sujeto activo del delito, *el representado,* ya se trate de una persona física o jurídica. En consecuencia, en el contexto de un Derecho penal como actualmente ya es el nuestro, en el que se admite la responsabilidad de las personas jurídicas, sigue resultando necesaria la previsión expresa de las *actuaciones en nombre de otro* que efectúa el artículo 31 del Código Penal, haciendo viable la atribución de responsabilidad penal a una persona física, que, no obstante haber lesionado un bien jurídico de forma merecedora de pena, no encajaría en el tipo penal por carecer de la cualificación necesaria para poder ser considerado autor del *delito especial propio*.

Es cierto que en un primer momento se vinculó de forma errónea el originario artículo 15 bis del Código Penal de 1973 con la cuestión de la responsabilidad *de* y *en* las personas jurídicas. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y el propio Tribunal Constitucional se encargaron en su día de centrar en sus justos límites la aplicación del precepto, despojando su vigencia práctica de cualquier tentación de objetivación de la responsabilidad. Más recientemente, y pese a algún supuesto aislado en el que dio la impresión de que el inicial equívoco volvía a hacer acto de presencia —en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo número 1828/2002, de 25 de octubre—, la jurisprudencia se ha encargado de despejar cualquier incógnita acerca del verdadero sentido del vigente artículo 31 del Código Penal.

En efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo número 816/2006, de 26 de junio, sintetiza la interpretación actual de la cuestión, cuando se expresa en los términos siguientes: «*... su incorporación al Código [se refiere a la del anterior artículo 15 bis] no vino en modo alguno a introducir una regla de responsabilidad objetiva que hubiera de actuar indiscriminada y automáticamente, siempre que, probada la existencia de una conducta delictiva cometida al amparo de una persona jurídica, no resulte posible averiguar quiénes, de entre sus miembros, han sido los auténticos responsables de la misma, pues ello sería contrario al derecho a la presunción de inocencia, sino obviar la impunidad en que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una persona jurídica por miembros de la misma perfectamente individualizables, cuando, por tratarse de un delito especial propio, es decir, de un delito cuya autoría exige necesariamente la presencia de ciertas características, éstas únicamente concurrieren en la persona jurídica y no en sus miembros integrantes. La introducción del artículo 15 bis del Código Penal tuvo el sentido de conceder cobertura legal a la extensión de la responsabilidad penal en tales casos, y solo en ellos, a los órganos directivos y representantes legales o voluntarios de la persona jurídica, pese a no concurrir en ellos, y sí en la entidad en cuyo nombre obraren, las especiales características de autor requeridas por la concreta figura delictiva. Más, una vez superado así el escollo inicialmente existente para poderles considerar autores de la conducta típica del citado precepto, no cabe inferir que no hayan de quedar probadas,*

*en cada caso concreto, tanto la real participación en los hechos de referencia como la culpabilidad en relación con los mismos».*

Con la responsabilidad penal de las personas jurídicas se completa el círculo de la respuesta punitiva del Estado frente al potencial criminógeno, la capacidad de amplificación del daño y el aseguramiento de la impunidad que pueden derivarse del mal uso de las formas colectivas dotadas de personalidad jurídica. Desde el punto de vista procesal, se garantiza que las corporaciones con auténtica actividad y estructura organizativa —que habitualmente engloban intereses de titularidad diversa y en ocasiones contrapuestos—, puedan ejercer la más amplia defensa en el proceso frente a quienes cometan el delito alegando actuar *en su nombre, por su cuenta y en su provecho*. La introducción del nuevo artículo 31 bis en el Código Penal constituye así una opción susceptible de dar mejor respuesta a situaciones como las apuntadas, restableciendo la plena vigencia de la norma y fortaleciendo la eficacia de los resortes de la prevención general y especial, al tiempo que se robustece la eficacia del Derecho penal también en la determinación y sanción de las responsabilidades de tipo individual.

En último término, y si bien es cierto que la cuestión no debe resolverse apelando a un positivismo meramente formal —pues se trata de una materia que puede llevar implícitas profundas implicaciones dogmáticas—, la realidad es que, en un Estado Constitucional como el nuestro, el hecho de que el delito sea obra del ser humano, de la persona jurídica o de ambos, no se debe a razones ontológicas ni a la propia naturaleza de las cosas, sino a una decisión de Derecho positivo como principal herramienta, que lo es, de impulso y concreción de una determinada política criminal.

Inexplicablemente, la reforma no se ha acompañado de previsión procesal alguna, siquiera mínima, que resuelva algunos de los problemas que pueden generarse en la práctica en relación con el estatuto jurídico de la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal. Como consecuencia de ello y para evitar que la nueva Ley se convierta en papel mojado, los operadores jurídicos se encuentran ahora enfrentados a la tarea de reinterpretar e integrar la normativa procesal existente sin menoscabo de las garantías propias del Derecho penal y con pleno respeto al principio de legalidad procesal previsto en el artículo 1 de la LECr.

En el momento de elaborar este trabajo existe ya un borrador de texto articulado que se quiere incorporar al Proyecto de Ley de medidas de agilización procesal en el que se prevén algunas muy limitadas reformas en la LECr y en la LOPJ en relación con esta específica cuestión. Sin embargo, el contenido último de dicho texto resulta a día de hoy imprevisible por cuanto se encuentra pendiente de tramitación parlamentaria y su actual redacción, que lamentablemente no ha pasado a informe del Consejo Fiscal, puede ser objeto de enmiendas.

La presente Circular —sin pretensión de exhaustividad y consciente de las dificultades propias del abordaje de una normativa totalmente nueva y de repercusiones prácticas aún desconocidas—, pretende proporcionar a los Sres. Fiscales algunas primeras pautas exegéticas y aplicativas del nuevo sistema, en un intento de anticipar los problemas y facilitar soluciones uniformes que garanticen el principio de unidad de actuación del Ministerio Público, sin perjuicio de reconocer que el futuro rodaje de los nuevos preceptos pondrá

sobre la mesa, sin duda, un buen número de nuevas cuestiones más allá del contenido de las siguientes páginas.

(...)

## VII. CONCLUSIONES

**PRIMERA.** La LO 5/2010 de reforma del Código Penal introduce un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas cuyos fundamentos esenciales se contienen en el artículo 31 bis del Código Penal. Los nuevos sujetos pasivos del proceso penal, potenciales responsables de ilícitos de esa naturaleza, son las personas jurídico privadas de Derecho civil y mercantil y determinadas personas jurídico públicas en los términos a los que se hace alusión en el apartado II.2) de esta Circular, constituyendo la ostentación de personalidad jurídica un requisito imprescindible en todo caso.

Para aquellos otros entes colectivos que carezcan de la misma, la Ley prevé un régimen diverso —de aplicación potestativa— en el artículo 129 del Código Penal.

**SEGUNDA.** En los dos párrafos del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal se establece un mecanismo normativo de atribución de la responsabilidad por transferencia o de tipo vicarial, de modo que las personas jurídicas pueden resultar penalmente responsables de los hechos cometidos por determinadas personas físicas siempre que concurran las específicas condiciones a las que se refiere el precepto aludido.

**TERCERA.** El objeto del proceso penal en caso de imputación de una persona jurídica no lo constituye la idoneidad objetiva o hipotética del programa de cumplimiento adoptado por la corporación, en su caso, sino que deberá centrarse en acreditar, a través de los medios de prueba con que se cuente en cada caso, que las personas físicas a las que se refieren los dos párrafos del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal —representantes, gestores de hecho o de derecho y subordinados en la jerarquía empresarial—, cometieron el delito en las concretas circunstancias a las que la Ley se refiere, debiendo atenerse los Sres. Fiscales a la interpretación que de las mismas se efectúa en la presente Circular.

**CUARTA.** Los programas de autorregulación corporativa, *compliance guide* o *corporate defense* podrán servir de instrumento para evaluar el contenido real del mandato de que es titular el gestor o representante, y aquello que, junto con las normas que regulan la actividad de que se trate, integra el *control debido* de la actividad empresarial en el caso concreto, pero no constituyen ni el fundamento de la imputación de la persona jurídica ni el sustrato de una pretendida *culpabilidad de empresa* a la que no se refiere el artículo 31 bis del Código Penal y que constituye una categoría de todo punto ajena a nuestra dogmática penal.

**QUINTA.** En aquellos casos en los que se detecte la existencia de sociedades *pantalla o de fachada,* caracterizadas por la total ausencia de auténtica actividad, organización, infraestructura, patrimonio etc., utilizadas como herramientas del delito y/o para dificultar su investigación, nada obsta a que los Sres. Fiscales recurran a la figura de la simulación contractual o a la doctrina del *levantamiento del velo,* a los efectos de aflorar a las perso-

nas físicas amparadas por la ficción de independencia y alteridad de la sociedad *pantalla*, evitando imputar a estas últimas aun a pesar de que puedan gozar de personalidad jurídica y por tanto, y desde un punto de vista estrictamente formal, podría serles de aplicación el artículo 31 bis del Código Penal.

Los Sres. Fiscales valorarán asimismo la pertinencia de imputar únicamente a la persona física, levantando también en este caso el velo societario, en aquellos supuestos —preferentemente de negocios o actividades unipersonales que adopten formas societarias— en los que la personalidad jurídica sea del todo ajena a la comisión del hecho delictivo, se detecte la falta de verdadera alteridad de la entidad corporativa y exista un solapamiento total entre la voluntad del gestor y la de la persona jurídica, de modo que la imputación conjunta de la persona física y la jurídica pueda generar en la practica un supuesto de *bis in ídem.*

**SEXTA.** En los casos en los que proceda acusar tanto a las persona físicas como a las jurídicas, se atenderá a la regla del apartado 2 del artículo 31 bis del Código Penal para la modulación de las cuantías de las respectivas sanciones pecuniarias cuya imposición se solicite, de modo que se garantice el principio de proporcionalidad de las penas.

**SÉPTIMA.** Los Sres. Fiscales deberán atenerse a las previsiones del apartado 4 del artículo 31 bis del Código Penal, que contiene un catálogo cerrado de atenuantes de aplicación a las personas jurídicas, cuya exclusividad es destacada en la Exposición de Motivos de la Ley y se refuerza con la expresión sólo con la que se inicia el precepto. Ello impide la aplicación de aquellas circunstancias del artículo 21 del Código Penal cuya formulación no se refiere a comportamientos exclusivamente humanos, lo que resulta particularmente llamativo en el caso de la nueva atenuante de dilaciones extraordinarias e indebidas del artículo 21.6.ª del Código Penal y en la de análoga significación de la atenuante 7.ª del mismo precepto.

**OCTAVA.** La única pena por la que se puede optar en todo caso a la hora de sancionar a la persona jurídica es la de multa, que por ello será la opción prioritaria de los Sres. Fiscales en sus escritos de acusación, salvo que razones de prevención especial, o la gravedad y las especiales circunstancias de la conducta imputada (múltiples perjudicados, importe de los perjuicios, etc.) aconsejen otra cosa.

Asimismo, para calcular el importe de la sanción pecuniaria, los Sres. Fiscales deberán atender a la información que respecto de esa específica materia se pueda extraer de los resultados económicos obtenidos por las sociedades mercantiles en los ejercicios objeto de investigación conocidos a través del depósito de cuentas anuales en el Registro Mercantil, amén de la información patrimonial que pueda recabarse de la Administración Tributaria.

**NOVENA.** Las penas de suspensión de actividades de la persona jurídica y de clausura de sus locales y establecimientos, podrán solicitarse respecto de todas sus actividades, locales y establecimientos, o respecto de tan solo una parte de esa actividad o alguno de sus locales o establecimientos, en cuyo segundo caso, los Sres. Fiscales concretarán la solicitud de sanción respecto de aquellos sectores de la actividad o de negocio o aquellas ubicaciones que estén más específicamente vinculados/as con el hecho/s delictivo/s que se impute/n a la corporación.

**DÉCIMA.** La solicitud de la pena de disolución de la persona jurídica deberá reservarse para casos extremos, como los delitos de especial gravedad y repercusión social o aquellos que revistan los caracteres del denominado delito masa (con gran número de perjudicados), siempre y cuando la sanción no resulte contraproducente en el caso concreto atendiendo a los criterios a que se refiere el artículo 66 bis y cuidando particularmente de velar por el efectivo resarcimiento de las víctimas y/o la protección de los derechos de trabajadores y acreedores de la corporación.

**UNDÉCIMA.** Hasta tanto se prevea un régimen procesal específico para la persona jurídica imputada en el procedimiento penal, los Sres. Fiscales aplicarán los preceptos de la LECr y supletoriamente, los de la LEC, conforme a las pautas apuntadas en la presente Circular.

**DUODÉCIMA.** Por lo que respecta al emplazamiento para la primera comparecencia en la que haya de informarse a la *persona jurídica de la imputación,* los Sres. Fiscales cuidarán de que se realice a través del legal representante de la entidad, con idénticas exigencias de formato y constancia de su recepción que las exigibles en el mismo caso respecto de las personas físicas.

En ese sentido, y dado el particular juego de intereses que puede existir en el seno del procedimiento penal entre la persona jurídica y las personas físicas imputadas y entre éstas y el resto de intervinientes en el proceso, los Sres. Fiscales pondrán especial atención en evitar que la designación del legal representante de la corporación en el seno del procedimiento se utilice como vía de obtención fraudulenta de un status similar al del imputado por parte de personas que deban intervenir en el procedimiento en otra condición, particularmente en calidad de testigos.

La comunicación de la imputación de la persona jurídica habrá de remitirse al domicilio social, que dependiendo si se trata de una sociedad civil o mercantil, será el previsto en los artículos 41 del Código Civil y 9 y 10 de la Ley de Sociedades de Capital, respectivamente. En caso de entidades de derecho público, se estará a su régimen jurídico específico.

Ulteriormente, al tiempo de materializarse la imputación, los Sres. Fiscales cuidarán de que la persona jurídica sea informada, por medio también de su legal representante, de los hechos concretos en que se basa la imputación y del régimen de derechos que como imputada le asisten según los artículos 520.2 y 771.2.ª de la LECr, así como de las consecuencias de su intervención voluntaria en determinadas diligencias.

Igualmente y con las cautelas a que ya se ha hecho referencia en orden a su designación, los Sres. Fiscales cuidarán de que el representante legal tenga la posibilidad —si así lo considera oportuno— de prestar declaración con las garantías del imputado en representación de la persona jurídica, dejando constancia escrita y fehaciente de su renuncia o del contenido de la misma, en su caso.

**DECIMOTERCERA.** A falta de regulación expresa en este sentido y a fin de garantizar el ejercicio del derecho de defensa de la persona jurídica en la vista oral, los Sres. Fiscales cuidarán de que el legal representante de la persona jurídica sea citado para asistir con el mismo régimen en cuanto a la posibilidad de celebración en su ausencia que el previsto para el juicio en ausencia del acusado en el artículo 786.1 de la LECr, y de que pueda

hacer uso, si así lo considera oportuno, del derecho a la última palabra en los términos a que se refiere el artículo 739 de la LECr.

En el supuesto de haber sido admitida la prueba de su interrogatorio en la vista oral, los Sres. Fiscales se asegurarán de que declare con las garantías propias del imputado; cuidarán asimismo de que el legal representante de la persona jurídica preste su consentimiento, junto con el de su letrado, en caso de llegarse a un acuerdo de conformidad con las acusaciones según lo previsto en los artículos 655, 694, 697, 784.3 y 787 de la LECr, y de que firmen el acta en que dicho acuerdo se formalice.

**DECIMOCUARTA.** El límite de admisibilidad de la conformidad según los artículos 787.1 y 784.3.º de la LECr en relación con los artículos 688 a 700 de la LECr, hace posible la conformidad de la persona jurídica con cualesquiera de las penas —todas ellas de naturaleza grave— que puedan solicitarse.

En todo caso, los Sres. Fiscales cuidarán de que la instrucción judicial no se cierre en falso o en su fase embrionaria como consecuencia de la formalización de acuerdos de conformidad que puedan dar lugar a interesados mecanismos de deslizamiento de la responsabilidad desde la persona jurídica a la individual y viceversa.

En este contexto, se evitará especialmente la conformidad por aplicación del supuesto previsto en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal, que suponga la asunción de la responsabilidad penal por parte de la persona jurídica respecto de delitos en los que puedan haber incurrido en esa misma responsabilidad también las personas físicas, particularmente los representantes legales y administradores de hecho y de derecho de la corporación.

En este contexto, se evitará especialmente la conformidad por aplicación del supuesto previsto en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal, que suponga la asunción de la responsabilidad penal por parte de la persona jurídica respecto de delitos en los que puedan haber incurrido en esa misma responsabilidad también las personas físicas, particularmente los representantes legales y administradores de hecho y de derecho de la corporación.

A tenor de las exigencias del artículo 801.1.2.º de la LECr y en consideración a lo expuesto en el texto de esta Circular en relación con los juicios de conformidad respecto de personas jurídicas, aun en aquellos supuestos en los que resulte legalmente posible (delitos castigados con pena de multa o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de 10 años), se desaconseja que los Sres. Fiscales recurran al expediente de reconocimiento de hechos durante la instrucción al amparo del 779.1.5.ª de la LECr.

Por lo expuesto, las/los Sras. y Sres. Fiscales en el ejercicio de sus funciones, velarán por el cumplimiento de la presente Circular.

Madrid, 1 de junio de 2011

Fdo. Cándido Conde-Pumpido Tourón
FISCAL GENERAL DEL ESTADO

**EXCMOS. E ILMOS. SRES. FISCALES JEFES**

# CIRCULAR 2/2011

# DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO SOBRE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL POR LEY ORGÁNICA 5/2010, EN RELACIÓN CON LAS ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES

## I. INTRODUCCIÓN

Entre las importantes novedades introducidas por la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se encuentra la creación de un nuevo Capítulo VI en el Título XXII del Libro II, que comprende los artículos 570 bis, 570 ter y 570 quáter, bajo la rúbrica «De las organizaciones y grupos criminales», y que obedece a la necesidad de articular un instrumento normativo con el propósito de combatir adecuadamente «todas las formas de criminalidad organizada», y responde asimismo a los compromisos derivados de instrumentos internacionales de aproximación de las legislaciones nacionales y de cooperación policial y judicial asumidos por los Estados miembros de la Unión Europea en la lucha contra la llamada delincuencia organizada transfonteriza, tanto en materia de prevención como de represión penal.

Así, deben citarse la Resolución de 20 de noviembre de 1997 del Parlamento Europeo sobre el «Plan de Acción para la Lucha contra la Delincuencia Organizada», que se concreta en la Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998 del Consejo de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, y la Decisión del Consejo de la Unión Europea 2004/579/CE, de 29 de abril que aprueba, en nombre de la Comunidad, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000, que fue firmada por España el día 13 de diciembre de 2000 y cuya ratificación se produjo mediante Instrumento de 1 de septiembre de 2003.

E igualmente, la Decisión Marco 2008/841/ JAI, de 24 de octubre, del Consejo de la Unión Europea sobre la Lucha contra la Delincuencia Organizada, que entró en vigor el 11 de noviembre de 2008, dejando sin efecto la Acción Común 98/733/JAI y persigue la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en la lucha contra la delincuencia transfonteriza, facilitando el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales.

Son todos ellos documentos que ofrecen definiciones de «organización delictiva» y de «asociación estructurada», al tiempo que se refieren expresamente a las diversas manifestaciones de la actividad delictiva que deben centrar la actividad policial y judicial en la lucha contra la criminalidad organizada.

En el campo criminológico se ha puesto de manifiesto la complejidad del concepto de criminalidad organizada, ya que bajo dicha denominación se integran una multiplicidad de fenómenos y realidades muy diferentes. Así, junto a las organizaciones criminales clásicas (la Cosa Nostra norteamericana, las mafias italianas, los cárteles mexicanos y colombianos, las mafias rusas, las triadas chinas o los yakuzas japoneses) existen otros grupos que presentan diferencias notables en cuanto a estructura interna, número de miembros, permanencia en el tiempo, formas de actuación, etc, que no obstante podrían ser incluidos en ese mismo concepto. Igualmente se detectan grandes diferencias en atención a factores como la ubicación geográfica de los diversos grupos, las actividades a las que se dedican, su composición étnica, etc., de modo que hay organizaciones criminales grandes y pequeñas, con o sin vínculos transnacionales, con estructura jerárquica o con estructura fluida, de fines predominantemente económicos o fundamentalmente políticos, muy violentas y poco violentas, etc.

Al respecto, cabe señalar que en el marco de la investigación policial transnacional se han establecido determinadas pautas a partir de las cuales cabe considerar que existe crimen organizado. Concretamente si se dan como mínimo seis signos característicos de entre los que se mencionan a continuación, que igualmente operan como indicadores de calidad y que permiten establecer, en atención a su intensidad, cuál es el nivel de riesgo que presentan los distintos grupos:

1. Existencia de un grupo de personas más o menos numeroso.
2. Reparto de tareas o de papeles entre los miembros del grupo con existencia de rígidas normas de disciplina interna y de una jerarquía, a veces extravagante. Suele tener lugar una situación de aislamiento como forma de protección de los cabecillas del grupo mediante la interposición de testaferros, la autoinculpación de los subordinados en sede judicial o la utilización de personas físicas o jurídicas interpuestas.
3. Actuación prolongada en el tiempo o indefinida.
4. Comisión de actos delictivos graves. Se despliegan habitualmente técnicas o métodos complejos de ejecución para garantizar el éxito de las actividades delictivas. Cabría citar el uso de alta tecnología para las comunicaciones, las destrezas financieras en el manejo de fondos o distintas formas de relación con la función pública.
5. Actuaciones transnacionales o intensa movilidad territorial dentro del Estado.
6. Uso sistemático de la violencia o de la intimidación grave.
7. Utilización de instrumentos jurídicos legales para crear estructuras económicas o comerciales. Es habitual el uso de cualificados profesionales o expertos para garantizar el éxito de sus actividades delictivas.
8. Actividades de blanqueo de capitales.
9. Influencia sobre cargos públicos o personas que desempeñen su función en la esfera política, medios de comunicación social, funcionarios de la Administración Pública, y/o de la Administración de Justicia o sobre la actividad económica mediante la corrupción.

10. Finalidad primordial de obtención continuada de beneficios económicos o de cualquiera de las diversas formas de influencia política, social o económica.

Ante la multiplicidad de situaciones que deben ser abordadas, el legislador pretende ofrecer soluciones que sirvan no solo en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, caracterizada por su profesionalización, tecnificación e integración en estructuras legales ya sean económicas, sociales e institucionales, sino también en relación con la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la comisión de delitos menores. Al respecto es un hecho que la protección de la seguridad ciudadana, entendida como seguridad y paz en las manifestaciones de la vida ciudadana, comprende también la protección frente a la existencia de grupos criminales dedicados a la delincuencia a pequeña escala que afectan al normal desenvolvimiento de la vida comunitaria, generando intranquilidad y desasosiego.

En este sentido, el propio Preámbulo de la LO 5/2010 explica el objeto de la reforma, al afirmar que *el fenómeno de la criminalidad organizada atenta directamente contra la base misma de la democracia, puesto que dichas organizaciones, aparte de multiplicar cuantitativamente la potencialidad lesiva de las distintas conductas delictivas llevadas a cabo en su seno o través de ellas, se caracterizan en el aspecto cualitativo por generar procedimientos e instrumentos complejos específicamente dirigidos a asegurar la impunidad de sus actividades y de sus miembros, y a la ocultación de sus recursos y de los rendimientos de aquéllas, en lo posible dentro de una falsa apariencia de conformidad con la ley, alterando a tal fin el normal funcionamiento de los mercados y de las instituciones, corrompiendo la naturaleza de los negocios jurídicos, e incluso afectando a la gestión y a la capacidad de acción de los órganos del Estado. La seguridad jurídica, la vigencia efectiva del principio de legalidad, los derechos y libertades de los ciudadanos, en fin, la calidad de la democracia, constituyen objetivos directos de la acción destructiva de estas organizaciones.*

La lucha contra el crimen organizado es también objetivo preferente de actuación para la Fiscalía General del Estado como se ha puesto de manifiesto reiteradamente en las Memorias de los últimos años, que incluyen un apartado específicamente dedicado a examinar, a partir de la experiencia adquirida en el trabajo cotidiano, la actividad de los distintos órganos del Ministerio Fiscal en relación con la delincuencia o criminalidad organizada. Así, en sucesivas Memorias se viene destacando la peligrosidad que entraña esta forma de actuación delictiva caracterizada por su proyección tentacular a todo el territorio nacional y en muchos casos más allá de nuestras fronteras, y la movilidad de sus miembros, que se desplazan sin dificultad de un territorio a otro para llevar a efecto sus propósitos criminales, con independencia de la ubicación de su centro de dirección, que puede estar situado, en ocasiones, en países extranjeros.

La constatación de que existen grupos pequeños de delincuentes que reiteran un patrón delictivo con un *modus operandi* estandarizado y con sujeción a una serie de variables como la vinculación entre determinadas actividades delictivas y el origen, nacionalidad o procedencia geográfica de los autores pone de manifiesto que, en muchas ocasiones, nos encontramos ante «la punta de un iceberg de dimensiones imprevisibles».

Se aprecia asimismo la tendencia cada vez mayor a la diversidad en la proyección delictiva de estos grupos criminales. Junto a las actividades que constituyen el centro de la delincuencia organizada en nuestro país como son el tráfico de drogas, la explotación sexual a través de tramas de prostitución y la explotación laboral unida al fenómeno de la inmigración ilegal, otros delitos que habitualmente se encuentran vinculados al fenómeno de criminalidad organizada son la trata de seres humanos, los secuestros y extorsiones, así como la falsificación de moneda, tarjetas de crédito y cheques, el tráfico ilícito o robo de objetos culturales, el contrabando o el robo de automóviles de lujo y material nuclear, el terrorismo, la fabricación y el tráfico de armas y explosivos o sus piezas, las estafas y la corrupción, todos ellos directa o indirectamente vinculados al blanqueo de capitales procedentes de tales actividades ilícitas que tiene un papel esencial en el cumplimiento de sus objetivos y en el propio desarrollo de las distintas organizaciones criminales, pues posibilita el aprovechamiento de las ganancias del delito y la pervivencia de la organización o grupo criminal.

Otra de las actividades delictivas en la que centran sus esfuerzos las organizaciones de delincuentes es la relacionada con los delitos contra la propiedad, y más concretamente, robos y hurtos practicados de manera sistemática y a gran escala. En este ámbito se detecta un notable grado de especialización, por parte de bandas organizadas dedicadas específicamente a una concreta modalidad de delito de carácter patrimonial e integradas con frecuencia, por personas extranjeras de una misma nacionalidad, hasta el punto de poder establecerse cierta correspondencia entre el origen nacional de los integrantes de los grupos y el tipo de actividad delictiva a la que éstos se dedican.

Así, en los últimos años se está detectando un notable incremento en los grupos de delincuentes que cometen con asiduidad y de forma exclusiva modalidades concretas de delitos contra el patrimonio tales como robos con fuerza y/o con violencia e intimidación en entidades bancarias, centros comerciales, naves industriales y joyerías, robos en casa habitada, perpetración reiterada de delitos o faltas de hurto en los andenes del metro o en estaciones de tren, en comercios, o lugares turísticos (las denominadas «descuideras») y, recientemente, la sustracción (en ocasiones hurto y en otras robo con fuerza) de cable de cobre, no sólo depositado en almacenes o empresas, sino instalado en edificios en construcción o en conducciones de electricidad para suministro de vías férreas, alumbrado de vías públicas o instalaciones industriales, actuaciones estas últimas que generan graves perjuicios económicos a sus titulares y molestias e incluso situaciones peligrosas a los usuarios de tales servicios. Resulta asimismo alarmante que, en ocasiones, estos comportamientos se realicen mediante la utilización de menores a los que con frecuencia se obliga también a practicar la mendicidad en beneficio de ese grupo de delincuentes.

En esta materia merece también especial atención el fenómeno criminal de las bandas juveniles latinas («Latin King», «Ñetas», «Dominicans don't Play», «Forty Two», «Trinitarios», «Bling bling»...) cuya estructura y actuación se encuadra en parámetros muy característicos que podemos resumir en los siguientes términos: a) se trata de grupos organizados y jerarquizados, que se articulan en torno a una estructura rígida y piramidal, con obediencia ciega a sus dirigentes, y con sumisión a un conjunto de «reglas» y «leyes» propias; b) sus integrantes poseen una fuerte cohesión interna, una adhesión incondicional de sus miembros al grupo, un destacado distanciamiento del entorno social originario (familia, grupo escolar, trabajo...) y asumen roles perfectamente definidos dentro de su categoría;

c) se integran, de forma predominante, por inmigrantes sudamericanos que ideológicamente defienden la supremacía de todo «lo latino»; d) su actividad criminal, extremadamente violenta, se ejecuta en grupos de 10 a 15 o más individuos, cuando se trata de delitos contra la vida o la integridad física, y peleas o riñas tumultuarias entre bandas rivales; o bien en grupúsculos de 3 a 5 miembros en los casos de robos con violencia o amenazas.

La protección de la seguridad ciudadana exige una respuesta adecuada ante todos estos fenómenos, tanto frente a los grupos organizados estructurados jerárquicamente y con importante capacidad operativa, como frente a los grupos o subgrupos de delincuentes que se organizan transitoriamente para períodos cortos de tiempo, incluso fines de semana, aptos para desplazarse por distintas localidades con el objetivo de cometer modalidades violentas de atentados contra la propiedad, o actos de delincuencia menor, como hurtos en entidades bancarias o comercios o la mendicidad utilizando a menores de edad.

Todas estas circunstancias determinan que la adecuada tipificación de la organización de carácter criminal se haya venido planteando como una necesidad desde hace años y a ello se refería expresamente la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2008 en el entendimiento de que el delito de asociación ilícita recogido en el Código Penal no resultaba idóneo para castigar los fenómenos de criminalidad organizada, por su insuficiente definición típica, lo que había generado una interpretación muy restrictiva por parte de nuestros tribunales, prácticamente limitada a la modalidad de asociación para delinquir vinculada al terrorismo y a la subversión del orden constitucional.

Así, si bien la jurisprudencia ha venido perfilando las características de esta conducta ilícita, precisando los elementos típicos del delito del artículo 515 CP, sin embargo, su aplicación práctica ha sido muy escasa, no sólo por la propia indefinición del supuesto de aplicación, como decíamos, sino también por los antecedentes históricos del delito de asociación ilícita.

Asimismo, la jurisprudencia ha venido ofreciendo una interpretación restrictiva de los conceptos de «organización» y «agrupación de carácter transitorio» empleados por el legislador, indistintamente en muchos casos junto con el de «asociación», en numerosos subtipos agravados en la parte especial del Código Penal, doctrina jurisprudencial desarrollada sobre todo con ocasión de la aplicación del subtipo cualificado de pertenencia a organización o agrupación de carácter transitorio, en relación con el delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Ante la falta de una definición uniforme del complejo fenómeno que es la criminalidad organizada, la Instrucción 4/2006, *sobre atribuciones y organización de la Fiscalía Especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción y sobre la actuación de los Fiscales especialistas en delincuencia organizada,* tras dejar constancia de que *la delincuencia organizada transnacional es el principal reto al que se enfrenta el Ministerio Fiscal,* proporciona un concepto de delincuencia organizada a partir de las definiciones asumidas por algunas disposiciones legales internas (artículo 282 bis.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), por los Convenios Internacionales de los que España es parte y por la jurisprudencia de nuestros tribunales, basado en la concurrencia de los siguientes elementos: a) pluralidad de personas; b) estructura interna, establecida normalmente mediante la existencia de criterios de jerarquía y división funcional; c) vocación de cierta permanencia temporal, y d) actuación concertada.

Ante esta situación, el legislador, mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, respondiendo a las necesidades de política criminal de primer orden de combatir adecuadamente las distintas manifestaciones de la criminalidad organizada, ha introducido expresamente la tipificación autónoma de las conductas de dirección y pertenencia a organización y a grupo criminal, diferenciando entre ambos conceptos, y ofrece definiciones auténticas de ambas figuras criminales en los artículos 570 bis y 570 ter respectivamente. A dicho fin, ha incorporado elementos configuradores de la delincuencia organizada como requisitos del tipo correspondiente a la organización criminal, lo que conlleva, por la gravedad que representa, un régimen punitivo más riguroso.

Por otra parte, ha de recordarse que la incorporación del nuevo Capítulo VI en el Título XXII del Libro II no es la única novedad que introduce la LO 5/2010 en el Código Penal en materia de criminalidad organizada. Son igualmente reseñables la previsión de tipos cualificados por pertenencia a una asociación u organización en figuras delictivas que hasta ahora carecían de la misma (artículo 188. 4 reformado), o la inclusión de esta misma agravación en la tipificación de nuevos delitos (artículo 177 bis 6 que sanciona la trata de seres humanos), y también el establecimiento del comiso ampliado cuando se trate de actividades delictivas cometidas en el seno de una organización criminal (artículo 127,1, párrafo 2.º), así como la reforma del artículo 36 CP que exige, para los casos de penas privativas de libertad superiores a cinco años, el cumplimiento de al menos la mitad de la condena antes de poder obtener la clasificación en tercer grado en el caso de delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal. Cabe reseñar, por último, que el apartado 1 del artículo 570 quáter ha sido redactado de nuevo por la Disposición final segunda de la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (BOE de 29 de enero de 2011), con los efectos que se exponen en esta Circular.

Asimismo, la reforma llevada a efecto por LO 5/2010, de 22 de junio, ha ubicado las organizaciones y grupos terroristas de forma separada al resto de organizaciones y grupos criminales, en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II, dedicado a las organizaciones y grupos terroristas y a los delitos de terrorismo, diferenciando estas conductas de las tipificadas en el Capítulo VI del mismo Título en atención al elemento tendencial de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

La diversidad de fenómenos que, como se ha señalado antes, pueden englobarse dentro de los conceptos de organización y grupo criminal y la necesidad de delimitar ambas figuras, diferenciándolas, al tiempo de los supuestos de codelincuencia o coparticipación, hace preciso ofrecer unos criterios de interpretación de estos conceptos que aseguren su aplicación uniforme, garantizando la unidad de actuación que debe regir la intervención del Ministerio Fiscal en todos los ámbitos jurisdiccionales.

(...)

## X. CONCLUSIONES

**PRIMERA.** La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal ha introducido un nuevo Capítulo VI en el Título XXII del Libro II, que comprende los artículos 570 bis, 570 ter y 570 quáter, que tipifican de forma autónoma las figuras delictivas de

organización y grupo criminal y que responde a la necesidad de articular un instrumento normativo con el propósito de combatir adecuadamente las distintas manifestaciones del complejo fenómeno de la criminalidad organizada, no sólo en lo que se refiere a la delincuencia organizada transnacional, sino también en relación con la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la comisión de delitos menores.

**SEGUNDA.** Con el objeto de diferenciar las grandes organizaciones criminales de aquellas otras sustentadas en una estructura organizativa relativamente simple, los Sres. Fiscales cuidarán de valorar el alcance y/o intensidad de los elementos definidores del tipo del artículo 570 bis y de cualesquiera otros que se detecten para graduar la pena a imponer en función de las circunstancias concurrentes, de manera que la mayor peligrosidad de una organización criminal evidenciada en una estructura considerablemente compleja, una mayor profesionalidad, una implantación geográfica extensa o su carácter transnacional, se corresponda con la aplicación de las sanciones penales más graves, pues el incremento punitivo viene justificado en tales casos por el mayor contenido del injusto.

**TERCERA.** El apartado segundo del artículo 570 bis recoge una serie de subtipos agravados, que conllevan la imposición de la pena prevista en el apartado primero en su mitad superior, siendo de aplicación la pena superior en grado cuando concurran dos o más de ellas, estableciendo el apartado tercero un escalón punitivo superior, en función de la naturaleza y gravedad de los delitos planificados, al determinar la imposición en su mitad superior de las penas previstas en el apartado primero o en los tipos cualificados del apartado segundo cuando concurran.

La posibilidad de que la organización criminal oriente su actividad ilícita hacia la comisión de delitos de variada índole se resolverá por los Sres. Fiscales mediante la apreciación de la modalidad cualificada y, en consecuencia, la aplicación de la penalidad más grave cuando los Sres. Fiscales constaten que la finalidad primordial de la organización es ésa y que la actuación delictiva concreta que atrae la agravación no se ha cometido esporádicamente o de forma ocasional.

**CUARTA.** El artículo 570 ter define el grupo criminal como una figura de carácter residual frente al de organización criminal, que si bien coincide con la organización en el sentido de conformarse por la unión de más de dos personas y tener por finalidad la perpetración concertada de delitos o reiterada de faltas, se construye sobre las notas negativas de no concurrencia de alguna o algunas de las características de la organización criminal, concretamente el carácter estable o la estructura organizativa con reparto coordinado de tareas o funciones, ateniéndose los Sres. Fiscales a los criterios interpretativos que del concepto de grupo criminal ofrece esta Circular.

**QUINTA.** A diferencia del artículo 570 bis, el artículo 570 ter CP distingue la respuesta punitiva a partir exclusivamente de la naturaleza y gravedad de las infracciones criminales que el grupo pretenda cometer. No obstante, dicho precepto sigue el criterio del artículo 570 bis al establecer una penalidad superior para los tipos cualificados, previendo el apartado segundo la aplicación de las penas del apartado primero en su mitad superior, o las penas superiores en grado cuando concurran dos o más de tales circunstancias. Cuando

la finalidad del grupo criminal sea la de cometer delitos de variada índole, los Sres. Fiscales, valorando las circunstancias concurrentes, tomarán en consideración el más grave de ellos conforme al orden establecido en el precepto para determinar la disposición a aplicar a los sujetos activos, valorando que la finalidad primordial del grupo sea la de cometer ese tipo de delitos y no que dicha actuación ilícita se haya realizado de forma esporádica o circunstancial.

**SEXTA.** Teniendo en cuenta el carácter clandestino propio de la actuación de los grupos y organizaciones criminales y las dificultades probatorias de su existencia, que frecuentemente se limitará a la concurrencia de prueba indiciaria, los Sres. Fiscales valorarán en orden a determinar la existencia de una organización o grupo criminal frente a otras formas de codelincuencia, siguiendo los criterios interpretativos ofrecidos en la presente Circular, la concurrencia de circunstancias que revelen la voluntad de continuidad en otras actividades criminales de la misma clase, que ordinariamente se pondrá de manifiesto por el *modus operandi* y los medios comisivos utilizados para delinquir, y de los que a su vez se desprenda la existencia de una planificación o coordinación con un cierto reparto de papeles que favorezca la eficacia de su actividad criminal, su capacidad ofensiva y la impunidad de sus miembros.

**SÉPTIMA.** La coexistencia del delito de asociación ilícita con el delito de organización criminal puede plantear un conflicto de normas cuando el supuesto examinado pueda ser calificado simultáneamente conforme a lo previsto en los artículos 515.1 y 570 bis CP, esto es, en el supuesto de asociaciones ilícitas cuyo objeto exclusivo y finalidad directa sea la comisión de ilícitos penales. En este supuesto, los Sres. Fiscales aplicarán el criterio de alternatividad previsto en el artículo 8.4 CP, de conformidad con lo establecido en el artículo 570 quáter CP, de modo que deberán aplicar el tipo con pena más grave, esto es, el artículo 570 bis.

**OCTAVA.** Siendo los tipos de organización y grupo criminal autónomos respecto de los delitos para cuya comisión se constituyen, se apreciará por los Sres. Fiscales la existencia de un concurso real de delitos entre los tipos previstos en los artículo 570 bis o 570 ter y los concretos ilícitos penales ejecutados en el seno de la organización o grupo criminal o a través de las mismas, sin perjuicio, en todo caso, de que la responsabilidad del sujeto activo por los concretos delitos o faltas cometidos en el seno de la agrupación delictiva deba sujetarse a las reglas generales de autoría y participación en el concreto hecho delictivo cometido, y salvo en determinados supuestos en que se haya previsto un subtipo agravado por pertenencia a organización o grupo criminal como se expone en la presente Circular.

**NOVENA.** La pertenencia del sujeto activo a una organización y/o grupo criminal es objeto de subtipos agravados en relación con una serie de delitos cuya perpetración en grupos más o menos organizados es especialmente habitual. En tales supuestos se produce un concurso de normas con el delito de pertenencia o dirección de organización o grupo criminal previstos en los artículos 570 bis y 570 ter, pues precisamente la agravación de la pena en el delito específico correspondiente obedece al aumento del injusto que supone la pertenencia a una organización o grupo criminal, cuya existencia facilita la comisión de actividades ilícitas, asegura la eficacia de las mismas y favorece la impunidad de sus autores.

Para resolver el conflicto, sin vulnerar el principio *non bis in idem,* los Sres. Fiscales cuidarán de aplicar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 570 quáter CP, conforme al criterio de alternatividad, un concurso de delitos entre el artículo 570 bis o el artículo 570 ter, en su caso, y el tipo correspondiente al delito específicamente cometido con todas sus circunstancias si bien prescindiendo de la agravación específica de organización, cuando la pena así aplicada sea superior a la que prevé el subtipo agravado.

**DÉCIMA.** La reforma por LO 5/2010, de 22 de junio, ha ubicado las organizaciones y grupos terroristas en la Sección 1.ª del nuevo Capítulo VII del Título XXII del Libro II, que lleva por rúbrica de las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo, a la vez que recoge los delitos instrumentales de terrorismo en la Sección 2.ª que integra los artículos 572 a 580 CP. Si bien el nuevo artículo 571 CP establece una distinción conceptual entre organización y grupo, y elimina la referencia a «banda armada», sin embargo anuda la misma consecuencia penológica para las conductas de integración y/o dirección de organización terrorista y las de integración y/o dirección de grupo terrorista, manteniendo la misma respuesta penal que ha venido dando la jurisprudencia, que venía interpretando asimismo de manera unitaria los conceptos de banda armada, organización y grupo terrorista.

En razón de todo lo expuesto, los Sres. Fiscales se atendrán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.

Madrid, 2 de junio de 2011

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

**EXCMOS. E ILMOS. SRES. FISCALES JEFES**

Revista de

# Derecho Penal

## CRÓNICA LEGISLATIVA

## JUNIO

— Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de las penas (BOE del 18).

- **Localización permanente.**
  - **Se amplía su límite de cumplimiento:** como pena leve, pasa de doce días a tres meses. Cuando se imponga como pena menos grave: tendrá una duración comprendida entre tres meses y un día hasta los seis meses.
  - Cumplimiento excepcional en centro penitenciario en régimen de fin de semana y días festivos, como respuesta apropiada para supuestos de reiteración de infracciones.
  - Habilitación expresa a la Autoridad Judicial para que pueda acordar la utilización de medios de control mecánicos y electrónicos que permitan la localización del reo.
- **Penas de trabajo en beneficio de la comunidad.**
  - **Ampliación de su contenido:** posibilidad de la eventual participación del penado en talleres o programas formativos o de reeducación de contenido y proyección plural (laborales, culturales, educación vial, sexual y similares).
  - Potenciación de la función resocializadora de esta pena.
  - **Agilización en la ejecución de esta pena:** el control judicial pasa a ser *a posteriori,* es decir, ordenada la ejecución por el órgano jurisdiccional competente, la Administración Penitenciaria procederá a definir el plan administrativo que se concretará previa audiencia del sentenciado y, una vez notificado, éste tiene plena ejecutividad, todo ello sin perjuicio de las facultades revisoras de la Autoridad Judicial a la que se confíe el control judicial *a posteriori.*
- **Modificación de las medidas de seguridad no privativas de libertad.**
  - **Libertad vigilada:** que impone el cumplimiento por el sentenciado de ciertas obligaciones y prohibiciones judicialmente. Modalidad pospenitenciaria de la libertad vigilada, cuya aplicación se reserva por la ley a una peligrosidad criminal limitada a casos muy tasados: delitos de terrorismo y ciertos delitos contra la libertad e indemnidad sexual.
  - Supresión de la intervención del Juez de Vigilancia en el procedimiento revisor de las medidas de seguridad.
- **Entrada en vigor:** a los veinte días de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

## JULIO

— Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando (BOE de 1 de julio).

- Se modifica la delimitación de los ilícitos relacionados con todo tipo de armas y productos que pueden utilizarse para la tortura.
- Se eleva a 15.000 euros el importe del valor de los géneros de tabaco a efecto de la comisión del delito de contrabando.
- Se incorpora un nuevo artículo 4 bis para definir la responsabilidad civil subsidiaria y regular un sistema para la ejecución de la multa.
- Se actualizan las cuantías mínimas de la sanción.
- Se incorpora un nuevo supuesto de medio fraudulento, la incorrecta o falsa declaración de elementos o datos determinantes para la gestión informatizada del control, adaptando la regulación al actual modelo de gestión informatizada de declaración aduanera.
- Se incluye la obligación de declaración aduanera por parte de los transportistas en relación con los viajeros objeto del transporte.

— Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, de modificación de los artículos 31 bis y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE del 28).

- Mujeres **extranjeras en situación irregular** y víctimas de **violencia de género:**
  - Tras denunciar al maltratador, pueden solicitar autorización de trabajo y residencia por circunstancias excepcionales.
  - Autorización de trabajo para sus hijos, si cumplen el requisito de edad mínima de 16 años.
  - Suspensión del expediente administrativo sancionador, hasta la resolución del procedimiento penal.
- Víctimas de **trata de seres humanos:**
  - Suspensión del expediente de expulsión.
  - Apertura de período de restablecimiento y reflexión (mínimo 30 días).
  - Cooperación de la víctima con autoridades en la investigación del delito y en el proceso penal.

## AGOSTO

— Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (BOE del 2).

- Modifica la **Ley 14/2006, de 26 de mayo,** sobre técnicas de reproducción humana asistida:
  - Necesidad de respetar el diseño y los formatos adecuados accesibles y comprensibles para las personas con discapacidad, en:
    - La formalización de contratos de donación de gametos y preembiones.
    - La prestación del consentimiento de los usuarios de las técnicas de reproducción asistida.
    - La utilización de preembiones para fines de investigación.

— Real Decreto 1194/2011, de 19 de agosto, por el que se establece el procedimiento para que una sustancia sea considerada estupefaciente en el ámbito nacional (BOE del 23).

- Objeto:
  - Establecer el procedimiento para que una sustancia natural o sintética sea considerada estupefaciente en el ámbito nacional, y
  - Regular las medidas de fiscalización aplicables.
  - Declarar la sustancia tapentadol como estupefaciente en el ámbito nacional.

Revista de
Derecho
Penal

# BIBLIOGRAFÍA

# DERECHO PENAL

## I. Tratados, manuales y comentarios legislativos

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (coord.), *Derecho penal español. Parte especial (II)*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2011.

COLÁS TURÉGANO, A., *Derecho Penal de menores*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2011.

LÓPEZ LÓPEZ/PERDIGUERO BAUTISTA, *Enciclopedia Penal*, Madrid (La Ley) 2011.

POLAINO NAVARRETE, M. (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial, tomo II*, Madrid (Tecnos) 2011.

WERLE, G. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2011.

## II. Libros colectivos, homenajes y otras obras generales

GALLARDO CASTILLO, M.J. (dir.), *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, Madrid (La Ley) 2011.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.I. (dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2011.

ORTS BERENGUER, E. (coord.), *Prevención y control de la siniestralidad vial*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2011.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *et. al.* (coords.), *La reforma penal de 2010*, Salamanca (Ratio Legis) 2011.

## III. Monografías de parte general

BACIGALUPO ZAPATER, E., *Compliance y Derecho Penal*, Pamplona (Thomson/Aranzadi) 2011.

BANACLOCHE/ZARZALEJOS/GÓMEZ-JARA, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Madrid (La Ley) 2011.

BARONA VILAR, S., *Mediación penal: Fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2011.

BERNAL DEL CASTILLO, J., *Derecho Penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*, Barcelona (Atelier) 2011.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La categoría de la antijuricidad en Derecho Penal*, Buenos Aires (BdeF) 2011.

BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *Sistema penal y control de los migrantes*, Granada (Comares) 2011.

GIMBERNAT ORDEIG, E., *Cursos causales irregulares e imputación objetiva*, Buenos Aires (BdeF) 2011.

MAGRO SERVET, V. *et al., Mediación penal*, Alicante (ed. Club Universitario) 2011.

MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, Madrid (Thomson/Civitas) 2011.

## IV. Monografías de parte especial

ACALE SÁNCHEZ, M., *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, Barcelona (Bosch) 2011.

BERRUEZO *et. al., Derecho Penal laboral. Delitos contra los trabajadores*, Montevideo (BdeF), 2011.

FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., *El genocidio en el derecho penal internacional*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2011.

LOMBARDERO EXPÓSITO, L.M., *Delitos contra la Hacienda Pública*, Barcelona (Bosch) 2011.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Los delitos de robo*, Barcelona (Bosch) 2011.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos*, Pamplona (Thomson/Aranzadi) 2011.

## V. Derecho penitenciario

ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F.J., *Reglamento Penitenciario. Comentarios, jurisprudencia, etc.*, 2.ª ed., Madrid (Colex) 2011.

FERNÁNDEZ ARÉVALO/NISTAL BURÓN, *Manual de Derecho Penitenciario*, Pamplona (Thomson/Aranzadi) 2011.

## VI. Criminología

GARCÍA MEDINA, P. *et al.* (eds.), *Violencia y psicología comunitaria*, Granada (Comares) 2011.

GUZMÁN, C.A., *Manual de Criminalística*, Buenos Aires (BdeF) 2011.

# DERECHO PROCESAL PENAL

## I. Manuales, comentarios y obras generales

MONTERO AROCA, J.; MONTÓN REDONDO, A.; GÓMEZ COLOMER, J.L. y BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional III. El proceso penal,* 19.ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

— *Derecho jurisdiccional I. Parte General,* 19.ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal penal,* 5.ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

— *Introducción al Derecho Procesal,* 5.ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

ORTELLS RAMOS, M. (dir.) y MASCARELL NAVARRO, M.J. (coord.), *Introducción al Derecho Procesal,* 2.ª ed., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

## II. Monografías de Derecho Procesal Penal

ABEL LLUCH, X. y RICHARD GONZÁLEZ, M. (directores), *Estudios sobre la prueba penal Vol. II: Actos de investigación y medios de prueba. Inspección ocular, declaraciones de inculpados y testigos, intervenciones corporales y prueba pericial,* Ed. La Ley, Madrid, 2011.

ALCÓN YUSTAS, M.ª F. y MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (coords.), *Los menores en el proceso judicial. La protección del menor frente al Derecho a un juicio justo,* Ed. Tecnos, Madrid, 2011.

BANACLOCHE PALAO, J.; ZARZALEJOS NIETO, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales,* Ed. La Ley, Madrid, 2011.

BARONA VILAR, S., *Mediación penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CALDERÓN CUADRADO, M.P., *La encrucijada de una justicia penal. tecnológicamente avanzada. Sobre la grabación de las vistas, los recursos y la garantía de la inmediación*, Ed. La Ley Actualidad, Madrid, 2011.

CORDERO LOZANO, C., *Ejecución pena. Según la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal,* Ed. Bosch, Barcelona, 2011.

FERRER GUTIÉRREZ, A., *Manual práctico sobre ejecución penal y derecho penitenciario,* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

LIBANO BERISTAIN, A., *Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011.

LÓPEZ BARAJAS, I., *La intervención de las comunicaciones electrónicas,* Ed. La Ley, Madrid, 2011.

MAGRO SERVET, V., *Guía Práctica profesional de investigación policial y medios de prueba en el proceso penal,* Ed. La Ley, Madrid, 2011.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.I., *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

VALLESPÍN PÉREZ, D.*, Aspectos procesales de los delitos contra la seguridad vial,* Ed. Bosch, Barcelona, 2011.

## III. Otros

AAVV, *Criterios para la asistencia letrada al detenido / Criteris pera l´Assitència Lletrada al Detingut,* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

MARTÍNEZ GARCÍA, E.; PLANCHADELL GARGALLO, A. y MONTESINOS GARCÍA, A., *Esquemas sobre procesos por violencia de género,* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

# Recensión a la monografía: JIMENO BULNES, MAR (coordinadora). *Justicia* versus *seguridad en el espacio judicial europeo. Orden de detención europea y garantías procesales*[1]

Civitas, Cizur Menor, 2010, 391 páginas. ISBN: 978-84-470-3532-8

Patricia Tapia Ballesteros

*Personal Docente Investigador*
*Área de Derecho Penal*
*Universidad de Valladolid*

La Comunidad Europea nació con la vocación única de crear un mercado común entre los Estados que la conformaran de manera que, en 1951 cuando se aprobó el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, resultaba impensable la unión y cooperación en asuntos como la protección de los derechos humanos o la lucha contra la criminalidad, presentes, hoy en día, en la actual Unión Europea a través de la Carta de Derechos Fundamentales, vinculante para todos los Estados miembros, y la *cooperación* en materia penal, la cual ha cobrado tal intensidad que ha llevado a algunos autores a hablar de la existencia de un Derecho Penal europeo. Dentro del ámbito de *cooperación* judicial se ha aprobado la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo de Europa, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados Miembros de la Unión Europea[2]. Su aprobación ha supuesto un avance muy importante en las relaciones jurídico-penales entre los Estados Miembros de la Unión y, por ello, resulta pertinente estudiar la naturaleza jurídica y el funcionamiento de la comúnmente llamada «euro-orden», así como los problemas que conlleva tanto en el ámbito sustantivo como en el procesal. De esto se encarga, precisamente, la obra que la profesora Dra. de Derecho Procesal Mar JIMENO BULNES coordina, y a la que vamos a dedicar las siguientes páginas. La citada procesalista, acompañada de Doctores de Derecho Internacional Privado, Penal y Procesal, nos muestra un nuevo estudio sobre la «euro-orden» desde las distintas vertientes jurídicas por las se ve afectada, en *Justicia versus seguridad en el espacio judicial europeo. Orden de detención europea y garantías procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 250[3], como resultado directo de un proyecto de inves-

(1) Nota: las páginas que se van señalando a lo largo de esta recensión, hacen referencia a la obra que estamos reseñando.

(2) La orden de detención y procedimiento de entrega, comúnmente se ha venido a llamar «euro-orden». La Decisión Marco que la regula ya ha sido traspuesta al ordenamiento jurídico español en la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la Orden Europea de Detención y Entrega.

(3) En este mismo sentido, *vid.* DE HOYOS SANCHO, M., (coord.), *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*, Lex Nova, Valladolid, 2008, págs. 431, obra colectiva en la que la propia JIMENO BUNES participa.

tigación de mismo nombre de la Junta de Castilla y León —2006-2009— (BU017A07), financiado, también, por el Ministerio de Ciencia e Innovación, y del proyecto de investigación en curso «Nuevas aportaciones al espacio de libertad, seguridad y justica: hacia un Derecho Procesal europeo de naturaleza civil y penal» (DER2009-12306).

Con la propia elección del título, *Justicia versus seguridad*, JIMENO BULNES ya nos previene de la problemática principal que pretende remarcar —con la que coincidimos— ya que la aprobación de la «euro-orden» implica un paso hacia adelante en materia de seguridad pero no en la de Justicia. Esto es consecuencia directa de la tendencia legislativa y política desarrollada a partir de los atentados de Estados Unidos del 11 de septiembre de 2001, cuando el miedo instaurado en la sociedad —rozando, nos atreveríamos a decir, casi la histeria— hizo que, en el binomio justicia-seguridad, la balanza se inclinase hacia el lado de la seguridad. Evidentemente, esto no ha sido algo local, manifestado únicamente en las decisiones políticas y jurídicas norteamericanas, sino que se ha trasladado, también, al Viejo Continente donde se han ampliado las competencias de la Unión Europea, incluidas las relacionadas con la materia penal, hasta el punto de llegar a proponerse en el artículo 83 del Tratado de Lisboa el establecimiento de unos mínimos comunes en la tipificación y penalización de hechos ilícitos, siempre y cuando sean de especial gravedad y su dimensión sea transfronteriza. En este contexto, la euro-orden adquiere una mayor importancia ya que su puesta en práctica será decisiva para la eficacia de un Derecho Penal *comunitario* —o, mejor dicho, un Derecho Penal armonizado—, si bien es cierto que, a día de hoy, la «euro-orden» es utilizada sin que se haya producido, efectivamente, la necesaria armonización jurídica.

No obstante, no debemos olvidar que, antes de la aprobación de la Decisión Marco 2002/584/JAI, ya existía una colaboración a nivel internacional de entrega de personas sospechosas a través de la figura de la extradición, por lo que podemos considerar a la «euro-orden» como la evolución natural de la extradición entre países cuya relación va más allá de los Tratados de colaboración y donde prima el principio de reconocimiento mutuo —como ocurre con los Estados Miembro de la Unión Europea, aunque, precisamente, en este momento de crisis económica nos podamos cuestionar los lazos de unión y solidaridad entre ellos, propugnados desde las instancias europeas—. Sobre la relación entre estas dos figuras, la Dra. de Derecho Internacional Privado Esther GÓMEZ CAMPELO abrirá *Justicia versus seguridad en el espacio judicial europeo*, tratando de arrojar algo de luz al respecto en el Capítulo I «Orden de detención europea y extradición», a través del análisis de sus respectivos conceptos y naturaleza jurídica. La autora señala que la euro-orden viene a sustituir a la extradición (p. 22) pero no la elimina de los ordenamientos jurídicos. De este modo, GÓMEZ CAMPELO define la extradición como una «técnica de cooperación judicial internacional, dirigida a evitar la impunidad de ciertos delitos de especial gravedad, así como de tramas internacionales de delincuencia organizada» (p. 34), mientras que la euro-orden «constituye un título judicial unificado para los Estados miembros de la Unión Europea, que se cumplimenta siguiendo un sencillo formulario y que no requiere acompañarse de otra documentación adicional» (p. 36); conceptos sobre los cuales la autora desarrolla los distintos elementos que los caracterizan, determinando las principales diferencias entre una y otra institución.

Aclaradas las cuestiones técnicas, cuyo conocimiento es básico para entender el funcionamiento y la trascendencia real de la «euro-orden», en el siguiente Capítulo, «Problemática de la orden de detención europea», la Dra. de Derecho Penal Belén SÁNCHEZ DOMINGO nos muestra los pasos dados hasta la aprobación de la Decisión Marco 2002/584/JAI y la consecuente Ley española de 14 de marzo, Ley 3/2003, centrándose en los principios de reconocimiento mutuo —principio en el que se fundamenta la «euro-orden»— y doble incriminación —principio suprimido parcialmente a través de ésta—. Respecto al principio de reconocimiento mutuo (p. 71), advierte la implicación que en los Estados de la Unión supone, ya que deben reconocer automáticamente las resoluciones judiciales dictadas por los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros de tal manera que, en el caso de la «euro-orden», la acción penal —emitida por el órgano jurisdiccional denominado autoridad judicial de emisión— se reconoce absolutamente y sin someterse a ningún examen por parte de la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución (p. 73). Sin embargo, tal y como pone de manifiesto la autora, no debe identificarse con un sistema de entrega automática ya que, si la conducta del sujeto reclamado no está reconocida en la legislación penal del Estado al que se solicita que ejecute la orden, éste no procederá al reconocimiento automático de ella. En torno a esta problemática, SÁCHEZ DOMINGO, realiza una breve pero esclarecedora síntesis sobre la crítica al principio de reconocimiento mutuo y a la trasposición de la Decisión Marco por parte de algunos autores. No obstante el interés y relevancia de lo anterior, así como otras cuestiones tratadas por la autora, destaca especialmente, para nuestro interés, el apartado «V El delito informático y la orden europea de detención y entrega, (95) dado el tratamiento que ofrece de los problemas que la trasposición de la Decisión Marco 2005/222/JAI, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información, ha provocado en relación con la ejecución de la orden de detención. El principal escollo con el que se encuentra una eventual «euro-orden» en España es la ausencia de delitos informáticos propiamente dichos en el Código Penal, ya que el legislador español, en vez de crear un delito específico, lo que ha hecho ha sido tipificar nuevas modalidades de realizar determinados delitos (p. 98), caracterizadas por el medio empleado en la lesión del bien jurídico protegido en el caso concreto —manipulación o alteración de datos o programas informáticos—, no pudiéndose hablar en puridad de delitos informáticos ya que la *informática* actúa como mero instrumento. Por el contrario, en la citada Decisión Marco, se manifiesta la pretensión de que tanto el acceso ilegal a los sistemas de información, como la intromisión ilegal en los sistemas de información o la intromisión ilegal en los datos, sean acciones perseguidas penalmente en todos los Estados Miembros (p. 100). La autoridad judicial española deberá interpretar los distintos tipos penales y, de alguna manera, desengranar la infracción como tal —la penada en el Código Penal español, como puede ser la estafa— del modo de ejecución —a través de un acceso ilegal a los sistemas de información, por ejemplo— para poder determinar si este modo de ejecución constituye un delito informático. La autora continúa exponiendo las soluciones que a problemas similares han adoptados países como Francia y Portugal, para terminar este apartado hablando de la Convención sobre ciber-criminalidad del Consejo de Europa de 2001 y de su efecto en el ordenamiento jurídico español (p. 102).

A pesar de haber dedicado una especial atención al Capítulo de Derecho Penal sustantivo, la «euro-orden» es un instrumento procesal y por ello el grueso de la obra —dos de los cuatro Capítulos— están desarrollados por Doctores en esta materia y abordan cues-

tiones propiamente procedimentales. De este modo, JIMENO BULNES, en el Capítulo tercero «Régimen y experiencia práctica de la orden de detención europea», tras exponer el régimen legal de la euro-orden y su trasposición a la normativa española, nos ofrece una visión práctica de aplicación, lo que permite conocer los problemas reales que plantea en el caso concreto de que España sea el Estado ejecutor de la orden de detención y entrega, ocasionando, en algunos casos, que España tenga que denegar la ejecución de la orden. La autora se detiene, en este contexto, en la excepción de cosa juzgada (*non bis in idem*, p. 146) y en la celebración de juicios en rebeldía (*in absentia,* p. 159), tras lo cual, se centrará en el estudio de los cuestionarios de evaluación de los años 2005 a 2009, remitidos por los Estados Miembros a la de la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea sobre la aplicación práctica de la orden de detención y entrega, constatando cómo nuestro país es uno de los que más órdenes de detención dicta pero, en mayor medida, es receptor de éstas —aunque el número de desestimaciones es altamente elevado, además de por las cuestiones apuntadas de cosa juzgada y celebración de juicio en rebeldía, por asuntos relacionados con el derecho a asistencia de letrado, adopción de medidas cautelares personales, la publicidad, el principio de especialidad de los delitos—. Sin embargo, y a pesar de todo lo expuesto por la propia JIMENO BULNES, la autora entiende que la orden de detención representa ventajas especialmente por oposición al sistema de extradición clásico (p. 196), sin que esto quiera decir que no sea urgente y necesario crear un marco común de derechos procesales especialmente en el ámbito del Derecho Penal que tenga como base el Convenio de Derechos Humanos.

Recogiendo el testigo de la reflexión de la autora, Félix VALBUENA GONZÁLEZ en el último Capítulo «Garantías procesales en la orden de detención europea» se ocupa del otro lado de la balanza: seguridad-justicia. Así, el autor dedica su intervención a las garantías de la detención en España y al complicado proceso de armonización de éstas en los Estados Miembro de la Unión. Para esta tarea, es necesario conocer la trasposición de la Decisión Marco en el ordenamiento jurídico español en la Ley 3/2003, donde se recoge un técnica legislativa de remisión a nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, reconociendo expresamente, a su vez, los derechos a la designación de abogado o asistencia de un intérprete (p. 204), de manera que la detención que se lleva a cabo en España en ejecución de una euro-orden, respeta todos los derechos reconocidos del detenido previstos para una persona que fuera a ser juzgada o encarcelada en España por orden de un Juzgado o Tribunal español. Respecto al proceso de armonización de las garantías procesales dentro de la Unión Europea, el autor, tras un breve recorrido histórico sobre los intentos de lograr dicha armonización (p. 207), nos enseña el momento actual en el que se encuentra la Unión en esta materia tras la fallida Propuesta de Decisión Marco relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea. De este modo, en la actualidad nos encontramos en una fase de reconsideración a raíz de la Resolución del Consejo, de 30 de noviembre, sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en procesos penales (p. 218). Su principal objetivo será facilitar el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, «mediante la consecución de estándares mínimos comunes en torno a los aspectos procesales» (p. 219). Así, se concretan los derechos procesales, fundamentales, sobre los que debe primar su garantía en todos los Estados Miembros. Éstos son: traducción e interpretación, información sobre los derechos e información sobre los cargos, asesoramiento jurídico y justicia

gratuita, comunicación con familiares, empleador y autoridades consulares, salvaguardias especiales para acusados o sospechosos que sean vulnerables, y, finalmente, detención provisional. En atención a esta prioridad, el autor nos señala que la Unión ya ha tomado una medida y ha sido la aprobación de la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales.

Bajo nuestro punto de vista, la euro-orden es una respuesta positiva a la globalización del mundo, a la eliminación de las fronteras físicas, dentro de la Unión Europea, pero también de las fronteras digitales ya que, a través de Internet, el acceso a la información y contenidos colgados en la red es ilimitado, independientemente del lugar en el que se encuentre el sujeto que los reclama y la información o contenido. Es evidente que esta nueva libertad de movimientos da una ventaja a los delincuentes frente a los ordenamientos jurídicos nacionales, de manera que la máxima colaboración entre Estados resulta imprescindible. No obstante, la euro-orden no va acompañada de un catálogo de garantías para el procesado que le asegure un trato igualitario en todos los Estados en los que la «euro-orden» puede ejecutarse. Consideramos que, de no primar la seguridad ante la Justicia, nunca se habría aprobado la «euro-orden» sin haber creado previamente un sistema garantista común para el procesado pero, lejos de esto, la imposibilidad de llegar a un acuerdo en materia de derechos de defensa y procesamiento no ha impedido que los países de la Unión siguieran adelante con la cooperación judicial y la asunción del principio de reconocimiento mutuo, que exige plena confianza en el otro, sin cuestionarse las garantías procesales ni la armonización sustantiva. Es cierto que cada uno de los Estados puede negarse a ejecutar la orden de detención y entrega, si no contienen el tipo penal o consideran que no se respetan determinados derechos procesales, sin embargo, como hemos visto en el caso de los delitos informáticos, se tiende a realizar una interpretación que permita que la falta de armonización del Derecho Penal no sea un obstáculo a la hora de ejecutar una «euro-orden»:

Baste esta reflexión sugerida de la obra colectiva *Justicia versus seguridad en el espacio judicial europeo. Orden de detención europea y garantías procesales*, para resaltar su principal virtud, que no es otra que el enfoque que se da al estudio de la «euro-orden», teniendo siempre presente la falta de equilibrio entre la seguridad y la justicia.

# NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

La Revista de Derecho Penal publica, con una periodicidad cuatrimestral, 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 recensiones 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: gloriasanchez@lexnova.es. 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 las 40 páginas a doble espacio, numeradas 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:

   LIBRO: Autor, *Título*, núm. Edición, lugar de publicación, editor, año, página.

   ARTÍCULO: Autor, «Título», *Fuente*, número, año, páginas.

   RECURSO DE INTERNET: <URL>.

7. ***Jurisprudencia:*** Los trabajos destinados a la Sección «Comentarios de Jurisprudencia», además de contar con el contenido recogido en los números 5 y 6 anteriores, deberán ir precedidos de la cita textual total o parcial (en los términos relevantes para el comentario) de los fundamentos de Derecho de la sentencia comentada.

8. ***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.

# Notas

# Notas