

DIRECTORES: ÁNGEL JOSÉ SANZ MORÁN Y ÁNGEL TORÍO LÓPEZ

Catedráticos de Derecho Penal

Nº 32

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 solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase 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.

La versión on line 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 MEDIACIÓN EN EL PROCESO DE MENORES <i>Raquel Castillejo Manzanares</i>	9
CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA «TUTELA JUDICIAL EFECTIVA» DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD. UN ANÁLISIS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL <i>Javier Nistal Burón</i>	29
LA PROYECCIÓN INTERNACIONAL DEL TERRORISMO <i>Enrique del Castillo Codes</i>	49

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

LA REPARACIÓN DEL DAÑO COMO CIRCUNSTANCIA MODIFICATIVA DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL <i>Jerónimo García San Martín</i>	81
--	----

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA.....	103
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	109
Auto 90/2010, de 14 de julio: Aborto.....	109
Sentencia 37/2010, de 19 de julio: Prescripción de las faltas.....	122
Sentencia 41/2010, de 22 de julio: Violencia de género.....	128
Sentencia 60/2010, de 7 de octubre: Alejamiento forzoso de la víctima.....	136
TRIBUNAL SUPREMO.....	154
Acuerdo de 26 de octubre de 2010	154
Sentencia 513/2010, de 2 de junio: Grabaciones en celdas policiales.....	154
Sentencia 541/2010, de 2 de junio: Proposición de prueba: validez de la fórmula de adhesión a la de otra parte.....	163
Sentencia 616/2010, de 3 de junio: Entrada y registro.....	165

	Página
Sentencia 527/2010, de 4 de junio: Delito continuado patrimonial.....	166
Sentencia 664/2010, de 4 de junio: Atentado con armas.....	168
Sentencia 582/2010, de 16 de junio: Imputabilidad del oligofrénico	171
Sentencia 743/2010, de 17 de junio: Exploración del menor. Prueba testifical	173
Sentencia 606/2010, de 25 de junio: Delito fiscal	176
Sentencia 630/2010, de 29 de junio: Citación del responsable civil subsidiario	180
Sentencia 610/2010, de 30 de junio: Atentado y resistencia	181
Sentencia 653/2010, de 7 de julio: Declaraciones sumariales. Juicio con Jurado.....	182
Sentencia 685/2010, de 7 de julio: Prueba de ADN	187
Sentencia 691/2010, de 13 de julio: Casación contra auto de sobreseimiento libre.....	189
Sentencia 663/2010, de 14 de julio: Tráfico de drogas.....	196
Sentencia 686/2010, de 14 de julio: Trastorno de la personalidad	199
Sentencia 705/2010, de 15 de julio: Intervenciones telefónicas sistema «SITEL».....	202
Sentencia 728/2010, de 22 de julio: Lesiones	204
Sentencia 748/2010, de 23 de julio: Tráfico de drogas. Conspiración.....	205
Sentencia 754/2010, de 23 de julio: Competencia del Tribunal profesional frente al del Jurado. Delitos conexos.....	207
Sentencia 741/2010, de 26 de julio: Circunstancia atenuante de confesión.....	211
Sentencia 770/2010, de 15 de septiembre: Coacciones	213
Sentencia 802/2010, de 17 de septiembre: Dolo eventual	214
Sentencia 804/2010, de 24 de septiembre: Tentativa desistida y atenuante de confesión	216
Sentencia 791/2010, de 28 de septiembre: Expulsión de territorio nacional	219
Sentencia 854/2010, de 29 de septiembre: Tribunal del Jurado: competencia.....	221
Sentencia 862/2010, de 4 de octubre: <i>Ne bis in idem</i> internacional.....	223
Sentencia 855/2010, de 7 de octubre: Lesiones preterintencionales	225
Sentencia 890/2010, de 8 de octubre: Conducción suicida. Homicidio con dolo eventual. Imputabilidad.....	226
AUDIENCIAS PROVINCIALES	233
Sentencia 26/2010, AP Palma de Mallorca, de 15 de marzo: Realización de actividad profesional por parte de funcionario público: artículo 441 del Código Penal. Guardia Civil.....	233
Sentencia 190/2010, AP Tarragona, de 15 de marzo: Pena de alejamiento: insuficiencia de fijar 30 metros como límite.....	235
Sentencia 143/2010, AP Tarragona, de 16 de marzo: Dilaciones indebidas: impago de prestaciones familiares. Alegación sobrevenida en la apelación.....	236
Sentencia 30/2010, AP Jaén, de 17 de marzo: Delitos contra los derechos de los trabajadores y lesiones imprudentes. Principio de consunción.....	237

	Página
Sentencia 73/2010, AP Palma de Mallorca, de 22 de marzo: Responsabilidad civil: necesidad de acreditar al menos las bases del daño o perjuicio causado.....	238
Sentencia 290/2010, AP Barcelona, de 23 de marzo: Delitos contra la propiedad intelectual: necesidad de denuncia previa	240
Sentencia 82/2010, AP Córdoba, de 23 de marzo: Impago de pensiones: legitimación del cónyuge aunque los hijos ya sean mayores de edad	242
Sentencia 67/2010, AP Murcia, de 24 de marzo: Impago de prestaciones: necesidad de denuncia previa.....	244
Sentencia 288/2010, AP Barcelona, de 26 de marzo: Legitimación del progenitor para interponer denuncia por pensiones no abonadas a hijos mayores de edad.....	245
Sentencia 129/2010, AP Castellón, de 26 de marzo: Información de la dispensa de declarar sobre parientes a testigos menores de edad	246
Sentencia 190/2010, AP Granada, de 26 de marzo: Atentado: agresión a personal sanitario.....	248
Sentencia 51/2010, AP Madrid, de 26 de marzo: Descubrimiento y revelación de secretos: copia de escritura notarial indebidamente librada	249
Auto 140/2010, AP Madrid, de 26 de marzo: Impago de pensiones: se pagan las cuotas pero no los incrementos del IPC.....	251
Sentencia 29/2010, AP Murcia, de 26 de marzo: Agresión sexual: interpretación de la agravación por el empleo de medios peligrosos. Llave inglesa; destornillador	253
Sentencia 218/2010, AP Sevilla, de 26 de marzo: Delito urbanístico: edificación ilegal. No autorizable.....	255
Sentencia 89/2010, AP La Rioja, de 29 de marzo: CD y DVD destinados a la venta. Delitos contra la propiedad intelectual.....	256
Sentencia 352/2010, AP Madrid, de 29 de marzo: Delito contra la integridad moral: trato humillante y degradante contra persona que quiere cambiar de sexo.....	258
Sentencia 74/2010, AP Murcia, de 29 de marzo: Violencia en el ámbito familiar: necesidad de que el relato fáctico explicita la vulnerabilidad de la víctima	260
Sentencia 97/2010, AP La Rioja, de 31 de marzo: Usurpación de inmuebles; utilización por camiones privados de vías exclusivas del Ministerio de Defensa. Error de prohibición	265
Sentencia 51/2010, AP Navarra, de 31 de marzo: Mala fe o temeridad en la acusación particular; condena en costas: principio de rogación	266
Sentencia 20/2010, AP Pontevedra, de 31 de marzo: Estafa procesal: autores y co-operadores necesarios. Simulación de accidente de tráfico para cobrar el seguro. Tentativa	267
Sentencia 34/2010, AP Toledo, de 12 de abril: No se aplica la reincidencia en delito por conducir habiendo sido privado de carné por antecedentes del artículo 379 del Código Penal	270
Sentencia 245/2010, AP Valencia, de 13 de abril: Condena como colaborador necesario a propietario de vehículo y copiloto por conducción careciendo de carné.....	271

	Página
Sentencia 202/2010, AP Tarragona, de 21 de abril: Prueba de detección alcohólica realizada cuando el acusado regresa al lugar del accidente	273
Sentencia AP Tarragona, de 22 de abril de 2010: Condena a extranjero por carecer de permiso de conducir sin acreditar que en su país sí lo tenía	274
Sentencia 137/2010, AP Madrid, de 23 de abril: Estudio del vicio <i>in iudicando</i> y margen de error en las pruebas etilométricas	276
Sentencia 141/2010, AP Madrid, de 23 de abril: Tasa de alcohol en aire espirado de 0,60 mg/l. Absolución de delito del artículo 379.2 del Código Penal.....	278
Sentencia 292/2010, AP Valencia, de 27 de abril: Entre los delitos de los artículos 379 y 383 del Código Penal existe concurso de leyes. Adhesión al recurso de apelación	279
Sentencia 155/2010, AP Madrid, de 29 de abril: La presencia de alcohol en aire espirado no es elemento suficiente para condena por el artículo 379.2 del Código Penal	281

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

CIRCULAR 3/2010, SOBRE RÉGIMEN TRANSITORIO APLICABLE A LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL OPERADA POR LEY ORGÁNICA 5/2010, DE 22 DE JUNIO	285
--	-----

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL.....	313
DERECHO PROCESAL PENAL.....	315

Revista de

**Derecho
Penal**

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA MEDIACIÓN EN EL PROCESO DE MENORES

RAQUEL CASTILLEJO MANZANARES

Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN

La mediación en el proceso de menores

En la lucha frente a la delincuencia juvenil, hoy la tendencia mundial es la de reorientar la política criminal en el ámbito de los jóvenes. De lo que se trata de algún modo es de introducir la justicia penal juvenil en el marco de la denominada Justicia Restaurativa, dentro de la que cabe destacar la mediación, como solución extrajudicial alternativa al proceso penal con un importante potencial educativo. En efecto, la reparación ejerce una específica acción educativa sobre el joven autor, pues se trata de introducir un modelo de escasa estigmatización y alto valor.

Palabras clave: Menor, justicia reparadora, mediación, víctima, justicia restaurativa.

ABSTRACT

The mediation in the process of minors

In the struggle against juvenile delinquency, the world current trend is to reorient the crime politics within the sphere of young people. But it is really a question of introducing youth criminal justice within the scope of what is known as Restorative Justice, among which stands out the mediation, as an alternative extrajudicial solution to the criminal procedure with an important educational potential. Indeed, redress exerts a specific educational deed on the young criminal, because it is about introducing a model of scarce stigmatizing and high value.

Key Words: Minor, reconstructive justice, mediation, victim, restorative justice.

SUMARIO

- I. POLÍTICA CRIMINAL EN EL ÁMBITO DE LOS JÓVENES.
 - II. LA JUSTICIA REPARADORA.
 - III. LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DISTINTO AL PROCESO JUDICIAL.
 - IV. PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN EN EL PROCESO PENAL.
 - V. SITUACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL JUVENIL EN ESPAÑA.
 - VI. PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN PREVIO A LA SENTENCIA.
 1. **Iniciación del proceso de mediación.**
 2. **Recepción del caso.**
 3. **El acuerdo.**
 4. **Efectos en el proceso judicial.**
 - VII. PROCESO DE MEDIACIÓN TRAS LA SENTENCIA.
-

I. POLÍTICA CRIMINAL EN EL ÁMBITO DE LOS JÓVENES

El escenario social en el que se desarrollan las conductas transgresoras de los jóvenes, así como su naturaleza y las formas en que estas conductas se manifiestan, ha ido cambiando en los últimos tiempos.

En efecto, no cabe desconocer que dicha actividad se ha desplazado desde el *ghetto* a la ocupación de espacios extensos, caracterizados por su visibilidad en las grandes ciudades. Por otro lado, el consumo de drogas es algo más habitual de lo que lo ha sido en épocas anteriores. Y, por último, aunque sigue existiendo una relación directa entre delincuencia y pobreza, acrecentado en la actualidad por el paro, también es cierto que se han ido incorporando al escenario de la delincuencia, jóvenes de clases medias y altas.

Todo ello nos revela que lo extraño hoy en día no es la transgresión, sino su ausencia, lo que nos ha de llevar a entender que el delito en los jóvenes no puede continuar siendo definido sistemáticamente como síntoma de desviación, sino como el hecho social que es, constituyendo un mecanismo a través del cual el adolescente o el joven se pone a prueba a sí mismo en relación con los demás y con el contexto normativo por el que se ven compelidos.

En la lucha frente a la delincuencia juvenil, hoy la tendencia mundial es la de reorientar la política criminal en el ámbito de los jóvenes, y precisamente con objeto de recomponer el escenario de las reacciones sociales a la delincuencia juvenil, lo idóneo sería que las autoridades públicas delimitasen su campo de actuación, con el objetivo de crear las condiciones para:

- a) Priorizar, antes que la sanción, las respuestas reparadoras, haciendo que éstas puedan llevarse a cabo tanto en espacios informales como en el seno de los procedimientos penales.
- b) Que la respuesta al delito, ya sea de naturaleza judicial o extrajudicial, contribuya a incrementar, en la medida de lo posible, la competencia personal y social de su autor. La reparación entonces no debe limitar las posibilidades de tratamiento voluntario o de asistencia y orientación al delincuente y/o a la víctima desde cualesquiera otros ámbitos de la intervención social. De este modo, entre la justicia reparadora y el contexto más amplio de las políticas sociales (salud, educación, trabajo, etc.) hay que prever la existencia de vasos comunicantes que garanticen también el acceso de los ciudadanos a dichos servicios cuando, por razón del conflicto, se haya puesto de manifiesto la emergencia de necesidades diversas y los propios interesados así lo expresen.

De lo que se trata de algún modo es de introducir la justicia penal juvenil en el marco de la denominada Justicia Restaurativa, como movimiento o paradigma en Criminología y Victimología que enfatiza la participación de las partes en el proceso penal y el papel reparador de la justicia. Los programas de Justicia Restaurativa, por consiguiente, habilitan al infractor, a la víctima y a la comunidad para que se dé una respuesta a la infracción y al conflicto generado por ella. Intenta proteger tanto el interés de la víctima, en cuanto el ofensor reconoce el daño ocasionado e intenta repararlo, como el de su autor, pues no será

objeto del procedimiento judicial completo, como el de la comunidad, dirigido a lograr la rehabilitación del ofensor y prevenir la reincidencia.

En fin, la Justicia Restaurativa se contrapone a la Justicia Retributiva, y sus características o principios más importantes son:

- a) Participación. Busca la participación de todos los implicados, infractor, víctima y otras personas a quienes se hayan vulnerado derechos. Se trata de una participación activa y voluntaria basada en el reconocimiento y en el sentimiento interno de deuda que motiva a reparar, lo que no obsta a que, cuando es alternativa al proceso penal, y por consiguiente el autor obtiene un beneficio penal, este beneficio externo penal también motive de forma lícita a los participantes.
- b) Reparación. En cuanto aporta lo que necesita la víctima para recuperarse y recobrar su sentido de seguridad. A veces es tan sólo información lo que necesita, otras veces una reparación económica, o dejarle expresar su ira, etc. El concepto de reparación, por tanto, es más amplio que la mera restitución económica.
- c) Responsabilidad. Va más allá de que el autor comprenda que ha violado la ley, pues se trata, además, de asumir el daño concreto producido a una persona o grupo de ellas y comprender que su acción ha perjudicado a otros.
- d) Reconciliación entre ambas partes para restablecer las relaciones o, al menos, para expresar los sentimientos y soluciones que permitan abordar de una forma pacífica el conflicto.
- e) Comunitaria, pues se trata de fortalecer la comunidad y convertirla en un lugar más seguro y justo para todos, mediante la participación de los diferentes agentes sociales en las soluciones.

En este marco, la mediación, como instrumento de la Justicia Restaurativa, puede definirse como un procedimiento en el que un tercero neutral intenta, a través de la organización de intercambios entre las partes, que éstas acuerden una solución al conflicto que les enfrenta.

Trasladada al ámbito penal, la mediación se realiza entre la víctima y el autor de la infracción, se produce fuera del proceso penal y tiene como finalidad que ese autor repare el mal causado para satisfacción de la víctima. Se consigue no solamente la satisfacción de la víctima, a través de la reparación y otorgando protagonismo a su voluntad, sino también la confrontación del sujeto infractor con su conducta y las consecuencias que de ella se derivan, responsabilizándose de sus propias acciones.

De esta manera, la mediación supone un proceso en el que se produce un crecimiento personal tanto para el infractor, en cuanto asume la responsabilidad de sus actos, como para la víctima, al tener como consecuencia que pueda atenuarse la denominada victimización secundaria; todo ello mediante un proceso de comunicación entre las partes, que se materializa en un acuerdo consistente en un dar y recibir con mutuas concesiones. A través de este instrumento se viene a conseguir de forma más eficaz la función de la pena, es decir, la estabilización a largo plazo de la confianza de los ciudadanos en la inviolabilidad del orden jurídico penal: la víctima considera reparados sus intereses legítimos, el autor de la

infracción se responsabiliza de sus actos y la sociedad observa cómo el sistema jurídico ha otorgado respuesta al conflicto planteado.

En el estricto ámbito penal juvenil, la mediación penal es una solución extrajudicial alternativa al proceso penal con un importante potencial educativo. Las posibilidades que se ofrecen incluyen la mediación y la reparación tanto de forma directa hacia la víctima como de forma indirecta o mediante una actividad educativa. Todo ello, facilitado por un mediador imparcial que utiliza diferentes técnicas y/o habilidades que facilitan la comunicación ente las partes y flexibilizan el conflicto.

La reparación ejerce una específica acción educativa sobre el joven autor por cuanto que estimula la reflexión de éste sobre su responsabilidad y sobre el modo de afrontarla. En este sentido, se puede decir que es un modelo idóneo para el sistema de justicia del joven por su escaso valor estigmatizante, su alto valor pedagógico y su carácter de menor represión.

II. LA JUSTICIA REPARADORA

El proceso penal ha de cumplir varias funciones, por un lado, garantizar los derechos del ciudadano sometido a investigación; investigar el delito de modo eficaz y diligente, evitando dilaciones innecesarias; enjuiciar el objeto del proceso en un plazo razonable y con las máximas garantías de conocimiento, transparencia, objetividad, imparcialidad y contradicción; así como, de modo destacado, una función social en el tratamiento de la delincuencia, de modo tal que la ley penal ha de integrarse en el tratamiento global de la delincuencia y ha de hacerse compatible con la prevención de las acciones y omisiones definidas como delito, con la satisfacción de las víctimas y con el restablecimiento más completo posible del orden jurídico perturbado por la infracción penal. Esto es, ha de tender a prestar a la víctima la mayor asistencia y reparación posible, a posibilitar la rehabilitación del delincuente y su reintegración social en condiciones que eviten la comisión de nuevos delitos, y constituir un instrumento eficaz de política social, lo que implica su asunción por la comunidad y la participación de ésta en su desarrollo. Es lo que se ha venido a llamar la justicia reparadora, la que se encuadra en el marco de un proceso, proceso reparador, el cual es definido por la Declaración sobre los «Principios básicos para la aplicación de programas de justicia reparadora en materia penal» (Resolución 2002/12 ECOSOC) como «todo proceso en el que la víctima, el ofensor y, cuando proceda, cualquier otra persona o miembros de la comunidad de afectados por el delito participan conjuntamente de manera activa en la resolución de las cuestiones derivadas del delito, normalmente con la ayuda de un facilitador».

Dicha Resolución parte de una visión de la justicia reparadora no como alternativa sino como complemento de la justicia penal y afirma su validez en todas las fases del proceso penal, además de los principios de voluntariedad, igualdad y la necesidad de respetar los principios de un proceso justo y la presunción de inocencia.

Y en este contexto surge la institución de la mediación, definida en la Recomendación núm. R(99) 19, del Consejo de Europa en materia de mediación penal, como «todo

proceso que permite a la víctima y al delincuente participar activamente, si libremente acceden, en la solución de las dificultades resultantes del delito, con ayuda de un tercero independiente».

La mediación, en el ámbito penal, se prevé en la Recomendación (85) 11, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, y en la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de la Unión Europea, sobre el Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal, como un derecho de la víctima, en concreto a que se articule por el Estado un sistema de mediación penal con finalidad reparadora. La justificación no es otra que, siendo el derecho penal un instrumento imprescindible para el buen funcionamiento de nuestra sociedad, ello no obsta a que se trate de limitar las consecuencias negativas que genera su aplicación. Y a ello tiende la mediación, en cuanto sirve como instrumento dentro del proceso para obtener una solución pacífica al conflicto penal, atendiendo tanto a las necesidades de la víctima como a la reinserción del victimario. Se trata de abogar por un sistema de justicia penal más humano, sin que la seguridad jurídica y los fines de prevención general del Derecho Penal se resientan, como un instrumento dentro del proceso incrementa las posibilidades de solución pacífica de los conflictos atendiendo a las necesidades de la víctima y apoyando la posibilidad de reinserción de los infractores —prevención especial—.

Como tal, es considerada actualmente como la forma más innovadora de abordar los problemas ligados a cierto tipo de criminalidad: la reparación, la restitución y, a veces, también la reconciliación, pueden ser los valores de base de la acción penal. En este marco, la mediación se inserta dentro de lo que se ha venido a llamar la «justicia restitutiva» la que está considerada y sostenida como una tercera vía, situada entre el modelo de justicia retributiva y el de la justicia rehabilitadora dirigida a la readaptación. Si el primero de estos dos modelos pone el acento sobre los crímenes y su castigo, el segundo se concentra en la recuperación y la reintegración del delincuente. La justicia restitutiva se interesa por el crimen, pero lo define como un problema de orden interrelacional. Hace falta conducir al delincuente a la asunción de la responsabilidad y de las consecuencias de sus acciones, así como del perjuicio causado a la víctima. El hecho de reconocer las consecuencias y el perjuicio hacia la víctima lleva a ésta a ser un copartícipe en la comunicación relativa a la reparación y a la restitución. Asumir su responsabilidad, encontrar soluciones, firmar y respetar los acuerdos y restablecer la paz son algunos de los trazos destacados de la mediación y de la justicia restitutiva.

III. LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DISTINTO AL PROCESO JUDICIAL

La mediación como tal se integra en el contexto de los mecanismos de solución de conflictos distintos al proceso judicial, a los que se ha venido denominando ADR, aunque no por ello son opuestos a aquél o no pueden insertarse dentro, esto es, realizarse de manera intrajudicial.

La denominación ADR engloba a las distintas vías o técnicas que vienen siendo habitualmente utilizadas en la sociedad americana para resolver cuantas cuestiones no pretenden ser abordadas por los tribunales. Sin embargo, en estos últimos tiempos, ha cambiado

el término «alternativas» por «adecuadas» o «complementarias», en gran medida porque la alternatividad no siempre responde a la verdadera naturaleza de la técnica o medio empleado.

Y, como tal, no sirven tan sólo como métodos alternativos frente a los procesos judiciales, sino complementarios o adecuados respecto de los procedimientos jurisdiccionales, pues en ocasiones los métodos aplicados en las ADR se adaptan mejor al conflicto concreto a que se las somete.

De tal modo que existen algunos conflictos sociales que dada su complejidad no resultan aptos para ser resueltos adecuada y eficazmente a través de los instrumentos clásicos de resolución de conflictos, como es el proceso. Para ellos se requiere una específica metodología basada en el trabajo conjunto de diversas disciplinas, pues el tratamiento legal incide básicamente en parte del problema, pero no en su totalidad. El tratamiento del problema en el proceso judicial se centra en el hecho enjuiciado obviando las circunstancias de los sujetos encausados, dejando, por tanto, de lado, sobre todo en el campo penal, cuestiones tales como:

- a) La solución del conflicto entre las partes implicadas, para que, por un lado, la víctima logre asumir lo que ha ocurrido, entenderlo, perder, si no total, sí al menos parte del miedo y otras emociones que se le han podido generar; por otro, que el victimario se haga consciente del daño causado con su conducta, llegando a asumir la responsabilidad de ésta.
- b) Cómo se siente la víctima, tanto antes, durante como después del suceso. Puesto que siendo la gran perjudicada del proceso, es también la gran olvidada, siendo habitual que guarde en su interior un mar de emociones incontroladas.

En definitiva, con relación a la víctima cabe identificar tres objetivos que van destinados a la integral reparación por el daño sufrido:

- a) La reparación o resarcimiento del daño.
- b) La recuperación del sentimiento de seguridad.
- c) Y la resolución de problemas asociados a la victimización secundaria derivados de la reiterada llamada al proceso del ofendido en calidad de testigo.

Por otro lado, con relación al victimario se persigue:

- a) Su responsabilización por la conducta infractora.
- b) La reparación a través de la aplicación de la pena correspondiente, así como de medidas alternativas que sirvan para dar solución a su conducta infractora.
- c) Una aptitud más positiva hacia el sistema represivo que significa el sistema penal.

Pero no sólo la víctima y el victimario obtienen beneficios, sino la sociedad en general que recobra la confianza en la justicia cuando es consciente de que tanto la víctima como el victimario han obtenido una respuesta satisfactoria a su conflicto. Así bien, se trata de faci-

litar el diálogo comunitario, reconstruyendo la paz social quebrada por el delito y minimizando las consecuencias negativas, devolviendo, en consecuencia, cierto protagonismo a la sociedad civil. Esta opción revierte positivamente en la sociedad a través del incremento de confianza en la administración de justicia penal. Se trataría de la potenciación de la comunidad social como elementos integrador a mayores de los que están vigentes en el marco de la justicia restaurativa. De esta manera, los efectos de la mediación pueden servir como forma de tranquilizar el miedo difuso de la sociedad, y se erige como método que palia los peligros que subyacen en el fondo de una buena parte de los conflictos penales, tales como la pobreza, las adicciones, patología mental, la ausencia de recursos sociales para determinados colectivos, aumento de la violencia entre las personas, miedo a los inmigrantes o a lo desconocido, fractura del tejido social.

A la persecución de ese fin, el tratamiento integral del conflicto, surge la mediación, como instrumento auxiliar de la justicia con una metodología adaptada a dar una mejor y más apta respuesta a determinados litigios.

IV. PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN EN EL PROCESO PENAL

La mediación en el procedimiento penal debe ser un servicio de atención gratuita a la ciudadanía, en cuanto el Derecho Penal tiene un carácter público, al que deriva el órgano judicial, aunque es posible que bien la defensa o la acusación se lo soliciten, siendo, en todo caso, voluntario para las partes durante todo el tiempo que dure el procedimiento de mediación, de forma tal que se puede abandonar en cualquier momento sin que suponga por ello una merma en las garantías procesales.

Dentro del proceso así descrito, los principios por los que se rige han de ser:

1. La naturaleza autocompositiva del conflicto, en cuanto son las partes las que han de llegar al acuerdo, interviniendo la persona mediadora a los solos efectos de equilibrar la capacidad negociadora de ambas partes y favorecer la negociación para la consecución de acuerdos. Así pues, a través de la mediación no se impone la solución por terceros como en el proceso judicial o en el arbitral, mecanismos heterocompositivos de solución de conflictos, sino que la solución es negociada, asumida y acordada por las propias partes, sin que el tercero, persona mediadora, tenga poder de decisión o imposición sobre las soluciones y acuerdos a las que lleguen las propias partes.
2. Se trata de un instrumento al que se acude de forma voluntaria, de hecho, nada parece más alejado de la finalidad propia de todo procedimiento de mediación, que no es otro que alcanzar un acuerdo de modo voluntario y autónomo, que imponer a las partes que se sometan a un procedimiento de estas características. Así bien, la norma general debiera ser la voluntariedad, en todas las manifestaciones de la mediación, sin perjuicio de que pueda ser establecida la obligatoriedad de una entrevista informativa previa, con el objeto de asegurar que la opción que realizan los ciudadanos por rechazar o aceptar un proceso de mediación es plenamente consciente, aceptada y no mediatizada por prejuicios propios o de terceras personas. Por otra parte, la voluntariedad no se refleja únicamente en el momento de aceptar

participar en un proceso de mediación penal, sino que también está presente a lo largo de él, es decir, que cualquiera de las partes conserva la facultad de anunciar que quiere dar por terminado el proceso de mediación.

3. Intervención de tercero neutral, esto es, la persona que medie no podrá orientar y menos imponer a las partes su propia escala axiológica frente a la propia de cada parte, evitando así plantear alternativas que vayan dirigidas a alcanzar soluciones que sean más conformes a la propia escala de valores de la persona mediadora. La neutralidad del mediador está en relación directa con los fines teleológicos de su función que, en definitiva, son el resultado de la pacificación de las relaciones interpersonales y el de la reconstrucción de vínculos sociales.
4. Intervención de un tercero imparcial, entendiendo por imparcialidad la cualidad de no tomar partido por alguien siendo objetivo en el tratamiento de la cuestión, descubriendo los intereses y necesidades de todos los intervinientes, respondiendo de forma objetiva a cualquier planteamiento expuesto o interés expreso implícito en cualquier proceso. La imparcialidad es un concepto que nos lleva directamente a la relación del mediador con las partes. Se trata de una condición de actuación compartida con los jueces, los árbitros o los peritos y el régimen jurídico de aplicación es el mismo. La formulación concreta es que el mediador no puede tener vinculación especial con ninguna de las partes que comprometa su independencia.
5. El proceso ha de ser confidencial, pues es la forma de garantizar la confianza en el sistema, aunque cabe admitir excepciones que deben ser expresamente reguladas. Mas el principio de la confidencialidad hay que ponerlo en relación con el principio de voluntariedad anteriormente analizado, que determina que, en cualquier momento, cualquiera de las partes puede dar por finalizado el proceso de mediación y acudir a los tribunales. Por esta razón se ha de garantizar que no se va a utilizar la mediación de forma fraudulenta para obtener fuentes de prueba.

En cualquier caso la confidencialidad respecto a la persona del mediador ha de garantizarse a través de que quede vinculado por el secreto profesional respecto de los hechos y circunstancias que le han sido confiados; así como que no pueda ser llamado a declarar como testigo en el juicio subsiguiente, ni tampoco como perito.

Respecto a las partes, se les ha de prohibir utilizar en un proceso posterior los hechos reconocidos en el contexto de la mediación.

No obstante, la confidencialidad tiene su límite en el orden público, por lo que el principio ha de ceder ante el riesgo para la integridad física de las personas o ante el conocimiento de un hecho delictivo distinto al que es objeto de enjuiciamiento.

V. SITUACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL JUVENIL EN ESPAÑA

En la actualidad en España nos movemos en dos planos, por un lado, el del derecho vigente y, por otro, el de las eventuales propuestas de reforma que puedan considerarse deseables.

En el primer plano nos hallamos con que, en primer lugar, la reparación tiene muchos reflejos en el ordenamiento penal, no sólo como atenuante sino también como realidad que ayuda a acceder a determinados beneficios y que es contemplada específicamente en algunos supuestos de la parte especial.

En segundo lugar, la conciliación, como tal, cuenta con algunas referencias indirectas y muy particulares, como en los delitos de injurias y calumnias.

Por último, la mediación explícitamente considerada reduce su operatividad a la legislación de menores⁽¹⁾. En el derecho penal de adultos la situación es de anomia, lo que no ha impedido la puesta en marcha de muchas experiencias.

La mediación en el ámbito de los menores no debe entenderse como manifestación del principio de intervención mínima del Derecho Penal, sino como reflejo del principio de oportunidad y superior interés del menor, así como del principio de proporcionalidad. En efecto, con la mediación no se trata de no tipificar las conductas menos graves del menor, sino de diversificar la respuesta frente a los hechos que se hallan tipificados penalmente, pudiendo no incoar el procedimiento judicial, renunciar al ya incoado o darle fin al concurrir una resolución extraprocesal valorada como satisfactoria.

Así bien, la LO 5/2000 ha venido a establecer un modelo de mediación y reparación, y a regular de forma explícita las posibilidades de la justicia restaurativa en el ámbito penal juvenil. En este marco, los cambios más significativos han sido, por un lado, que se han introducido varias formas de justicia restaurativa. Así bien, junto a la mediación, se prevén otras fórmulas en las que no interviene directamente la víctima, así en la reparación y en la actividad educativa del menor.

Por otro, con respecto a la mediación, cabe destacar que se conciben los procesos de mediación como una forma de solución extrajudicial, no obstante lo cual, todo el proceso de mediación se halla incardinado en el procedimiento judicial y es revisado tanto por el Ministerio Fiscal como por el juez de menores.

Además, no todos los asuntos que llegan a la justicia juvenil pueden pasar a programas de mediación, sino que la propia legislación limita la solución extrajudicial a los hechos calificados inicialmente como delitos menos graves y a las faltas.

Lo cierto es que lo relativo al ámbito objetivo de aplicación de la mediación no es un tema pacífico, y ello a la vista de que las opiniones son dispersas, hay quien, como el legislador, considera que se debe limitar su aplicación a los delitos menos graves y a las faltas; también se aboga por excluirlo de la mayoría de las faltas. Y, por último, hay otra línea, con la que me manifiesto en total acuerdo, que defiende que se podrá estar a las circunstancias de cada caso, sobre todo, a la posición emocional y a las condiciones de igualdad en que se encuentren las partes para ver si es posible o no el desarrollo de la mediación. De manera

(1) En lo relativo a la legislación de menores, no cabe desconocer la existencia de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor, que entró en vigor el 13 de enero de 2001, así como su Reglamento de desarrollo (RD 1774/2004, de 30 de julio). Además en Cataluña existe la Ley 27/2001, de 31 de diciembre, de Justicia Juvenil, que regula en el ámbito de las competencias de las Comunidades Autónomas aquellas materias que les atribuye expresamente el artículo 45.1 LORPM.

que la derivación a mediación no debe responder exclusivamente a criterios objetivos que atiendan exclusivamente a los tipos penales, sino que debe tomar en consideración el criterio subjetivo de la presencia como sujeto pasivo en el supuesto de víctimas que sean personas físicas, y con vulneración de derechos eminentemente personales. Tengamos en cuenta que la gravedad del hecho según la calificación y pena que se halle contenida en el Código Penal, no coincide siempre y en todo caso con la gravedad percibida subjetivamente, de forma tal que no tienen por qué estar todos los delitos graves excluidos, ni deben incluirse todas las faltas, porque no todas son idóneas para el proceso de mediación.

Como decimos, esta última postura se puede entender la más adecuada, y más teniendo en cuenta que se trata de jóvenes infractores que requieren, si cabe más que cualquier otro sujeto, que se atienda a sus circunstancias personales. En este caso, se han de barajar varios criterios:

- a) Por un lado y claramente, los subjetivos, esto es, las condiciones subjetivas de las personas que protagonizarían la resolución mediada, tanto en función de sus diversas capacidades personales, como de la situación coyuntural en que se hallen; y además la significación subjetiva del hecho, al margen de su calificación jurídico-penal.
- b) Por otro, a lo anterior habrá de unirse, si se trata de un hecho flagrante o en el que existen claros indicios de criminalidad.
- c) Para por último valorar positivamente los supuestos en que nos hallamos ante relaciones enconadas entre partes, en su caso con múltiples denuncias repetidas o cruzadas, en injurias y calumnias, violencia doméstica y de género, y hurtos contra las personas físicas.

Cabe destacar también que, a pesar de que no todo asunto pueda ser llevado a mediación, ésta es concebida con una finalidad educativa y resocializadora, sobre los criterios de defensa social basados en la prevención general. Así pues, resolución del conflicto, reparación de la víctima y aprendizaje, se complementan en la mediación juvenil.

VI. PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN PREVIO A LA SENTENCIA

Como es fácil observar, se le da mucha importancia a la mediación en la justicia de menores y ello debido a que incide de una manera específica en ellos, de forma tal que:

- a) La mediación es un proceso de responsabilización no sólo en lo relativo a la responsabilización objetiva, esto es, la basada en el resultado del hecho delictivo o a la asunción de responsabilidad en la comisión del hecho; sino también de responsabilidad en lo relativo a responder ante sí mismo y ante los demás de los propios actos o actitudes.

Esta última responsabilidad es fundamental en el marco de los menores, pues es habitual en ellos la falta de previsión del alcance de su conducta, considerando que un hecho aislado no es importante si no se conocen o no se piensan las consecuencias para quien lo ha padecido.

- b) El proceso de mediación permite una toma de conciencia del menor respecto a que sus actos le pertenecen y tienen consecuencias tanto para él, como para terceros, sean éstos la víctima, sus padres...
- c) Además, el proceso de mediación es reflexión, pues desde el momento en que se introduce a la víctima en el discurso se produce un cambio sustancial de actitud del menor, quien analiza las circunstancias que le llevaron a la acción delictiva y las consecuencias que tuvieron para la víctima.
- d) Por último, la mediación fomenta el autocontrol, de manera tal que se previene la reincidencia, y todo ello porque el proceso constituye una indudable experiencia de aprendizaje y de educación hacia la responsabilidad.

Todo ello implica que el menor ha de tener y mostrar verdadera voluntad de asumir la responsabilidad que pueda tener en los hechos denunciados, en caso contrario no cabe entender producida la mediación. En este sentido cabe recordar lo resuelto en la SAP de Tarragona de 18 de junio de 2007, según la cual, «La Sala, previo examen de las actuaciones, no comparte las argumentaciones esgrimidas por el Ministerio Fiscal y por el Magistrado de Menores y, ello, por cuanto, en primer lugar, los informes elaborados por el Equipo Técnico se realizan con carácter previo a la práctica de las declaraciones testificales, de las cuales, resulta especialmente reveladora la declaración de la menor Yolanda, declaraciones, de las que se desprende la participación de ambos menores en los hechos denunciados, circunstancia esta que contrasta con los informes elaborados por el Equipo Técnico que se limitan a acoger lo manifestado por los menores imputados.

En segundo lugar, en cuanto al menor Luis Andrés, del relato que expresa el Equipo Técnico se desprende una desvinculación del mismo de los hechos denunciados pues expresamente se hace constar: “Luis Andrés expresa su desvinculación de actos que puedan perjudicar a sus compañeros y valora que las conductas agresivas que a veces ha presenciado no son compartidas en absoluto por él”, desvinculación que se comprende desde el legítimo ejercicio del derecho de defensa pero que contrasta con las manifestaciones de los testigos que lo implican directamente en los hechos.

Por otra parte, en cuanto al menor José Ignacio, si bien el Equipo Técnico hace constar en el informe que asume su responsabilidad y está dispuesto a participar en un programa de mediación manifestando una voluntad de reconciliarse con la víctima, ello contrasta con las manifestaciones de su letrado defensor en las que expresamente niega la participación de José Ignacio en los hechos denunciados y con las propias manifestaciones del menor en la declaración prestada ante la Fiscalía en las que también niega los hechos que se le imputan.

De lo anterior se infiere que no concurren los presupuestos previstos en el artículo 19 LRPM en cuanto a la mediación que ha motivado el sobreseimiento provisional de las actuaciones respecto del menor José Ignacio por cuanto difícilmente el menor va a asumir compromiso alguno de reparación con la víctima si no reconoce los hechos que se le imputan, ni puede compartirse el archivo definitivo de las actuaciones respecto del menor Luis Andrés, pues los indicios de su participación en los hechos denunciados no se limitan a lo manifestado por la acusación particular en la denuncia por cuanto que los hechos que en ella se describen hallan corroboración en las manifestaciones de los testigos.

Asimismo, la Sala entiende que si bien es cierto que los principios que deben informar estos procedimientos son el de actuar en interés del menor y el principio de intervención mínima del derecho penal, lo cierto es que la actitud mostrada por ambos menores hasta el momento no puede hacerles merecedores de tales beneficios por cuanto no se aprecia una verdadera voluntad de asumir la responsabilidad que pudieran tener en los hechos denunciados, sin obviar el derecho de la víctima a verse protegida ante hechos como los presentes, desgraciadamente frecuentes, que han supuesto para el menor Jorge un desasosiego evidente que ha motivado la necesidad de someterse a tratamiento, según se desprende de los informes aportados, y se haya visto obligado a cambiar de centro escolar, entendiéndose, por todo ello, que la víctima se merece obtener una respuesta adecuada que, en absoluto, debe verse condicionada por la propuesta de archivo definitivo y de sobreseimiento interesadas por el Ministerio Fiscal por cuanto dicha representación no asume en exclusiva la acusación en el presente procedimiento».

A la vista de la importancia que se le da a la mediación en el marco del proceso penal de menores, el Reglamento entra en el concreto procedimiento que ha de seguirse de una manera profunda y detallada. Así bien, prevé las diferentes fases que han de seguirse en el proceso de mediación.

1. Iniciación del proceso de mediación

Una primera fase de iniciación del proceso de mediación. Se arbitran dos formas de llegar al Programa de Mediación-Reparación. En efecto, cabe que, por un lado, el Ministerio Fiscal, a la vista de las circunstancias concurrentes o a instancia del letrado del menor, aprecie la posibilidad de desistir de la continuación del expediente, en cuyo caso habrá de solicitar del Equipo técnico que informe sobre la conveniencia de adoptar la solución extrajudicial más adecuada al interés del menor y al de la víctima. En efecto, el Ministerio Fiscal podrá desistir de la continuación del expediente, a la vista:

- a) Por un lado, de la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, en particular la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos.
- b) Y, por otro, a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima, esto es, haya reconocido el daño causado y se haya disculpado ante la víctima, habiendo ésta aceptado sus disculpas; o bien haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, seguido de su reparación efectiva. Dicha reparación podrá ser a través de la realización de determinadas acciones en beneficio de aquéllos o bien de la comunidad.

Un supuesto en el que no se apreció que cupiera la reparación extrajudicial por no haber dado conocimiento a la víctima de la petición de perdón por parte de los menores, se examina por la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 14 de noviembre de 2008, según la cual, «Cuestionan los recurrentes el sobreseimiento del expediente de reforma, pues entienden no concurren los requisitos exigidos por el artículo 19 LORPM, tanto en cuanto, a su juicio, los hechos no pueden considerarse de menor gravedad, como que la actuación de los menores se limitó a presentar una

disculpa escrita, no aceptando que la misma tenga la publicidad necesaria y equivalente a la publicidad que se dio a la actuación ofensiva.

Señala que no se ha oído a las víctimas, incumpliendo lo establecido en el artículo 19.2. Insisten en que, por la publicidad y difusión de las vejaciones proferidas en la canción elaborada por los menores, se infiere la improcedencia de su consideración de menor gravedad. Reproduce el contenido de las mismas y concluye, tras realizar consideraciones sobre el interés del menor y los requisitos del artículo 19, con invocación del contenido de un Auto dictado por la Audiencia Provincial de Tarragona en apoyo de su tesis, la improcedencia del sobreseimiento dictado.

El Ministerio Fiscal se opone a dicho recurso, entendiendo concurrentes los requisitos legales, invocando los principios de oportunidad e intervención mínima y cuestionando la personación en forma del recurrente conforme al artículo 25 de la LORPM. Razones de oposición en las que incide la defensa de los menores, añadiendo consideraciones sobre el hecho de que los menores fueron sancionados por el centro y apelando al principio *non bis in idem*, en orden a la proscripción de la doble sanción por los mismos hechos.

SEGUNDO

Sin perjuicio de las consideraciones genéricas que se realizan a los principios de oportunidad, mínima intervención —principio de política legislativa— o al interés de los menores, atendiendo los preceptos invocados, lo informado por el equipo técnico, los fundamentos del sobreseimiento instado por el Ministerio Público y los integrantes del Auto recurrido, se infiere que se solicita y acuerda dicho sobreseimiento al amparo del artículo 19.1, es decir, el sobreseimiento por conciliación o reparación del menor y la víctima.

Ello deriva de la valoración de las disculpas previas emitidas por los menores, y motiva el informe del equipo técnico; disculpas que los profesores no entienden suficiente, cuando se han negado a emitirlas a presencia de sus compañeros, entre otras razones.

Si dicho sobreseimiento se dictó conforme a dicho articulado, se han omitido sus correspondientes trámites, dando por supuesta una reparación que las víctimas no entienden suficiente y de espaldas a las mismas, pues no se les ha citado a fin de manifestar la aceptación de las disculpas o, en su caso, proceder a arbitrar los mecanismos de mediación y conciliación regulados en dicho articulado.

Por ello entendemos que, sin prejuzgar el fondo, ha de estimarse el recurso, por no haberse cumplido los requisitos necesarios para proceder al sobreseimiento por conciliación o reparación».

- c) O, por último, se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

En cualquier caso, como ya hemos puesto de manifiesto con anterioridad, el desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta.

Por otro lado, cabe que sea el Equipo técnico quien inicie el procedimiento. En efecto, durante la instrucción del expediente, el Ministerio Fiscal le requerirá la elaboración de un informe, o la actualización de los anteriormente emitidos sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas; pues bien, será en este momento cuando pudiera estimar conveniente que el menor efectúe una actividad reparadora o de conciliación con la víctima, en cuyo caso habrá de informar de tales extremos al Ministerio Fiscal y al letrado del menor. Si el Ministerio Fiscal apreciara la posibilidad de desistir de la continuación del expediente, habrá de solicitar del equipo técnico informe sobre la solución extrajudicial más adecuada.

Puede producir ciertas dudas el hecho de que se prevea como uno de los supuestos que sirve para que el Ministerio Fiscal decida desistir del procedimiento, el que haya reconocido el daño causado y se haya disculpado ante la víctima, en tanto en cuanto se puede entender vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, si tras el intento de mediación éste terminare sin acuerdos.

En efecto, ya la decisión de participar en una mediación puede entenderse como un indicio de intervención en el hecho delictivo, que podría ser susceptible, en principio, de valoración judicial. Pero tengamos en cuenta una cosa, el ofrecimiento al menor de la posibilidad de participar en una mediación no se realiza únicamente en función del reconocimiento de hechos, sino en función de la naturaleza y circunstancias del hecho criminal, de la intensidad de los indicios que estén acreditados y de la posibilidad de reparación.

No obstante, cuando comienza la mediación, aparece un reconocimiento implícito de los hechos por parte del menor que, en principio, podría influir en la valoración probatoria que en su momento realice el Juez en la sentencia. Sin embargo, nunca podrá ser así, pues, por un lado, este hecho no tendrá trascendencia si la mediación finalizase por acuerdo entre las partes; y, por otro, si una vez iniciado, termina sin acuerdos, tenemos que tener en cuenta que la salida del menor del proceso de mediación podría ser debida a que no está conforme con los hechos que la víctima expresa, o a que dichos hechos no son susceptibles de traducción jurídica en una infracción penal. Pero en cualquier caso, el Juez no podrá basar la motivación de una eventual sentencia condenatoria en esta circunstancia, pues sólo cabe que resuelva con base en las pruebas que tengan lugar en el juicio oral. Por tanto, ni la apertura voluntaria ni el cierre del proceso de mediación son elementos que puedan ser tomados en consideración dentro de la valoración probatoria. De hecho, y para reforzar el derecho a la presunción de inocencia, el Juez no tendrá conocimiento del contenido del proceso de mediación, salvo los acuerdos adoptados por las partes en el documento final y que se recogen en el «acta de acuerdos» hasta el desarrollo del juicio oral, momento procesal en que las partes podrán expresar todo aquello que quieran en relación con los hechos, situación y reparación; así se evita una posible contaminación judicial.

Por otro lado, lo que resulta incuestionable es que la decisión sobre si cabe o no realizar la mediación entre el menor y la víctima es del Ministerio Fiscal, a la vista de lo informado por el equipo técnico, no siendo en ningún caso medidas obligatorias, y ello a la vista de lo ya previsto en la Exposición de Motivos de la Ley del Menor, de la que se desprende que la reparación del daño causado y la conciliación entre la víctima y el menor no son medidas obligatorias, sino que han de aplicarse cuando concurren los requisitos previstos legalmente, es decir «cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe,

y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón», requiriéndose en la reparación «algo más», a saber, «el menor ejecuta el compromiso adquirido con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado».

Así bien, es el Equipo Técnico quien valorará si se dan las bases adecuadas de los criterios educativos correspondientes, pues según declara la Exposición de Motivos, en el Derecho Penal de menores ha de primar, como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el superior interés del menor, que ha de ser valorado con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas⁽²⁾.

2. Recepción del caso

La segunda fase es de recepción del caso, análisis de la documentación y citación del menor. Así bien, el Equipo Técnico habrá de recibir el caso, esto es, la solicitud junto con la denuncia, atestado policial, declaración del menor, etc., a fin de emitir una valoración sobre la idoneidad o conveniencia de adoptar o no una solución extrajudicial, y, en caso afirmativo, cuál sea la más adecuada. La valoración la trasladará a través de un informe, el cual tiene una naturaleza completamente distinta al de la situación del menor que se realiza en el proceso judicial.

El Equipo Técnico habrá de citar a su presencia al menor, a sus representantes legales y a su letrado defensor, a quienes les expondrá la posibilidad de solución extrajudicial. Si el menor o sus representantes legales manifestaren su negativa a la solución extrajudicial, el Equipo Técnico habrá de comunicarlo al Ministerio Fiscal, y procederá a elaborar un informe sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna medida.

Si el menor, con la presencia de su letrado, aceptare alguna de las soluciones extrajudiciales, se recabará, con la mayor brevedad posible, la conformidad de sus representantes legales.

(2) Manifiesta la SAP de Navarra de 21 de octubre de 2002 que «la elección de la medida o medidas adecuadas, se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos y, en su caso, de las entidades públicas de protección y reforma de menores, cuyo contenido ha de versar sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas.

Y esto es lo que se ha hecho en el caso enjuiciado, puesto que la Juez de menores explica de forma convincente las razones que le llevan a imponer la medida de tres fines de semana, tomando como base el informe del Equipo Técnico.

Siendo reiterada doctrina constitucional que declara que el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24.1 CE, comprende el derecho de acceso al proceso, a los recursos y a que el órgano judicial decida conforme a lo alegado por las partes, oídas contradictoriamente; por tanto, la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva se formula por el recurrente con carencia absoluta de toda argumentación, lo cual pone de manifiesto su condición de denuncia puramente retórica, merecedora de ser rechazada de plano, sin otra consideración que no sea la de constatar que la sentencia impugnada le ha ofrecido una respuesta jurídicamente razonada que satisface plenamente el referido derecho constitucional».

En cualquier caso, se ha de garantizar al menor que si desea abandonar el proceso mediador, pueda hacerlo sin que ninguna de la información en él vertida pueda ser tenida en consideración en el proceso judicial. Ahora bien, se debe garantizar la confidencialidad de la información que se vierta en el proceso de mediación para que su contenido no pueda ser utilizado en sentido incriminatorio.

Aceptada la fórmula de solución extrajudicial, el Equipo Técnico habrá de ponerse en contacto con la víctima para que a su vez manifieste la conformidad o disconformidad a participar en el procedimiento de mediación. Los criterios que habrían de tenerse en cuenta para el acceso de la víctima a mediación son: el interés de ésta en ser reparada; su voluntad y compromiso para participar en la mediación; así como su capacidad para entender la alternativa que se le propone.

Si diere su conformidad, y fuera menor de edad o incapaz, el consentimiento habrá de ser confirmado por sus representantes legales y puesto en conocimiento del juez de menores competente.

3. El acuerdo

La tercera fase es la de mediación *stricto sensu*, tendente, según el Reglamento, a que ambos concreten los acuerdos de conciliación o reparación, permitiendo incluso el que la víctima no se halle presente. En efecto, caben dos tipos de mediación, la directa y la indirecta. La primera exige que las dos partes coincidan físicamente en el mismo espacio, lo que permitirá un diálogo sobre el conflicto para llegar a un acuerdo. Este tipo de mediación es la más eficaz.

Por su parte, la mediación indirecta es aquella en la que las dos partes no coinciden físicamente en el mismo espacio y, sin embargo, llegan a un acuerdo que les beneficia. Este tipo de mediación en donde el mediador hace de reconductor entre las dos partes, se produce habitualmente cuando a la víctima le es muy difícil sentarse junto a su infractor, o en las faltas en donde, tras cartas con petición de disculpas, se llega a la retirada de la denuncia y no acudir al plenario.

En cualquier caso, el proceso de mediación va dirigido a la responsabilidad penal, sin perjuicio de los acuerdos a los que pudieran llegar las partes respecto a la responsabilidad civil. Así bien, y según se prevé en el artículo 19, el menor en el proceso extrajudicial habrá de reconocer el daño causado y deberá haber pedido disculpas a la víctima, quien habrá tenido que aceptarlas para que se pueda entender producida la conciliación.

Todo este proceso va unido al de reparación por el que el menor asume el compromiso con la víctima o el perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de estos últimos o de la comunidad.

Fuera de este proceso de mediación, pero en la práctica unido en muchas ocasiones, tendrán lugar los acuerdos sobre responsabilidad civil a los que se hubieren llegado.

De forma tal que resulta perfectamente admisible que se llegue a acuerdos sobre la responsabilidad civil del menor, pues ésta se rige por el principio dispositivo que es el que sirve al proceso civil. Pero es más, cabe que tras haber sobreseído el procedimiento penal

por entender aconsejable, atendida la gravedad de los hechos y las circunstancias del menor, la aplicación de una actividad de mediación o reparación, se acuda a un proceso civil para exigirle responsabilidad civil, al entender que la resolución que de ese modo pone fin al procedimiento no expresa la ausencia de responsabilidad penal en el menor sino simplemente acoge un principio de oportunidad que la ley prevé.

En definitiva, a salvo de los acuerdos a los que las partes pudieren haber llegado respecto a la responsabilidad civil, la ausencia de un pronunciamiento en materia de responsabilidad penal impide cualquier pronunciamiento ulterior en materia de responsabilidad civil. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 39.1, *in fine*, según el cual, «En la misma sentencia se resolverá sobre la responsabilidad civil derivada del delito o falta con el contenido indicado en el artículo 115 CP». Todo ello sin perjuicio del ejercicio de las acciones que pudieran corresponder al perjudicado ante la jurisdicción ordinaria⁽³⁾.

Por último, a la vista de que cabe la sustitución de medidas tras la sentencia, se permite no sólo la mediación con carácter previo a la sentencia, sino después de ella, pudiendo el juez dejar sin efecto la medida impuesta cuando, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue la conciliación del menor con la víctima y el tiempo de duración de la medida ya cumplido, expresan suficientemente el reproche que merecen los actos cometidos por el menor.

De cualquier modo cabe que tras el proceso mediador no llegaren a acuerdos y por tanto, no siendo posible la conciliación o la reparación directa o social, o cuando el equipo técnico lo considere más adecuado al interés del menor, propondrá a éste la realización de tareas socioeducativas o la prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

De cualquier modo, al inicio del proceso de mediación, y a fin de garantizar la confidencialidad de la información a la que antes hicimos referencia, será preciso que se entregue al menor y a la víctima, así como a sus representantes legales y letrados, un documento de consentimiento informado que han de firmar las partes, a fin de que adquieran el compromiso de no relatar ni utilizar los datos que se hayan conocido en las sesiones de la mediación en caso de que ésta no llegue a finalizar con éxito.

El mediador también habrá de someterse a la requerida confidencialidad derivada de su deber de secreto profesional.

4. Efectos en el proceso judicial

Hay una cuarta fase, que tiene lugar tras la mediación, y se hace efectiva cuando el Equipo Técnico pone en conocimiento del Ministerio Fiscal el resultado del proceso de mediación, los acuerdos y el grado de cumplimiento; o bien, los motivos por los cuales no se haya podido llevar a cabo la conciliación y reparación. Se trata, en definitiva, de darle al Ministerio Fiscal criterios de decisión acerca de dar por concluida la instrucción y solicitar al Juez el archivo de las actuaciones, o acerca de continuar el expediente si el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada.

(3) SAP de Tarragona de 5 de febrero de 2007.

Por tanto, habrá de ser el Ministerio Fiscal quien aprecie si en el caso concreto concurren las circunstancias que la ley exige para dar por concluida la instrucción, a saber, la gravedad del delito y las circunstancias del menor. El Ministerio Fiscal habrá así de solicitar al juez el sobreseimiento, esto es, de pedirle se renuncie a la exigencia de responsabilidad penal por parte del Estado, lo que obliga a que el órgano judicial examine la existencia de los requisitos legales, sin que quepa resolver el sobreseimiento de modo automático tras la petición del Fiscal. En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid en Auto de 10 de mayo de 2002: «El que el Ministerio Fiscal sea la única parte en el procedimiento de menores que puede ejercitar la pretensión acusatoria, no conlleva que el órgano judicial venga obligado necesariamente a proceder sin más al sobreseimiento del expediente por conciliación o por reparación, pues el órgano judicial en el cumplimiento de las funciones que expresamente establece el artículo 19.4 debe controlar el cumplimiento de los requisitos legales para acceder o no a la pretensión».

Así bien, el órgano judicial habrá de apreciar las circunstancias del caso concreto, a la vista de lo que le plantee el Ministerio Fiscal y el informe del Equipo Técnico, y así es como lo decide la Audiencia Provincial de Madrid en su Sentencia de 1 de diciembre de 2008, según la cual, «Ha de tenerse en cuenta que según lo prevenido en la Exposición de Motivos de la citada Ley orgánica tanto en su redacción anterior como la actual, se encomienda al Ministerio Fiscal la iniciativa procesal, y le concede amplias facultades para acordar la terminación del proceso con la intención de evitar, dentro de lo posible, los efectos afflictivos que el mismo pudiera llegar a producir.

De este modo, y en el concreto ámbito de la legislación de menores, por la especial finalidad que le viene atribuida, la ley haciendo uso flexible del principio de intervención mínima en función del interés superior del menor contempla otras formas de finalización, como son el desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar (artículo 18 LORPM), el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima (artículo 19 LORPM) o el sobreseimiento instado por el Fiscal a propuesta del equipo técnico (artículo 27 LORPM).

Este último es el que el Ministerio Fiscal ha instado en el caso presente, con fundamento en los informes emitidos por el Equipo Técnico en el seno del proceso de conciliación extrajudicial intentado, si bien finalmente sin éxito así como en el tiempo transcurrido desde la ocurrencia de los hechos, que tuvieron lugar el 25 de mayo de 2006.

En el informe del Equipo Técnico no se considera necesaria respecto de ninguno de los menores implicados una intervención educativa especializada, precisando respecto de Virgilio que el episodio que ha dado origen a la incoación del Expediente de reforma ha supuesto un hecho puntual en su trayectoria, y que ha mostrado su interés en participar en un proceso de mediación que no se ha podido llevar a cabo.

Consta en la causa el intento de reparación extrajudicial en el que el hoy recurrente se mostró conforme en que se llevara a cabo la misma por parte de Virgilio, con quien manifestó no tener ningún problema, concretándose su pretensión en una reclamación económica que se cifró en 1.800 euros por su letrado, si bien la enfermedad del padre de Virgilio interrumpió la posibilidad de llegar a un acuerdo, quedando abierta no obstante para el perjudicado tanto la pieza de responsabilidad civil, como el proceso ordinario para el resarcimiento a que hubiera lugar.

Por lo tanto, la resolución judicial impugnada, acordando el sobreseimiento, no sobre la base de la existencia o no de indicios de la posible comisión de un hecho punible imputable a Virgilio, sino con fundamento en la solicitud del Ministerio Fiscal, a la vista de las conclusiones del Equipo Técnico, ha de ser confirmada en esta alzada».

VII. PROCESO DE MEDIACIÓN TRAS LA SENTENCIA

Las fases son distintas si el proceso de mediación tiene lugar después de haberse dictado la sentencia, estando, por tanto, en fase de ejecución de medidas. En este caso se trata de que ha habido un proceso judicial con resultado de sentencia condenatoria para el menor, y la mediación en esta fase puede suponer la finalización de la medida, si el acto de mediación unido al tiempo de cumplimiento pasado suponen suficiente reproche para el menor a criterio del Juez de Menores.

Así bien, la fase de iniciación corresponde a la entidad pública que está realizando la ejecución de la medida, quien informará al Ministerio Fiscal y al Juez de Menores sobre la idoneidad de la solución extrajudicial con respecto a un determinado menor. Para que esto sea posible ha de explicitarse la voluntad del menor de conciliarse con la víctima o de repararla por el daño causado.

La segunda fase es la de mediación, llevada a cabo por la entidad pública.

La tercera fase tendrá lugar cuando, una vez terminado el proceso de mediación, la entidad pública informa de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento al Ministerio Fiscal y al juez de menores, a efectos de que éste pueda sustituir la medida que se hubiere acordado en la sentencia.

Son claras las diferencias que se aprecian en cada una de las fases, por un lado, en lo relativo a la existencia o no de limitación del proceso de mediación por la razón de la gravedad del delito. Así bien en fase de ejecución, no existe la limitación prevista en el proceso judicial para los delitos más graves, además, con total probabilidad el delito será grave pues ha supuesto una medida duradera y en ella el menor ya ha cumplido parte.

Por otro lado, la respuesta del menor difiere según en la fase en la que se lleve a cabo. Así bien, en los procesos de mediación previos a la sentencia, los menores se hallan en mayor grado responsabilizados respecto al daño causado, la familia normalmente trabaja con ellos en el proceso de responsabilización. Sin embargo, los menores que están cumpliendo la medida impuesta tras la sentencia, en general presentan mayor gravedad de conductas antisociales, mayores déficits sociocognitivos, menor capacidad de empatía..., lo que impide en muchos casos un buen proceso de mediación.

En efecto, la vida dentro de un centro de internamiento presenta unas características que influyen negativamente en la interrelación personal de los jóvenes infractores. De forma tal que el contexto social en el que se enmarcan las relaciones humanas dificulta la adopción de soluciones pacíficas a los conflictos violentos. Estas características son las siguientes:

- a) Convivencia obligada en un lugar cerrado, dentro de un espacio reducido y hacinado.

- b) Inexistencia de un espacio físico para la intimidad y para la elaboración de procesos de reflexión sobre sentimientos y conductas.
- c) Los jóvenes en régimen de internamiento, en general, no confían en la administración penitenciaria para darle conocimiento de su interés en la reparación de la víctima.

A todo ello ha de unirse que la legislación del sistema de internamiento es más bien represiva, normalmente interviene sancionando conductas y potenciando su prevención mediante un sistema de obtención de beneficios y de pérdida de éstos.

CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA «TUTELA JUDICIAL EFECTIVA» DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD. UN ANÁLISIS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

JAVIER NISTAL BURÓN

Jurista del Cuerpo Superior de Instituciones Penitenciarias

RESUMEN

Consideraciones sobre el derecho fundamental a la «tutela judicial efectiva» de las personas privadas de libertad. Un análisis a la luz de la jurisprudencia constitucional

En el presente trabajo se analiza la doctrina jurisprudencial emitida por el Tribunal Constitucional en la interpretación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, proclamado en el artículo 24 de la Constitución y sus distintas manifestaciones, en relación con las personas privadas de libertad, para quienes la situación de sujeción especial que mantienen con la Administración penitenciaria no puede implicar la eliminación de este fundamental derecho. Sin embargo, y a pesar de ser un derecho tan importante, no goza de una interpretación pacífica, antes al contrario, sufre este derecho una desmesurada conflictividad en su aplicación práctica, basta acudir a la publicación de las sentencias y autos del Tribunal Constitucional, para comprobar que el «derecho a la tutela judicial efectiva» sobresale con diferencia destacable entre los derechos que se aducen solicitando el amparo constitucional.

Palabras clave: Derechos fundamentales, Tribunal Constitucional, Administración penitenciaria, ejecución penal.

ABSTRACT

Considerations on the fundamental right to «effective judicial protection» of the prisoners. A study in the light of the constitutional case law

The main goal of this document is to analyze the case law produced by the Constitutional Court in the framework of interpretation of effective judicial protection as a fundamental right, enshrined in article 24 of the Constitution and its various manifestations, in relation to inmates. Their special situation depending of penitentiary institutions can not entail the elimination of this fundamental right. Actually, despite it is an important right it is also the cause of conflicts in its practical application. Constitutional court publications remark the 'right to effective judicial protection', standing out between rights that have been ignored and applied for constitutional protection.

Key Words: Fundamental rights, Constitutional court, penitentiary administration and govern, criminal enforcement.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LAS DIVERSAS MANIFESTACIONES DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.
 1. Aspectos generales.
 2. Manifestaciones concretas en el ámbito de la actividad penitenciaria.

- A) En su proyección de acceso libre a la justicia.
- B) En su proyección de obtener una resolución de fondo motivada, fundada en derecho y congruente.
 - a) Impresos normalizados.
 - b) Incongruencia omisiva.
- C) En su proyección de ejercitar los recursos legalmente previstos.
- D) En su proyección de obtener la ejecución de la sentencia.
- E) En su proyección de intangibilidad o inalterabilidad de las resoluciones judiciales firmes (cosa juzgada).
- F) En su proyección de no sufrir indefensión.
 - a) Derecho a conocer los hechos que son objeto de acusación.
 - b) Derecho a la asistencia letrada.
 - c) Derecho a la presunción de inocencia.
 - d) Derecho a utilizar todos los medios de prueba reconocidos por el ordenamiento jurídico.

III. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

A partir del momento del ingreso en prisión, nace sobre la persona del interno una relación jurídica de naturaleza administrativa con la Administración penitenciaria a la que se confía su retención y custodia. Esta relación administrativa recibe la denominación de «relación jurídica penitenciaria», y de ella dimanan un haz de derechos y deberes respectivos para el recluso y para la Administración. Dicha relación jurídica penitenciaria ha sido encuadrada por la jurisprudencia constitucional dentro de la categoría de las relaciones especiales de sujeción⁽¹⁾. Pese a la indeterminación del concepto de «relación especial de sujeción», no puede ponerse en duda que el internamiento en un Centro penitenciario origina una relación jurídica de naturaleza específica, que se desprende del propio artículo 25.2 CE. En palabras del mismo TC, «el interno se integra en una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos y como consecuencia de la modificación de su *status libertatis*, adquieren el *status* específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que, con carácter general, existe sobre los ciudadanos libres»⁽²⁾. Añade el TC que, no obstante, esta relación de especial sujeción deberá ser entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales.

Para las personas privadas de libertad el acceso a estos órganos judiciales especializados y a los demás que constituyen el Poder judicial forma parte del derecho fundamental regulado en el artículo 24 CE, que reconoce a «todas las personas» el derecho a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legít-

(1) SSTC 74/1985, FJ 2; 2/1987, FJ 4; 120/1990, FJ 6; 57/1994, FJ 3, y 35/1996, FJ 2.

(2) Entre otras, SSTC 120/1990, FJ 6, y 137/1990, FJ 4.

timos⁽³⁾. Este derecho, en mayor medida que otros derechos fundamentales reconocidos también en nuestra norma constitucional, debe la configuración de su contenido y la determinación de sus límites a la interpretación jurisprudencial que de él ha ido realizando el TC en las múltiples resoluciones dictadas a este respecto.

Desde esa jurisprudencia, puede definirse este derecho a la tutela judicial efectiva, como el derecho de todas las personas a tener acceso al sistema judicial y a obtener de él una resolución fundada en derecho y, por tanto, motivada —que puede ser también de inadmisión cuando concorra una causa prevista legalmente—. A este principio general hay que añadir el derecho a no sufrir indefensión, esto es, a poder ejercer en el proceso judicial todas las facultades legalmente reconocidas en apoyo de la pretensión sostenida⁽⁴⁾.

Es indudable que la tutela judicial efectiva constituye un derecho de capital importancia, en cuanto garantiza la defensa de todos los demás derechos e intereses legítimos que tienen los seres humanos por su condición de tales, por ello se considera inherente a la propia condición humana y se predica sin distinción ni restricción alguna, incluyendo a las personas físicas y jurídicas —STC 273/2000, de 16 de octubre— a los españoles y a los extranjeros —SSTC 99/1985, de 30 de septiembre y 115/1987, de 7 de julio, FJ 4—, y a los ciudadanos libres y a los privados de libertad⁽⁵⁾. Además, es un derecho preferente, pues el TC otorga prioridad al examen de las quejas relativas a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva —artículo 24.1 CE— dado que de ellas puede derivarse la retroacción de las actuaciones⁽⁶⁾.

Sin embargo, y a pesar de ser un derecho tan importante, o precisamente por eso, no goza de una interpretación pacífica, antes al contrario, sufre este derecho una desmesurada conflictividad en su aplicación práctica, basta acudir a la publicación de las sentencias y autos del TC, intérprete supremo de la Constitución y último garante de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico, para comprobar que el «derecho a la tutela

(3) El artículo 24 de la Constitución dice así: “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la *tutela efectiva de los Jueces y Tribunales* en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco y secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

(4) Este derecho a la tutela judicial efectiva es uno de los derechos reconocidos en la Constitución Española con el rango de fundamental. Sistemáticamente, el artículo 24.1 CE que lo regula se encuentra ubicado en la Sección 1.ª —*De los Derechos Fundamentales y las libertades públicas*— del Capítulo II —*Derechos y libertades*— del Título I —*De los españoles y los extranjeros*—, por lo que este derecho goza de una serie de mecanismos de garantía previstos en la Constitución, concretamente: Es necesario que su desarrollo legislativo se realice mediante una norma con rango de ley (artículo 53.1 CE), que deberá tener el rango de orgánica. Una ley contraria a su contenido puede ser susceptible de un recurso de inconstitucionalidad (artículo 53.1CE). Por último, los ciudadanos podrán proteger su ejercicio ante el TC mediante la interposición del recurso de amparo (artículo 53.2 CE)

(5) La tutela judicial efectiva es un derecho internacionalmente reconocido que se incluye también en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea aprobada el 7 de diciembre de 2000.

(6) Entre otras muchas, SSTC 307/1993, de 25 de octubre, FJ 1; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 2; 56/1998, de 16 de marzo, FJ 2; 31/2001, de 12 de febrero, FJ 2; 70/2002, de 3 de abril, FJ 2; 143/2002, de 17 de junio, FJ 2; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 2 y 100/2004, de 2 de junio, FJ 4.

judicial efectiva» sigue sobresaliendo con diferencia destacable entre los derechos que se aducen solicitando el amparo constitucional. Es este derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24, apartados 1 y 2, CE, el más invocado y mejor definido y, en particular, en el ámbito de la actuación penitenciaria.

El objetivo de este trabajo es destacar la conflictividad jurídica que la aplicación práctica de este derecho a la tutela judicial efectiva ha planteado en el marco de la actividad penitenciaria, analizando a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional (TC) las diversas manifestaciones con las que se proyecta entre las personas privadas de libertad, pues no podemos olvidar que un principio básico que consagra la CE es que el recluso, por el hecho de ingresar en prisión, no deja de ser una persona titular de derechos y obligaciones, antes al contrario, conserva sus derechos fundamentales, no afectados por la resolución judicial condenatoria, el sentido de la pena y la ley penitenciaria⁽⁷⁾.

II. LAS DIVERSAS MANIFESTACIONES DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

1. Aspectos generales

La justicia constituye uno de los «pilares fundamentales» del sistema jurídico. Está recogida en el artículo 1 CE como uno de los valores superiores que informan nuestro ordenamiento jurídico. Al servicio de este valor se articulan positivamente las distintas técnicas que aseguren su presencia en el ordenamiento jurídico al que sirve de presupuesto. Una de estas técnicas es el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24 CE, cuyo objetivo es, como ya hemos apuntado, pretender el control jurisdiccional de la actuación de los poderes públicos⁽⁸⁾.

Esta pretensión encuentra su apoyo jurídico en otros preceptos constitucionales — artículos 103.1 y 106.1 CE— de los que resulta el sometimiento de los poderes públicos al ordenamiento jurídico y el consecuente control por parte de los órganos jurisdiccionales⁽⁹⁾. De esta forma, el derecho a la tutela judicial y el nuclear principio de sometimiento de los poderes públicos al ordenamiento jurídico se presentan como el anverso y el reverso de una misma realidad, que constituye el presupuesto esencial de nuestro sistema jurídico⁽¹⁰⁾.

(7) Expresando la doctrina constitucional de forma muy gráfica esta frase: «las peculiaridades del internamiento en un establecimiento penitenciario no pueden implicar que la justicia se detenga a la puerta de las prisiones» (SSTC 2/1987; 297/1993; 97/1995, STEDH *Campbell y Fell* 28-6-1994 y STC 128/1996).

(8) MONTERO HERNANZ, T., *Compendio de legislación y jurisprudencia penitenciaria*, Editorial ECU.

(9) Controlando la legalidad de la actuación administrativa —artículo 106.1 CE— y el sometimiento pleno a la Ley y al Derecho —artículo 103.1—.

(10) Y es que, de acuerdo con el principio de legalidad administrativa, la Administración ha de actuar, por imperativo constitucional —artículo 103.1 CE—, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. El efectivo cumplimiento de dicho principio reside en la garantía del control por los Tribunales de la legalidad de la actuación administrativa —artículo 106.1 CE—. Y, en último término, ni el mandato constitucional ni la garantía jurisdiccional serían nada sin el derecho de los ciudadanos a obtener la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos —artículo 24.1 CE— (STC 294/1994).

En la interpretación jurisprudencial constitucional del derecho a la «tutela judicial efectiva», proclamado expresamente en el artículo 24 CE, se entienden incluidos varios derechos, que aparecen como manifestaciones concretas de este importante derecho fundamental, en concreto⁽¹¹⁾:

- El derecho de acceso a los órganos judiciales por parte de los ciudadanos que invoquen la lesión de sus derechos.
- El derecho a obtener una resolución de fondo, motivada, fundada en derecho y congruente.
- El derecho a utilizar los medios de impugnación legalmente previstos.
- El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes.
- El derecho a la cosa juzgada.
- El derecho a no sufrir indefensión.

Con estas precisiones y situados en el ámbito concreto de la actividad penitenciaria con las personas privadas de libertad, se abordan a continuación las líneas básicas de la doctrina constitucional sobre estas manifestaciones concretas del derecho a la tutela judicial efectiva.

2. Manifestaciones concretas en el ámbito de la actividad penitenciaria

A) En su proyección de acceso libre a la justicia

Tal y como ya hemos referido, de acuerdo con la Jurisprudencia del TC, la tutela judicial efectiva comprende el derecho de toda persona a ser parte en un proceso y a poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas. Como declaración de principio, tiene establecido el TC que desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva el acceso a la jurisdicción es un elemento esencial del contenido de este derecho fundamental. Este acceso a la jurisdicción implica, en cualquier caso, poder acudir a los órganos judiciales, sin que se obstaculice éste por la exclusión del conocimiento de determinadas pretensiones en razón de su fundamento⁽¹²⁾.

El control jurisdiccional de la actividad penitenciaria es, precisamente, uno de los principios constitucionales que inspiran el ámbito de la ejecución penal en nuestro ordenamiento jurídico. Sometida la actividad penitenciaria a los principios de legalidad y de respeto a los derechos fundamentales de los reclusos —no afectados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena, y la ley penitenciaria—, dicha actividad está sometida al control de los órganos jurisdiccionales en una doble garantía: en primer lugar, la salvaguarda de los derechos fundamentales de los reclusos —artículos 25.2 y 53.1 CE— y,

(11) En la STC 102/1984.

(12) Respecto de los actos administrativos, el TC ha considerado contraria al artículo 24.1 de la Constitución la exclusión del control judicial, por cualquier vía (STC 31/2001, de 2 de febrero).

en segundo lugar, el control de la legalidad de la actividad penitenciaria, y el sometimiento de ésta a sus fines legales —artículos 9.1 y 3 y 106.1 CE—. Este control de los órganos jurisdiccionales se ejerce por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria (JVP), como órganos jurisdiccionales «especializados» incardinados en el orden jurisdiccional penal —artículo 94.1 LOPJ—⁽¹³⁾, lo que constituye una garantía de protección judicial que, como tal, debe entenderse amparada por el derecho reconocido en el artículo 24 de la Constitución, que consagra el derecho del ciudadano a obtener la tutela de los órganos jurisdiccionales del Estado.

Si tenemos en cuenta que la actividad de los JVP se puede desarrollar a través de varias vías o cauces de actuación, entre los que podemos citar: las peticiones y quejas, los recursos y las «daciones de cuenta» —a través de las cuales la Administración penitenciaria pone en conocimiento del JVP actos y decisiones por ella adoptados—⁽¹⁴⁾ y que el acceso a este control judicial especializado —JVP— por parte de las personas privadas de libertad está ampliamente reconocido y favorecido en la normativa penitenciaria⁽¹⁵⁾, que facilita éste al no exigir ningún tipo de formalismo procesal, ni asistencia técnica —abogados y/o procuradores— y en la mayoría de los casos ni siquiera un determinado plazo⁽¹⁶⁾. Podemos afirmar que las personas privadas de libertad tienen muy fácil el acceso a la justicia cuando estimen que sus derechos o intereses legítimos han podido ser vulnerados por la Administración penitenciaria.

Precisamente, el derecho a la tutela judicial efectiva en esta vertiente de acceso a la justicia constituyó, en el ámbito penitenciario, la primera sentencia dictada por el TC, fue la STC 29/1981, de 24 de julio, donde se invoca la presunta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE por una persona recluida en un CP inmersa en un proceso penal, que formula recurso de casación y lo presenta ante la Administración penitenciaria. El TC estima el amparo e indica: «debe entenderse que el escrito se ha presentado —a los efectos legales— en el momento en que el interno lo entrega a la Administración penitenciaria. Esta conclusión es una lógica consecuencia del carácter unitario del Estado —como institución compleja— que se refleja además en la legislación penitenciaria misma (...) el Director de un establecimiento por su carácter de tal ostenta la

(13) Uno de los agentes u operadores jurídicos en la materia penitenciaria, como es el Juez de Vigilancia Penitenciaria, captará la atención del Alto Tribunal que lo ha definido en un sinnúmero de resoluciones, configurando a éste como órgano superior de control de la actividad penitenciaria y salvaguarda o garantía de los derechos de los internos. Serán la STC 73/1983, de 30 de julio, y la STC 2/1987, de 21 de enero, las que señalarán la importancia de esta institución a la que el propio TC ha denominado «pieza clave del sistema penitenciario» y cuya función supone una potenciación del momento jurisdiccional en la ejecución de las penas, que en nuestro ordenamiento se realiza confiando a un Juez, esto es, a un órgano independiente del poder administrativo, el control sobre las diversas fases de ejecución y en particular sobre la protección de los derechos de los detenidos.

(14) La dación de cuenta o puesta en conocimiento a la Autoridad Judicial competente deberá ser inmediata (SSTC 170/1996 y 54/1999).

(15) Artículos 50 y 76.1 y 2, letras e), f) y g), de la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre. Artículos 53 y 54 del Reglamento Penitenciario, Real Decreto 190/1996, y disposición adicional quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, reformada por las Leyes 5/2003 y 7/2003, que regula los llamados recursos judiciales, que son aquellos que se pueden interponer contra las resoluciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria.

(16) *Vid.* NISTAL BURÓN, J., «Las singularidades propias de la actividad de fiscalización y control en el ámbito de la relación jurídica penitenciaria» en *RGDP*, núm. 8, noviembre 2007, Iustel.

representación del Poder Público. Por eso, como tal representación del Estado debe entenderse recibido por el mismo cualquier escrito que un interno entregue».

B) *En su proyección de obtener una resolución de fondo motivada, fundada en derecho y congruente*

El acceso al sistema judicial tiene un efecto lógico, que no es otro que el de obtener una resolución fundada en derecho⁽¹⁷⁾. El *derecho a la tutela judicial efectiva*, en esta vertiente, acoge el derecho a recibir una resolución «fundada en derecho», sobre la pretensión que se ejercite, es decir, una aplicación razonada de las normas que se consideren adecuadas al caso. La inadmisión de la pretensión instada sería la no consecución del contenido normal de la tutela judicial, por ello el TC ha acotado las posibilidades de dicha inadmisión exigiendo que la causa de ésta esté legalmente establecida, que sea proporcional a la finalidad perseguida por las normas procesales y que sea motivada. En definitiva, que la tutela judicial queda satisfecha cuando se obtiene una resolución ajustada a derecho —motivada, razonable, no arbitraria y fundada— estime o desestime las pretensiones instadas, siempre y cuando además en el proceso se hayan cumplido y observado todas las garantías recogidas en el artículo 24 CE.

En relación con esta vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva —derecho a obtener una resolución judicial jurídicamente motivada— el TC tiene señalado que «el derecho a obtener una resolución fundada en derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos»⁽¹⁸⁾. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y las razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión⁽¹⁹⁾ y, en segundo lugar, que la motivación deba contener una fundamentación en Derecho. Este último aspecto «no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva»⁽²⁰⁾. Pero la fundamentación en Derecho sí conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia⁽²¹⁾.

Como ha reiterado en numerosas sentencias el TC, tanto de forma general —desde la STC 20/1982, de 5 de mayo—, como en el ámbito que nos ocupa —personas privadas de libertad—, la ausencia de tutela judicial con trascendencia constitucional se produce, en esencia, cuando:

(17) Para lo que hay que ejercerlo por las vías legalmente establecidas, lo que incluye la obligación de dirigirse al órgano judicial competente, aunque no se vulnera la tutela judicial si se acude a otro órgano distinto y éste, consecuentemente, se declara incompetente.

(18) SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6, y 196/2003, de 1 de diciembre, FJ 6.

(19) SSTC 58/1997, de 18 de marzo, FJ 2, y 25/2000, de 31 de enero, FJ 2.

(20) Por todas, SSTC 256/2000, de 30 de octubre, FJ 2, y 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2.

(21) STC 147/1999, de 4 de agosto.

- Se usan impresos normalizados.
- Se incurre en «incongruencia omisiva».

a) Impresos normalizados

Impresos normalizados son aquellos en los que todo el documento está impreso, salvo los datos personales del recurrente y las fechas correspondientes, lo que impide considerar que la resolución está debidamente motivada (STC 60/1997, de 18 de marzo).

El TC tras manifestar que la utilización de estos impresos no es aconsejable, reconoce que no es en sí misma constitucionalmente lesiva siempre y cuando se observen todas las garantías, cuyo respeto viene exigido por el derecho a la tutela judicial efectiva (STC195/1995, de 19 de diciembre). En la misma línea, la Sentencia 128/199 añade: «El uso en las resoluciones judiciales de modelos impresos o formularios estereotipados, (...) no implica necesariamente una falta o insuficiencia de la motivación (SSTC 184/1988, 125/1989, 74/1990 y ATC 73/1996), pues “peticiones idénticas pueden recibir respuestas idénticas, sin que la reiteración en la fundamentación suponga ausencia de ésta” (ATC 73/1993), debiendo analizarse el caso concreto para determinar la suficiencia de la respuesta ofrecida [...] ».

b) Incongruencia omisiva

Se entiende por «incongruencia omisiva» la total falta de respuesta a lo que es la causa de pedir. Conforme a la doctrina constitucional la manifiesta vulneración del derecho a obtener una respuesta fundada sobre la pretensión deducida ante el órgano judicial determina la procedencia del otorgamiento del amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 161/1993 y 60/1997, de 18 de marzo).

Desde su Sentencia 20/1982 el TC ha venido elaborando un cuerpo de doctrina acerca de la relevancia constitucional del vicio de incongruencia en las resoluciones judiciales y así en lo que se refiere a la vertiente omisiva de tal incongruencia ha señalado que el derecho a la tutela judicial obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, de suerte que la vulneración de ese deber constituye lesión de aquel derecho fundamental⁽²²⁾.

Pero también ha matizado el TC que las hipótesis de incongruencia omisiva no son susceptibles de una solución unívoca, pues han de ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso concreto para determinar si el silencio de la resolución judicial puede o no razonablemente interpretarse como desestimación tácita que satisfaga las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva⁽²³⁾.

En todo caso, hay que tener en cuenta que las vulneraciones del artículo 24.2 CE, por la utilización de formularios o modelos impresos para fundamentar las resoluciones judiciales o por incongruencia omisiva, están íntimamente relacionadas, pues en ambos casos

(22) Entre otras, SSTC 14/1984, 177/1985, 142/1987, 69/1992, 88/1992 y 169/1994.

(23) Entre otras, SSTC 175/1990, 198/1990, 88/1992, 163/1992, 226/1992, 61/1993 y 169/1994.

se produce una insuficiencia de motivación, esto es, se deja sin respuesta las cuestiones planteadas por el recurrente.

Situados en aspectos concretos de la actividad penitenciaria, el TC ha considerado que la falta de motivación provocó la vulneración del derecho a la tutela judicial, entre otros, en los siguientes supuestos:

En la STC 112/1996, de 24 de junio, el TC examinó por vez primera la cuestión en un tema de permisos de salida, y tras analizar la razón de ser de los permisos penitenciarios, acabó por excluir como razón para la denegación de éstos la mera invocación de razones tales como: la larga extensión de condenas y la lejanía de la fecha de cumplimiento de las 3/4 partes. Esta doctrina se ha visto reforzada en las SSTC 2/1997, 81/1997, 193/1997, 75/1998 y 88/1998, concluyéndose que, si bien en el ámbito general de la tutela judicial efectiva, el alcance del control del TC sobre la exigencia de la motivación de las resoluciones judiciales únicamente se extiende a valorar si éstas no incurren en irrazonabilidad manifiesta, arbitrariedad o insuficiencia de motivación, ese estándar general de control sufre una modulación en el ámbito de los permisos de salida, por cuanto la situación de prisión sobre la que actúan supone una radical exclusión del valor superior de la libertad, por lo que en esta materia es exigible una motivación concordante con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de dicho valor superior. Si la denegación de un permiso de salida no puede lesionar el derecho fundamental a la libertad personal, ello no obsta para que tal decisión afecte de alguna manera a ésta, ya que los permisos «representan para el condenado a una pena privativa de libertad, el disfrute de una cierta situación de libertad de la que de ordinario, y con fundamento en la propia condena que así lo legitima, carecen» —STC 81/1997, FJ 4—.

En resumen, que en materia de permisos de salida, para respetar el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva es preciso que la resolución que deniegue la concesión de un permiso se funde en criterios conformes con los principios legales y constitucionales a los que está orientada esta institución.

Esta doctrina del TC se hace aún más rigurosa para las resoluciones judiciales dictadas por las Audiencias Provinciales cuando, en el uso de sus competencias en segunda instancia, revocan beneficios penitenciarios autorizados inicialmente por los JVP. Podemos citar la STC 75/1998, de 31 de marzo, que textualmente recuerda que «aunque el Tribunal *ad quem* puede, evidentemente, apartarse de la resolución recurrida —STC 307/1993—, el cambio de criterio de la decisión judicial exige una específica justificación —STC 59/1997, FJ 4— que exponga por qué el criterio expresado (...) se impone sobre el resto de argumentos que tuvo en cuenta el Juez de Vigilancia». En el caso que comentamos el TC consideró que al no cumplir razonadamente estas específicas exigencias de motivación, el recurrente no obtuvo la tutela judicial efectiva de su interés legítimo, al ver revocado el permiso penitenciario judicialmente concedido en primera instancia por una posterior resolución judicial insuficientemente fundada.

Por último, cabe apuntar también la STC 42/2005, de 28 de febrero —en un tema de sanción disciplinaria— en la que se recurrió por el interno una sentencia de la Audiencia Provincial en la que, admitiendo la argumentación del recurrente en su fundamentación, desestimaba el recurso; se producía así una evidente contradicción entre la fundamentación

—que lo era a favor de las tesis del autor— y el fallo desfavorable para éste al discurrir en palabras del Tribunal por una senda diametralmente opuesta.

C) *En su proyección de ejercitar los recursos legalmente previstos*

El derecho a la tutela judicial incluye también el derecho a la revisión de la resolución siempre que ello esté legalmente previsto. Sólo cuando la Ley establece un recurso, el acceso a éste se integra en el derecho a la tutela judicial, precisamente con el alcance y en los términos previstos en el propio ordenamiento. Esto supone que el legislador no puede exigir requisitos procesales que no se ajusten a los fines constitucionales y que las normas reguladoras del acceso a la doble instancia habrán de aplicarse en el sentido más favorable al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

El sistema de recursos frente a las diferentes resoluciones judiciales se incorpora al derecho a la tutela judicial efectiva en la concreta configuración que recibe en cada una de las leyes procesales reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales. En concreto, en materia penitenciaria, al tratarse del orden jurisdiccional penal, existe este derecho constitucional a la doble instancia, por lo que podemos afirmar que el derecho al recurso en materia penitenciaria forma parte del contenido de la tutela judicial efectiva⁽²⁴⁾.

Situados en la vertiente de acceso a los recursos en materia penitenciaria se abordan a continuación las líneas básicas de la doctrina constitucional sobre este punto.

Podemos apuntar la STC 65/2002, de 11 de marzo, en la que un recluso recurrió el auto de un Juzgado de Vigilancia Penitenciaria confirmatorio de la denegación de un permiso de salida por el centro penitenciario en el que se encontraba internado. En este caso concreto, al error del auto en el que no se indicaba la existencia de recurso alguno frente a él, se añadía el dato de que el interno actuaba sin asistencia letrada y en consecuencia sin posibilidad de obtener asesoramiento técnico. Y la STC 114/2004, de 12 de julio, —también en un tema de denegación de un permiso de salida— en la que se produjo la devolución de un escrito al interno recurrente, sin cobertura legal para ello en la legislación procesal, privándole a éste, irrazonablemente, de un recurso de queja.

También se pueden citar a este respecto, las SSTC 7/2006, de 16 de enero y 62/2006, de 27 de febrero. En la primera de ellas, no nos encontramos ya ante la ausencia de mención a la existencia o no de recursos sino ante la no contestación a un escrito solicitando un pronunciamiento expreso —no se da respuesta a la cuestión de si resulta posible o no el recurso de apelación, interpuesto de forma subsidiaria al de reforma que fue desestimado—. En la segunda, se viene a inadmitir, indebidamente, el recurso de queja formulado por un interno al que se había denegado la concesión de un permiso de salida.

Nuestro TC ha abordado igualmente este tema en su STC 76/1999, de 26 de abril, en la que aportados unos antecedentes documentales a requerimiento de la Audiencia Provin-

(24) «Lo que obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en el artículo 24.2, se encuentra la de acceso ante un tribunal superior y que, en consecuencia, deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de este género todas las normas del Derecho Procesal de nuestro ordenamiento» (SSTC 140/1985, de 21 de octubre; 30/1986, de 20 de febrero, y 58/1987, de 19 de mayo).

cial, éstos no fueron conocidos por el demandante de amparo previamente al dictado de la decisión sobre el recurso de apelación, por lo que éste no pudo alegar ni proponer prueba contradictoria al respecto. En esta sentencia el TC traslada los principios *del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías* al sistema de recursos, en cuanto suponen la prosecución del proceso y al tiempo una revisión de éste por un órgano superior que ha de decidir conforme a lo alegado por las partes oídas contradictoriamente, concluyendo que los principios de contradicción y audiencia bilateral integran la tutela judicial efectiva.

D) En su proyección de obtener la ejecución de la sentencia

El derecho a la tutela judicial incorpora también el derecho a la ejecución de la resolución de fondo obtenida, es decir, el derecho de quien ha sido favorecido por una resolución judicial a ser repuesto en sus derechos y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido. No basta con obtener una resolución judicial motivada en un plazo razonable, sino que es preciso que ésta se cumpla en sus términos.

Para que la falta de ejecución de las resoluciones judiciales no sea vulneradora del derecho a la tutela judicial deberá declararse en resolución motivada apoyada en una causa prevista en una norma legal, que deberá ser interpretada en el sentido más favorable a la ejecución⁽²⁵⁾. La denegación de la ejecución no puede ser arbitraria ni irrazonable, ni fundarse en una causa inexistente, ni en una interpretación restrictiva del derecho fundamental (STC 33/1987).

E) En su proyección de intangibilidad o inalterabilidad de las resoluciones judiciales firmes (cosa juzgada)

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de cosa juzgada, se pone de manifiesto en la doctrina del TC, sobre la *intangibilidad o inalterabilidad de las resoluciones judiciales firmes* consecuencia de la garantía procesal de la cosa juzgada material. Desde esta perspectiva la STC 174/1989, de 30 de octubre, sobre un tema de redención de penas por el trabajo⁽²⁶⁾, proscribió la modificación por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de una resolución firme que había aprobado la redención de penas por el trabajo a un penado, indicándose que no podía ser alterada —aunque erróneamente beneficiaba a dicho recluso—.

(25) También es aplicable a la ejecución de sentencias la prohibición de las dilaciones indebidas recogidas en el artículo 24.2 CE.

(26) La supresión de la redención de penas por el trabajo, y su derecho transitorio —DT 2.ª CP aprobado por LO 10/1995— han sido abordados por el TS, que fijó su doctrina en las muy conocidas SSTS 557/1986, de 18 de julio —RA 1996/5920—, y 887/1996, de 11 de noviembre —RA 1996/820—, que acabaron por aceptar la compatibilidad de las redenciones consolidadas hasta el 24 de mayo de 1996 con la revisión de condenas conforme al CP de 1995, en aplicación de la STC 174/1989, de 30 de octubre. Tal doctrina ha sido avalada por la STC 31/1999, de 8 de marzo, que vincula la revisión efectuada por el Tribunal sentenciador al derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24.1 CE, en relación con el derecho a la libertad consagrado en el artículo 17 CE, tal y como ya se había resuelto en la STC 174/1989. Considera que la modificación o inejecución de los autos de los JVP sin base legal para ello quiebra el derecho a la ejecución e inmutabilidad de las resoluciones judiciales, con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE.

Esta doctrina se proyectará también en la STC 31/1999, donde el TC reconoció que la no aplicación en la liquidación de condena por la Audiencia Provincial de los beneficios penitenciarios de redención de penas por el trabajo, que el recurrente había obtenido con anterioridad y que habían sido reconocidos por Autos firmes del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Barcelona, vulnera el derecho a obtener la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE).

Aunque en esta línea interpretativa es preciso realizar alguna puntualización, no toda rectificación de una decisión judicial firme atenta al principio de la intangibilidad y con ello al *derecho a la tutela judicial efectiva* consagrada en el artículo 24.1 CE. La intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes está reservada exclusivamente a resoluciones que se refirieran al «*estatus de los internos*», pero no a aquellas resoluciones que, por obedecer a hechos o motivos circunstanciales, se agoten con su propio cumplimiento, entre estas resoluciones estarían los permisos de salida, las autorizaciones para comunicar con determinadas personas, las autorizaciones para disponer de ordenadores, etc.

En este sentido, podemos citar el ATC 274/1997, de 16 de julio⁽²⁷⁾, donde establece que la decisión de rectificación de una refundición adoptada por el JVP, y ratificada por la Audiencia Provincial, no atenta a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, porque la resolución aprobando una refundición de condena no es, por su propia naturaleza, intangible. Las refundiciones de condenas no son inamovibles; están sometidas a las alteraciones que sobre ellas produce el tiempo y, singularmente, las nuevas circunstancias que en su transcurso pueden producirse, como nuevos hechos delictivos por los que el afectado es condenado —aumento de la duración— o el otorgamiento de beneficios penitenciarios —disminución—.

En resumen, el fundamento de la doctrina del TC sobre la imposibilidad de modificación de toda decisión judicial que ha adquirido firmeza se halla en que produzca o no los efectos de la cosa juzgada.

F) *En su proyección de no sufrir indefensión*

La indefensión se produce cuando no se tiene la oportunidad de defender las propias posiciones en un proceso judicial. Constituye el principio nuclear del derecho a la tutela judicial efectiva, que no es otro que la *prohibición de indefensión* recogida en el primer apartado del artículo 24 CE.

(27) El recurso de amparo traía los siguientes antecedentes de hecho. En Auto de 29 de septiembre de 1992, a petición del Centro Penitenciario y previo informe del Fiscal, el JVP aprobó el proyecto de refundición de condenas, conforme al cual las extinguiría el 30 de agosto de 2007. Con el proyecto, el Centro Penitenciario adjuntó Auto del propio Juez, dictado el 18 de abril de 1991, por el que se revocaba el beneficio de libertad condicional que se le había concedido en Auto de 12 de mayo de 1989, con pérdida del tiempo pasado en dicha situación de libertad —de 11 de mayo a 8 de julio de 1989—. El 25 de abril de 1995, el Director del Establecimiento Penitenciario de Daroca se dirigió al JVP de Zaragoza solicitando se le aclarara, habida cuenta el criterio del Juez de no refundir penas en las que se hubiese revocado la libertad condicional, si procedía «dejar sin efecto dicho Proyecto de Refundición de Condenas —se refiere al aprobado en Auto de 29 de septiembre de 1992—, debiendo licenciar en primer lugar las causas revocadas o por el contrario, dejar tal como está el proyecto de refundición de condenas aprobado en Auto de 29 de septiembre de 1992». Interesado informe del Fiscal, éste solicitó que se dejara sin efecto el Auto de 29 de septiembre de 1992, a lo que el JVP de Zaragoza accedió en otro de 6 de junio de 1995, confirmado en reforma el 6 de julio de 1995 y en apelación por el Auto que la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó el 18 de diciembre de 1995.

Esta interdicción constitucional de la indefensión se proyecta sobre todo y especialmente sobre la fase central del proceso: la de la defensa por las partes de sus respectivas posiciones a través de los medios que consideren convenientes a su derecho. Por tanto, se produce una indefensión constitucionalmente vetada cuando se prive a las partes de la posibilidad de hacer valer sus derechos o se sitúe a una de ellas en posición prevalente sobre la contraria⁽²⁸⁾.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que, como ha apuntado el TC, la indefensión no tiene lugar en todo supuesto en que hubiera alguna vulneración de normas procesales, sino únicamente «cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella», que se produciría cuando en el proceso no se respeten los principios de audiencia, contradicción e igualdad⁽²⁹⁾.

Formarían parte del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de no sufrir indefensión los siguientes derechos:

- a) Derecho a conocer los hechos que son objeto de acusación.
- b) Derecho a la asistencia letrada.
- c) Derecho a la presunción de inocencia.
- d) Derecho a utilizar todos los medios de prueba reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Las líneas básicas de la doctrina constitucional sobre estos derechos en el marco que nos ocupa en este trabajo —el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva por las personas privadas de libertad— se han proyectado particularmente en la actividad disciplinaria de la Administración penitenciaria con los internos. Ya desde la Sentencia 18/1981 el TC viene declarando reiteradamente que las garantías procesales establecidas en el artículo 24.2 de la Constitución y, en concreto, las relativas al derecho de defensa, presunción de inocencia y a la actividad probatoria, son aplicables no sólo en el proceso penal, sino también en los procedimientos administrativos sancionadores, con las matizaciones que resultan de su propia naturaleza, en cuanto ambos no son sino manifestaciones de la potestad punitiva del Estado⁽³⁰⁾. Es más, el propio TC ha precisado que tratándose de sanciones disciplinarias impuestas a internos en centros penitenciarios, este conjunto de garantías se aplica con especial rigor, al considerar que la sanción supone una grave restricción de la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de una pena⁽³¹⁾.

- a) Derecho a conocer los hechos que son objeto de acusación

Como presupuesto necesario para dar debido cumplimiento al derecho de defensa, está la necesidad de ser informado de la acusación, lo que en el ámbito disciplinario penitenciario

(28) Vid. REVIRIEGO PICÓN, F., *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*, Editorial Universitas, S.A. 2008 Madrid.

(29) Podemos citar la STC 76/1999, de 26 de abril, que estimó el amparo interpuesto frente a un auto, cuya decisión estaba sustentada en un hecho nuevo, no debatido en el proceso, sobre el que el interno no pudo alegar.

(30) Entre otras, SSTC 2/1987, 212/1990, 145/1993, 297/1993 y 97/1995.

(31) Entre otras, SSTC 74/1985, 2/1987, 297/1993 y 97/1995.

se efectúa con la exigencia reglamentaria de que «el Pliego de cargos» contenga una clara descripción de los hechos imputados al expedientado, que se reflejen de forma suficientemente precisa y la calificación jurídica que merecen para la Administración penitenciaria, a fin de que el interno tenga un exacto conocimiento de los hechos imputados y pueda disponer su estrategia defensiva⁽³²⁾. Así, la STC 297/1993 justificó la estimación del recurso de amparo formulado en el hecho de que en el Pliego de cargos se constataba una absoluta ausencia de especificación de fecha, hora, identificación de las personas contra las que se dirigían los insultos, e incluso porque no se concretaban los insultos supuestamente proferidos.

Este derecho se profundiza con la exigencia del acceso al material probatorio de cargo por parte del interno expedientado. De acuerdo con la doctrina establecida por el TC en las SSTC 2/1987, 192/1987 y 297/1993, si bien como regla general no es preciso comunicar junto con el Pliego de cargos el contenido de las denuncias, pues es suficiente con que los hechos imputados se reflejen en el pliego de cargos, cuando se pretende utilizar la denuncia como material probatorio de cargo, el conocimiento de ésta por el imputado constituye una exigencia ineludible derivada de la prohibición general de la indefensión⁽³³⁾.

b) Derecho a la asistencia letrada

Reconocida normativamente en el artículo 242.2.i) RP que indica que en el Pliego de cargos debe contenerse «indicación de que el interno puede asesorarse por letrado, funcionario o por cualquier persona que designe durante la tramitación del expediente y para la redacción del pliego de descargos». El derecho a la asistencia letrada, que se encuadra dentro de las garantías consagradas en el artículo 24.2 CE, es de aplicación también a los procedimientos administrativos en los que se decide la imposición de una sanción a un recluso. Lo ha señalado así el TC en un amplio número de sentencias. Desde la STC 74/1985, de 18 de junio, el Alto Tribunal ha considerado que si bien el derecho a la asistencia letrada se refiere de forma primordial a los procesos judiciales, especialmente al proceso penal, la Administración penitenciaria ha de permitir a los internos contar con asistencia jurídica en los procedimientos disciplinarios en forma y grado tal que pueda ser estimada proporcionada a la naturaleza de la falta imputada, a la sanción imponible y al procedimiento que se siga para decidir sobre su imposición⁽³⁴⁾.

En el ámbito de la actividad disciplinaria de la Administración penitenciaria, el interno que se encuentra incurso en expediente penitenciario sancionador tiene derecho a ser asistido por los profesionales que desee a su libre elección⁽³⁵⁾, con la limitación de que este

(32) Entre otras, SSTC 2/1987, 190/1987 y 297/1993.

(33) En la actualidad este principio se garantiza a través del trámite de puesta de manifiesto, previsto en el artículo 244.4 RP aprobado por RD 190/1996, de 9 de febrero, que desarrolla el trámite de audiencia previsto en el artículo 84 LRJAPPAC, a la par que permite ejercitar el derecho a formular conclusiones sobre la prueba practicada, trámite este eventual, por renunciabilidad del interno expedientado.

(34) STC 104/2003, de 2 de junio.

(35) SSTC 74/1985, 2/1987, 190/1987, 143/1995 y 83/1997.

derecho no se extiende a la comparecencia personal del abogado junto al interno ante los órganos administrativos —Junta de Régimen, actual Comisión disciplinaria—⁽³⁶⁾, pues el TC ha considerado que «la eficacia de la asistencia técnica no queda sustancialmente disminuida por la falta de presencia física del Letrado, ya que su asesoramiento está previsto que se produzca en momento oportuno, como puede ser, tanto sobre el Pliego de cargos, como sobre la prueba, pudiendo dar lugar a una contestación de descargo técnicamente preparada, sobre todo en el caso de la contestación por escrito, de modo directo por el Abogado del interno» (STC 74/1985, de 18 de junio).

El TC, en el caso de las personas privadas de libertad, admite el derecho de asesoramiento en sentido amplio⁽³⁷⁾. La garantía constitucional del *derecho de defensa* se cumple a criterio del Alto Tribunal con la posibilidad de asesoramiento prevista reglamentariamente a través de abogado, funcionario del centro o cualquier otra persona designada por el interno, incluso otro interno, caso que se enjuició por las SSTC 27/2001, de 29 de enero, y 55/2006, de 27 de febrero, donde los internos recurrentes, miembros de una organización terrorista, solicitaron respectivamente su asesoramiento por otros internos, miembros también de la misma organización⁽³⁸⁾.

El TC ha concretado, además, el contenido del mencionado derecho fundamental en el sentido de que no implica el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita durante el procedimiento administrativo, pues, como resulta del artículo 6.3 CEDH, tal derecho a la gratuidad de la asistencia letrada sólo existe en los procesos judiciales y, además, no en todos, sino sólo cuando el derecho de defensa y los intereses de la justicia lo requieran⁽³⁹⁾.

Directamente relacionado con este derecho está el derecho contemplado en el artículo 242.2.j) RP, de la posibilidad de asesorarse de un intérprete el interno extranjero que desconozca el castellano. Es evidente que la persona que desconoce la lengua castellana no podrá conocer los hechos que se le imputan, si aparece redactado el Pliego de cargos en esta lengua. Sobre la vigencia de esta exigencia para las lenguas de las Comunidades Autónomas, las SSTC 82/1986, de 26 de junio, la ya citada 2/1987, así como la 190/1987, han establecido su vigencia si se prueba que el expedientado desconoce el castellano, ya que conforme al artículo 3 CE el castellano es la lengua española oficial del Estado, y todos los españoles tienen el deber de conocerla, y el derecho a utilizar sus lenguas vernáculas (SSTC 74/1985 y 2/1987)⁽⁴⁰⁾.

(36) STC 74/1985, de 18 de junio; 190/1987, de 1 de diciembre, y 192/1987, de 2 de diciembre.

(37) SSTC 161/1993, 143/1995 y 128/1996.

(38) En el primero de ellos se respondió afirmativamente a la solicitud, en tanto que se prestara por escrito y en castellano; en el segundo, negativamente, alegándose razones de seguridad y buen orden del centro; aquí el interno no solicitó ni propuso que el asesoramiento pudiera realizarse de otra forma con ese mismo asesor o que se permitiera con una persona distinta, hecho que determinó la desestimación del amparo.

(39) SSTC 74/1985, 2/1987, 229/1993 y 83/1997.

(40) Otra cuestión es el derecho que la Constitución reconoce al uso del euskera, reconocido también en el Estatuto de Autonomía del País Vasco y en la Ley de normalización del euskera, invocando la STC 82/1986, de 26 de junio, la justificación de tratarse de derechos «de aplicación progresiva, en función de las posibilidades de la Administración en cada momento, que no puede ser exigido en su totalidad de forma inmediata»; se agrega que la actitud de la Junta no imposibilitó al recurrente el derecho a la defensa, y al correcto conocimiento del castellano se añade que la falta de

c) Derecho a la presunción de inocencia

La presunción de inocencia, que rige sin excepción en el ordenamiento sancionador, garantiza el derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad⁽⁴¹⁾. Ello comporta que la sanción ha de estar basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia, y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio.

Con esta base, se ha reconocido el derecho a la presunción de inocencia de un interno sancionado por falta grave del artículo 109.f) RP del año 1981 basándose en ser simple destinatario de una carta con un abultamiento que contenía sustancia al parecer droga, sin más elementos, ni tan siquiera análisis de la sustancia —STC 237/2002, de 9 de diciembre—; también a un interno a quien se vulneró el derecho al secreto de sus comunicaciones, utilizando el contenido de las expresiones vertidas por escrito a un órgano judicial, como base para sancionarle por una falta grave prevista en el artículo 109.h) RP⁽⁴²⁾.

Sin embargo, el TC considera que los «partes» de los funcionarios de prisiones en un expediente disciplinario son suficientes para destruir la presunción de inocencia⁽⁴³⁾, aunque la STC 97/1995, de 20 de junio, reconoció que una sanción se impuso sin ninguna diligencia de prueba que merezca esta calificación, porque su base se redujo a una nota o parte sin firma, lo que vino a lesionar el derecho a la presunción de inocencia.

d) Derecho a utilizar todos los medios de prueba reconocidos por el ordenamiento jurídico

El derecho a la prueba se constituye en el soporte esencial del derecho de defensa y lleva consigo, como elemento inseparable, que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas, de suerte que ha de reputarse arbitraria una denegación que no tenga fundamentación razonable o que no aparezca motivada.

La doctrina constitucional establece el derecho a utilizar todos los medios de prueba para la defensa, lo que no implica que deban practicarse todos los propuestos, sino los que sean necesarios y pertinentes, siendo exigencia constitucional la motivación de la denegación⁽⁴⁴⁾. Para que resulte fundada una queja sostenida en la vulneración del derecho a *utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa* se precisa su solicitud en forma y

declaración oral se debió a su actitud de no querer expresarse en dicha lengua, razón que no puede ser alegada como indefensión ocasionada por el organismo penitenciario.

(41) Entre otras muchas, SSTC 76/1990, 138/1990, 212/1990, 59/1991 y 297/1993.

(42) STC 127/1996, de 9 de julio, y 175/2000, de 26 de junio.

(43) SSTC 192/1987, de 2 de diciembre, y 297/1993, de 18 de octubre.

(44) Establecida por las SSTC 74/1985, 2/1987, 190 y 192/1987, de 1 y 2 de diciembre, 147/1987, 50/1988, 59/1991, 94/1992, 297/1993 y 97/1995.

momento oportuno, que la prueba sea objetivamente idónea para acreditar hechos relevantes y que sea decisiva en términos de defensa⁽⁴⁵⁾.

Evidentemente, este derecho abarca únicamente aquellos medios de prueba que sean decisivos en términos de defensa, debiendo motivarse adecuadamente el rechazo a practicar aquellas pruebas que se considere que no tienen tal carácter. En este contexto, cabe apuntar la STC 23/2006, de 30 de enero, en un caso de «analítica en un permiso de salida», que otorgará el amparo al haberse impedido la práctica de una prueba potencialmente relevante. El argumento del TC fue que la prueba solicitada por el interno se había planteado en el momento procesal oportuno, que resultaba relevante y no podía reputarse objetivamente inidónea; la motivación de la denegación la consideró el Alto Tribunal «manifiestamente irrazonable» estimando el amparo, al considerar que se había provocado la indefensión al interno recurrente.

Aunque, fundamentalmente, dentro del procedimiento disciplinario penitenciario donde el *derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa* ha sido reconocido y reforzado por la doctrina del TC, tanto durante la tramitación del expediente disciplinario —exigiéndose la motivación de la eventual denegación de las pruebas solicitadas—, como, en su caso, ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria —que podrá decidir practicar pruebas que hubieren sido denegadas previamente en dicho procedimiento disciplinario—. Podríamos citar así, a título de ejemplo, la STC 81/2000, de 27 de marzo, que otorga el amparo solicitado por tal vulneración, donde se considera que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa no es sino una garantía a quien está inmerso en un conflicto, en orden a que se dilucide jurisdiccionalmente la posibilidad de impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses, siempre que ésta esté autorizada por el ordenamiento jurídico⁽⁴⁶⁾. En el mismo sentido cabe citar la STC 236/2002, de 9 de diciembre, en la que se enjuicia el caso de un interno que interesaba la práctica de pruebas consistentes en la declaración testifical del interno que compartía la celda, la aportación al expediente de las normas correspondientes donde constase una lista de objetos prohibidos, así como la testifical de los funcionarios que realizaron el registro de la celda, consignando el interrogatorio de preguntas que se proponía efectuar en su defensa. Frente a esta solicitud de pruebas, la Comisión Disciplinaria denegó la motivación bajo argumentos que el TC considera manifiestamente irrazonables, por lo que estima el amparo solicitado por el interno recurrente, al considerar vulnerado el derecho de éste a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (artículo 24.2 CE), provocando con ello la indefensión proscrita en nuestra Constitución.

Desde otra perspectiva, en la STC 76/1999, de 26 de abril, se otorgó el amparo al interno recurrente al habersele impedido la propuesta contradictoria ante una prueba ni propuesta ni admitida previamente. También puede citarse la STC 297/1993, de 18 de octubre, donde se planteó la cuestión de la incorporación *ex novo* de nuevos datos al debate procesal y la necesidad de que el interno se pronunciara de forma expresa sobre su virtualidad probatoria.

(45) Entre otras muchas, SSTC 94/1992, 297/1993 y 97/1995.

(46) STC 131/1995, de 11 de septiembre.

Por último, en la STC 9/2003, de 20 de enero, en un supuesto de imposición de un acuerdo sancionador, consistente en sanción de diez días de aislamiento, por la comisión de una falta muy grave: incitar —presuntamente— a que continuara la agresión por parte de otro interno contra unos funcionarios del centro penitenciario, donde se deniega por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, sin cumplir las mínimas exigencias constitucionales, la práctica de una prueba testifical, el TC considera que la resolución del JVP no valoraba expresamente las alegaciones del recurrente.

En todo caso, el TC también considera una infracción a esta vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva, las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales⁽⁴⁷⁾. Considera que no es admisible en el proceso una prueba obtenida conculcando un derecho fundamental o una libertad fundamental, como consecuencia de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su condición de inviolables⁽⁴⁸⁾. Esta cuestión fue abordada en la STC 169/2003, de 29 de septiembre, en un caso de comunicaciones entre internos de un mismo establecimiento penitenciario, en el que la sanción al recluso se impuso sobre la base de una carta intervenida en clara lesión del derecho al secreto de las comunicaciones.

III. CONCLUSIÓN

Sobre el marco de la práctica judicial cotidiana, del presente trabajo podemos extraer, entre otras, las siguientes conclusiones:

La primera, que la situación de sujeción especial de un interno en un establecimiento penitenciario no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales, entre ellos, el de la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, ello supone que la actividad penitenciaria debe respetar los derechos fundamentales de los reclusos no afectados por el contenido del fallo condenatorio, por el sentido de la pena y por la ley penitenciaria —artículo 25.2 de la Constitución Española (CE)— así como la observancia de la ley en su desarrollo y su sometimiento a los fines previstos en aquélla.

La segunda, el relevante papel que en nuestro sistema penitenciario tiene encomendado el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, a quien corresponde no sólo «resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos» [artículo 76.2.e) de la Ley Orgánica General Penitenciaria, y artículo 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial], sino en general «salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario pueden producirse» (artículo 76.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria).

La tercera, con carácter general, las garantías procesales contenidas en el artículo 24.2 CE son aplicables a las personas privadas de libertad con especial rigor, al considerar que las peculiaridades del internamiento en un establecimiento penitenciario no pueden implicar que «la justicia se detenga en la puerta de las prisiones».

(47) STC 127/1996, de 9 de julio.

(48) STC 114/1984.

La cuarta y última, que en la efectividad ordinaria de la ejecución penal, la jurisprudencia constitucional ha denotado en la aplicación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en sus distintas manifestaciones, una enorme sensibilidad en la correcta impartición de la justicia, lo que sin duda propiciará que se alcance su normalización o aplicación plena por los Jueces, particularmente por los de Vigilancia Penitenciaria.

LA PROYECCIÓN INTERNACIONAL DEL TERRORISMO

ENRIQUE DEL CASTILLO CODES

Abogado. Doctor en Derecho Penal

RESUMEN

La proyección internacional del terrorismo

La progresiva expansión del terrorismo, más allá de las fronteras de los Estados, ha causado una honda preocupación en la sociedad, motivando que tanto los distintos organismos internacionales como la mayoría de los países hayan desplegado una intensa actividad legislativa destinada a prevenir, de forma conjunta, las nefastas consecuencias que para la seguridad mundial supone la actual amenaza terrorista, sobre todo, la de corte islamista. No obstante, el problema del terrorismo encuentra un primer e importante escollo con relación a su propio concepto, al no haberse alcanzado a nivel mundial suficiente consenso sobre lo que debe entenderse por terrorismo. Por otra parte, se hace necesario distinguir entre el terrorismo que afecta a un ámbito territorial concreto, de aquel que se proyecta por amplias zonas del mundo. Tales cuestiones tienen que ser clarificadas para poder ofrecer una respuesta eficaz a este fenómeno.

Palabras Clave: Derecho Internacional Penal, delito internacional, delito transnacional, terrorismo, rebelión, paz pública, orden público, orden político y constitucional, conflicto armado, delitos de lesa humanidad.

ABSTRACT

The international image of terrorism

The progressive expansion of terrorism beyond the frontiers of the States, has caused a deep concern in society, motivating that as the different international organizations as most of the countries have displayed an intense activity legislative in order to prevent, in a joint way, from the disastrous consequences that the current terrorist threat means for the world security, mainly, that of Islamist nature. Nevertheless, the problem of terrorism finds a first and important reef in relation to its own concept, not having reached enough level of world consensus on what should be understand for terrorism. On the other hand, it becomes necessary to distinguish between the terrorism that affects to a particular territory and of that that is projected for wide areas of the world. Such issues have to be clarified in order to give an effective answer to this phenomenon.

Key Words: International Criminal Law, international crime, transnational crime, terrorism, rebellion, public peace, public order, political and constitutional order, armed conflict, crime against humanity.

SUMARIO

- I. LA RESPONSABILIDAD DEL INDIVIDUO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL. DELITOS INTERNACIONALES.
 - II. LA SISTEMATIZACIÓN DEL DERECHO PENAL EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL.
 - III. TERRORISMO Y DELITO INTERNACIONAL.
 1. El terrorismo en el panorama internacional.
 2. Aproximación al concepto de terrorismo.
 3. Terrorismo y conflicto armado.
 4. El terrorismo como delito internacional.
 - IV. REFLEXIÓN FINAL.
-

I. LA RESPONSABILIDAD DEL INDIVIDUO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL. DELITOS INTERNACIONALES

Hasta hace relativamente poco, los sujetos del Derecho Internacional eran los Estados, con lo cual la tarea principal de esa rama del ordenamiento jurídico giraba en torno a la regulación de las relaciones interestatales⁽¹⁾ y, de forma correlativa, era el Estado el único protagonista posible del acto ilícito internacional, revistiendo una naturaleza esencialmente reparadora las consecuencias que se derivaban de la comisión de un hecho ilícito internacional por parte de uno de dichos sujetos⁽²⁾. Esta concepción de la responsabilidad internacional no era sino un efecto de la doctrina positivista que se desarrolló a finales del siglo XIX, caracterizada por una visión de la responsabilidad desprovista de connotaciones morales, para la cual la reparación era el único vínculo que ligaba al autor del daño con la víctima⁽³⁾.

No obstante, tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial el Derecho Internacional evoluciona en el sentido de otorgar cada vez mayor protagonismo al individuo en el ámbito supraestatal, proceso que coincide tanto con la Proclamación Universal de los Derechos Humanos en 1948 como con los procesos de Núremberg y Tokio seguidos frente a las personas físicas responsables de graves atrocidades contra grupos humanos cometidas durante la contienda⁽⁴⁾. Tales condicionantes pusieron de manifiesto que, en el escenario internacional, no sólo el Estado podía aparecer en exclusiva como posible sujeto responsable sino que, asimismo, la persona individual podía ser llamada a responder ante la Comunidad Internacional⁽⁵⁾.

La responsabilidad penal individual en el plano supraestatal surgiría ante la comisión de conductas, por parte de personas físicas y, por ello, distintas a los hechos ilícitos de la organización estatal, que atentan gravemente contra los intereses protegidos por el Derecho Internacional⁽⁶⁾, es decir, conductas que por sus características y gravedad lesionan o ponen

(1) RUEDA FERNÁNDEZ, *Delitos de Derecho Internacional*, Barcelona 2001, pp. 25-26; MEDINA ORTEGA, «Hacia una nueva sistematización de las figuras penales internacionales», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (en adelante, *ADPCP*) 1964, p. 30: «Para el Derecho Internacional clásico, la teoría de los sujetos se reduce casi exclusivamente a los Estados, más algunos sujetos cualificados, como la Iglesia Católica, la Orden de Malta, o incluso la Cruz Roja. El individuo no podrá alcanzar la categoría de sujeto. Es éste objeto de protección, un simple objeto del derecho internacional como las cosas, el territorio o el alta mar».

(2) PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid 1989, p. 522.

(3) ALCAIDE FERNÁNDEZ, *Las actividades terroristas ante el Derecho Internacional contemporáneo*, Madrid 2000, p. 212.

(4) GARCÍA SÁNCHEZ, «Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el CP de 1995», en CUERDA RIEZU y GARCÍA SÁNCHEZ, *La respuesta del Derecho Penal ante los nuevos retos (IX Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho Penal de las Universidades de Madrid, celebradas en la Universidad Rey Juan Carlos los días 8, 9 y 10 de marzo de 2005)*, 2006, p. 34: «A partir de las masacres acontecidas a mediados del siglo XX, hubo un movimiento de concienciación en la comunidad internacional para la protección de los Derechos Humanos como requisito imprescindible para el mantenimiento de la paz y seguridad mundial, cuyo protagonismo se centra en Naciones Unidas en cuya sede se gestó, entre otros, el Convenio contra el Genocidio de 1948 y se creó la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas encargada de la codificación de tal Derecho».

(5) RUEDA FERNÁNDEZ, *Delitos*, op. cit., pp. 26-28.

(6) RUEDA FERNÁNDEZ, *Delitos*, op. cit., pp. 31-32.

en peligro un bien jurídico cuya titularidad corresponde a la comunidad internacional, motivo por el cual existe interés en salvaguardar que trascienda a las fronteras de los diversos Estados⁽⁷⁾, todo lo cual plantea, como cuestión inicial, si puede hablarse propiamente de delitos internacionales, es decir, si pueden individualizarse determinados comportamientos delictivos que por afectar a intereses supraestatales merecen ser ubicados en una categoría específica, distinta a los restantes delitos que no tienen una trascendencia a gran escala.

Por parte de la doctrina se afirma que, en efecto, puede hablarse de un grupo de delitos de carácter internacional, pero los criterios que se utilizan para su definición no son pacíficos y, en muchas ocasiones y como consecuencia de la disparidad de parámetros utilizados, se incluyen en la categoría de delitos internacionales ilícitos de muy variada naturaleza que no comparten muchos puntos en común.

En este sentido, se apunta que el delito internacional puede ser doblemente caracterizado. En primer lugar, en función del sujeto activo sería entendido como vulneración de normas imperativas o de *ius cogens* internacionales, imputable por acción u omisión a los órganos y agentes de un Estado y, en segundo lugar, como violación grave y a escala amplia de derechos humanos o de otros intereses fundamentales de la comunidad internacional, imputable a individuos que pueden actuar como agentes del Estado o de forma independiente⁽⁸⁾, si bien ambas acepciones se encuentran estrechamente relacionadas, por cuanto la imputación de un hecho de tal naturaleza a un agente de un Estado (segunda acepción) puede suponer, al mismo tiempo, una atribución a dicho Estado de un delito según la primera caracterización, en virtud del deber de protección que dicho Estado haya asumido sobre los intereses fundamentales de la comunidad internacional⁽⁹⁾.

En la presente investigación nos interesa la segunda acepción, es decir, la comisión por parte de la persona física de hechos que tengan relevancia en el ámbito internacional, dejando fuera de nuestro estudio los actos ilícitos internacionales de los que pudieran ser responsables Estados u organizaciones internacionales.

Centrado, pues, el objeto de nuestro análisis, lo primero que debe abordarse es si el delito internacional debe abarcar todos aquellos comportamientos delictivos que permiten su persecución más allá de las fronteras del Estado en el que han sido cometidos o, en cambio, sólo a los que presentan unas características peculiares que les diferencian de los restantes delitos.

La primera acepción descubre un concepto «formal» de delito internacional, a través del cual éste se definiría como tal desde el momento en que, en virtud de una disposición normativa, cualquier Estado puede perseguirlo independientemente del lugar en que fuese ejecutado. Este concepto formal es el que subyace en el artículo 23.4, apartado i), de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁽¹⁰⁾, en el que se establece el principio de la justicia universal,

(7) RUEDA FERNÁNDEZ, *Delitos, op. cit.*, p. 40.

(8) REMIRO BROTONS, «Los crímenes de Derecho Internacional y su persecución judicial», *Cuadernos de Derecho Judicial* 7/2001, p. 69.

(9) REMIRO BROTONS, *Cuadernos de Derecho Judicial* 7/2001, *op. cit.*, p. 70.

(10) BUENO ARÚS y DE MIGUEL ZARAGOZA, *Manual de Derecho Penal Internacional*, Madrid 2003, pp. 41-42.

a través del cual los tribunales españoles serán competentes para el enjuiciamiento de una serie de delitos, tales como genocidio, terrorismo, tráfico ilegal de drogas o mutilación femenina, aunque se hayan ejecutado fuera del territorio español, y el citado apartado i) incluye «cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España», con lo cual la consideración de delito internacional dependerá de lo que normativamente se haya acordado sobre la posibilidad de perseguirlo más allá de las fronteras estatales, con independencia de que el hecho en sí pueda lesionar intereses esenciales de la comunidad internacional.

Partiendo de tal configuración, los delitos internacionales sólo tendrían en común el ser susceptibles de enjuiciamiento allende las fronteras del Estado en el que han sido cometidos, pero sin que éstos impliquen necesariamente un ataque a un bien jurídico de carácter supraestatal que permita distinguirlos materialmente de los restantes delitos. Así, puede verse cómo dentro del elenco de delitos que a tenor del precitado artículo 23.4 LOPJ pueden ser juzgados por cualquier tribunal, se mezclan algunos en los que, en efecto, la comunidad internacional está comprometida por afectar a un grupo humano, como sucede en el caso del genocidio, con otros en los que aun cuando el bien jurídico protegido tiene una dimensión colectiva, como el tráfico de drogas, sin embargo no necesariamente su comisión supera las fronteras de un Estado y, aunque así fuera, no se puede afirmar de forma indubitada que atenten contra valores internacionales. Sin ir más lejos, en los supuestos de mutilación genital femenina, incluido dentro del principio de la jurisdicción universal, el bien jurídico protegido es la integridad física de la persona afectada, de carácter estrictamente personal e individual, con lo cual su impacto sobre el orden internacional es todavía más discutible.

Desde otra óptica, se ha mantenido que el principio de la justicia universal encuentra su fundamento en la naturaleza «supranacional» de los bienes jurídicos que se tratan de proteger, creándose de esta forma una solidaridad internacional a través de la cual se eliminan lagunas de impunidad, no significando dicho principio una prolongación extraterritorial de la soberanía estatal sino una delegación de la soberanía supranacional⁽¹¹⁾. No obstante, desde esta posición se establecen diferencias entre los delitos a los que se aplica dicho principio, de manera que mientras para aquellos que afectan a la seguridad de los Estados (el tráfico de drogas) deberá existir algún vínculo con el Estado que pretenda ejercitar su jurisdicción, en cambio, para los que constituyen el verdadero núcleo de los delitos internacionales (genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad), el ejercicio de la competencia en virtud del principio de la justicia universal no precisaría existencia de punto de conexión alguno, por tratarse de delitos que atentan contra bienes jurídicos de la Comunidad Internacional⁽¹²⁾.

(11) RODRÍGUEZ YAGÜE, «El principio de justicia universal y los conflictos positivos de concurrencia de jurisdicciones nacionales y supranacionales», *El Derecho Penal frente a la inseguridad global*, Albacete 2007, p. 59.

(12) RODRÍGUEZ YAGÜE, *El Derecho Penal frente a la inseguridad global*, op. cit., p. 77. La polémica acerca de la necesidad de que el delito perseguido tenga vinculación con el Estado que pretende su enjuiciamiento, en virtud del mencionado principio, ha sido definitivamente zanjada en nuestro país a través de la reciente Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, la cual modifica el artículo 23.4 de la LOPJ, en el sentido de que para que los Tribunales españoles puedan conocer de los delitos incluidos en dicho precepto, es necesario acreditar «que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión rele-

Por estas razones, frente a tal concepción formalista del delito internacional que, como se ha indicado, resulta ineficaz para distinguir entre aquellos hechos que atentan contra la comunidad internacional de aquellos otros que, aun con efectos transnacionales, no lesionan intereses de grupos humanos, se mantiene otra de carácter restrictivo, cuya premisa de partida es la existencia de un orden social internacional referido a la humanidad en su conjunto, que englobaría aquellos bienes patrimonio de todas las personas y que constituyen los cimientos para su subsistencia pacífica, y siendo la persona individual el punto de referencia del concepto de bien jurídico, a nivel internacional se pueden conceptualizar como bienes jurídicos determinados sectores de la humanidad, la paz internacional así como también los bienes jurídicos individuales cuando, de forma sistemática o masiva, son atacados por el poder político o su protección no puede ser garantizada por el poder estatal⁽¹³⁾.

De este modo, es posible efectuar una nítida y tajante diferencia entre «delitos internacionales» y «delitos transnacionales» que un concepto formal no era capaz de superar, en el sentido de que los primeros constituyen una amenaza a «valores jurídicos internacionales como la paz o la integridad de la Comunidad Internacional y para ellos se exige una respuesta inmediata fundada directamente en el Derecho Internacional», mientras que los segundos son aquellos cuya represión corresponde, principalmente, al Derecho interno, si bien para que su persecución pueda ser más eficaz resulta imprescindible una cooperación interestatal, bien porque por su propia dinámica comisiva traspasan las fronteras de un Estado, o bien porque su ejecución puede afectar a varios Estados⁽¹⁴⁾. En este último caso, el bien jurídico afectado por el delito no se protege directamente por el Derecho Internacional, sino que son los Estados los que se comprometen a su protección, por lo que los destinatarios de las directrices contenidas en el tratado internacional que corresponda no son los individuos sino los Estados, en el sentido de que deben adoptar medidas eficaces contra tales delitos, y el incumplimiento de estas obligaciones únicamente genera responsabilidad internacional para el Estado⁽¹⁵⁾.

Conforme a lo indicado y siguiendo las pautas marcadas por el concepto material esbozado, los delitos internacionales serían aquellos que atacan la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, siendo de carácter supraindividual por afectar a la comunidad internacional en su conjunto⁽¹⁶⁾, por lo que dicha categoría abarcaría los crímenes contra la paz, de guerra, genocidio y contra la humanidad⁽¹⁷⁾. Esta definición material de delito internacional es la que recoge el artículo 5 del Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998,

vante con España». Con dicha modificación normativa, se pone fin a las divergencias que al respecto mantuvieron los Tribunales Supremo y Constitucional acerca del alcance del principio de la justicia mundial.

(13) GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, Madrid 1999, pp. 34-35.

(14) GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, *op. cit.*, pp. 43-44.

(15) GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, *op. cit.*, p. 45; ALCAIDE FERNÁNDEZ, *Las actividades terroristas...*, *op. cit.*, p. 91: «Todos los Estados tienen la obligación de prevenir actos y actividades terroristas, cuyo fundamento se encuentra bien en la costumbre internacional, o bien en los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas o en los principios generales del Derecho Internacional».

(16) CANO PAÑOS, «Sobre Internacionales Strafrecht, Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht. Recensión del libro de Kai Ambos», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en adelante, *RECPC*) 09-r1 2007, p. 12.

(17) GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, *op. cit.*, pp. 51-52.

por el que se crea la Corte Penal Internacional, en cuyo apartado primero se establece que la competencia de la Corte «se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto», enumerando a continuación los delitos: a) el crimen de genocidio; b) los crímenes de lesa humanidad; c) los crímenes de guerra; d) el crimen de agresión.

Esta interpretación del delito internacional, restrictiva y fundada en criterios materiales, es la que consideramos correcta, ya que permite definir genuinamente dicho ilícito como ataque a bienes jurídicos de naturaleza internacional, y diferenciarlo de otros delitos que si bien pueden tener una trascendencia internacional e interesar a todos los Estados su erradicación, como sucede en los casos de prostitución, tráfico de drogas o falsificación de moneda, sin embargo, su ejecución no compromete a la humanidad en su conjunto.

En consecuencia, se puede definir el delito internacional como aquella conducta que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos que conciernen a la Comunidad Internacional, es decir, al conjunto de la humanidad, con independencia de que su ejecución se desarrolle en el ámbito de un solo Estado o, en cambio, traspase sus fronteras.

II. LA SISTEMATIZACIÓN DEL DERECHO PENAL EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

La polémica, vista en el epígrafe anterior, acerca del concepto de delito internacional discurre paralela a una cuestión de tipo sistemático que igualmente es necesario aclarar, en la que se discute si los distintos aspectos que plantea el desbordamiento del ordenamiento penal más allá de las fronteras estatales así como la responsabilidad del individuo en el plano internacional, forman parte de una única rama del Derecho Penal o, en cambio, deben asignarse a otras ramas diversas.

Al respecto, un sector de la doctrina se muestra claramente partidario de distinguir entre Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Penal. El primero abarcaría exclusivamente el conjunto de normas de Derecho nacional relativas a los límites de su aplicación en el espacio, es decir, las normas que regulan la aplicación de la ley interna a hechos delictivos cometidos más allá de las fronteras estatales⁽¹⁸⁾. Se trataría, por ello, de un derecho delimitador de competencias internacionales en materia penal⁽¹⁹⁾, abarcando las normas relativas al auxilio judicial internacional, las referentes a la represión de delitos que pueden poner en peligro las relaciones con otros Estados, como los delitos contra Estados extranjeros, sus jefes o representantes y, finalmente, las normas de Derecho Penal interno que proceden de acuerdos o tratados internacionales acerca de delitos que lesionan bienes jurídicos que son comunes a todos los países civilizados, como la falsificación de moneda, el terrorismo o el tráfico de drogas⁽²⁰⁾. Se trataría, en cualquier caso, de un derecho nacional⁽²¹⁾ por cuanto la

(18) DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes modernes du droit pénal international*, París 2004, p. 3.

(19) MEDINA ORTEGA, *ADPCP 1964*, op. cit., pp. 31-32.

(20) CUELLO CALÓN, *Derecho Penal, Parte General I*, 1960, p. 223.

(21) MEZGER, *Tratado de Derecho Penal I* (traducido por Rodríguez Muñoz), 1933, pp. 108-109; DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes...*, op. cit., p. 3.

obligatoriedad de las normas a las que se refiere proviene del propio Derecho del Estado y no de la norma internacional⁽²²⁾, y por este motivo algún autor prefiere emplear la denominación «Derecho nacional con elementos extranjeros»⁽²³⁾.

Distintamente, el Derecho Internacional Penal sería un derecho penal sustantivo, integrado por normas internacionales⁽²⁴⁾ relativas a delitos, consecuencias del delito, Tribunales penales internacionales y procedimiento penal⁽²⁵⁾, con independencia de que los destinatarios de tales normas sean los Estados o los individuos, o de que la efectividad de su aplicación se deje en manos de los tribunales estatales⁽²⁶⁾. La formación de este sector del ordenamiento vendría ligada a la consolidación de la responsabilidad penal del individuo en el terreno internacional, si bien, partiendo de que se refiere fundamentalmente a relaciones interestatales, carece de un cuerpo normativo que regule la responsabilidad individual en el plano internacional⁽²⁷⁾. No obstante, manifestaciones de tal Derecho Internacional Penal se encontrarían en el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, por el que se crea el Tribunal militar internacional de Nüremberg y de Tokio, para juzgar a los dirigentes nazis y japoneses de delitos contra la humanidad cometidos durante la II Guerra Mundial, así como los Estatutos por los que se crearon los Tribunales Internacionales para el enjuiciamiento de los responsables de violaciones de Derecho internacional humanitario, cometidas en la antigua Yugoslavia y Ruanda⁽²⁸⁾.

En el otro extremo, un sector de la doctrina considera que el Derecho Penal Internacional debe quedar reservado para la legislación penal de carácter internacional, que emana de la comunidad internacional y a la que se encuentran directamente sometidos los ciudadanos de todas las naciones, y tratándose de leyes penales internacionales que protegen los intereses fundamentales de la comunidad internacional, deben ser aplicadas por tribunales internacionales⁽²⁹⁾, o bien por tribunales internos que actúen en virtud del principio de la justicia mundial⁽³⁰⁾. En consecuencia, al Derecho Penal Internacional pertenecen aquellas disposiciones penales que se dictan para la comunidad de Estados civilizados y no para uno en particular⁽³¹⁾, aduciéndose en apoyo de esta concepción que el Derecho Penal Internacional se ocupa de la protección de los bienes más importantes del orden mundial frente a las formas de agresión más graves, por lo que no pertenecen a él las normas relativas a la

(22) VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal II* (traducido por Luis Jiménez de Asúa), 1927, pp. 104-105; CUELLO CALÓN, *Derecho Penal I*, *op. cit.*, pp. 223-224; BACIGALUPO, «Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas de Derechos Humanos cometidas en el extranjero», *El Derecho Penal Internacional, Cuadernos de Derecho Judicial VII-2001*, p. 212.

(23) BUENO ARÚS y DE MIGUEL ZARAGOZA, *Manual...*, *op. cit.*, p. 24.

(24) RUEDA FERNÁNDEZ, *Delitos...*, *op. cit.*, p. 108; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, Valencia 1987, p. 165; MORILLAS CUEVA, *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*, Madrid 2004, pp. 56-57.

(25) BUENO ARÚS y DE MIGUEL ZARAGOZA, *Manual...*, *op. cit.*, p. 23.

(26) MEDINA ORTEGA, *ADPCP 1964*, *op. cit.*, p. 32.

(27) RUEDA FERNÁNDEZ, *Delitos...*, *op. cit.*, p. 109.

(28) MORILLAS CUEVA, *Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 57-58.

(29) CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General I*, 2004, p. 258.

(30) ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General I*, 1949, p. 112.

(31) VON LISZT, *Tratado II*, *op. cit.*, p. 104.

competencia jurisdiccional, aplicación de la ley penal en el espacio o el reconocimiento de sentencias extranjeras, al ser todas ellas cuestiones procesales de Derecho interno⁽³²⁾. Para que pudiera hablarse de Derecho Penal Internacional, sería preciso que su origen se encontrara en una fuente de Derecho Internacional y que la norma fuese imperativa de *ius cogens*⁽³³⁾. Como puede verse, los partidarios de esta propuesta asignan al Derecho Penal Internacional el contenido que, según los defensores de la anterior tesis, tendría el Derecho Internacional Penal, el cual, desde esta perspectiva, quedaría vacío de contenido.

Y, entre medias, se admite que el Derecho Penal Internacional sería el producto de la convergencia entre los aspectos internacionales de la legislación penal nacional de los Estados y los aspectos penales de la legislación internacional, con lo cual dicha rama del ordenamiento abarcaría tanto la normativa reguladora de la cooperación interestatal dirigida a garantizar el cumplimiento de la ley penal nacional⁽³⁴⁾, como las disposiciones normativas internacionales establecidas por vía consuetudinaria o acordada, independientemente de que su aplicación se lleve a cabo por tribunales internos o internacionales⁽³⁵⁾, de manera que habría únicamente un Derecho Penal Internacional en su doble vertiente, *sustantiva*, relativa a la definición de delito en el ámbito internacional, y *adjetiva*, referente a la cooperación entre Estados⁽³⁶⁾. Se afirma, en esta línea, que también el llamado «Derecho Penal Internacional Penal» se vale de fuentes internas, emanadas de los distintos Estados con el fin de hacer efectivos los tratados internacionales, y que, asimismo, el «Derecho Penal Internacional» hace uso de fuentes de índole internacional, como son las que se dictan en materia de extradición y cooperación interestatal⁽³⁷⁾, lo que vendría a corroborar que se trataría de dos aspectos —sustantivo y adjetivo— de una única disciplina jurídica⁽³⁸⁾.

La solución que estimamos más correcta sobre la discusión expuesta, está directamente vinculada a la definición de delito internacional por la que se ha optado con anterioridad. Al respecto, se puso de manifiesto que debe quedar nítidamente delineada la diferencia entre delito internacional y delito transnacional, en el sentido de que sólo el primero lesiona intereses propios de la comunidad internacional, a diferencia del segundo, el cual, aun cuando posee una repercusión supraestatal ya que su ejecución se desarrolla en o afecta a más de un Estado, sin embargo, el bien jurídico lesionado no es de carácter internacional. No obstante, a pesar de estos matices diferenciales ambas modalidades presentan aspectos tanto penales como internacionales, pues se trata de conductas delictivas con trascendencia internacional, siendo de destacar, por otra parte, que aun cuando en el supuesto de los delitos internacionales la norma que los tipifica proviene de fuente supraestatal, sin embargo, es necesario que los distintos Estados la incorporen a sus respectivos ordenamientos internos, efectuado lo cual la norma internacional pasa a formar parte de ellos. En este

(32) GIL GIL, *Derecho Penal*, op. cit., pp. 27-28.

(33) GIL GIL, *Derecho Penal*, op. cit., pp. 52-53.

(34) BASSIOUNI, «El Derecho Penal Internacional: Historia, objeto y contenido», *ADPCP 1982*, pp. 6-7.

(35) BASSIOUNI, *ADPCP 1982*, op. cit., p. 9.

(36) BASSIOUNI, *ADPCP 1982*, op. cit., p. 36.

(37) EZQUERRA UBERO, «La importancia creciente del Derecho Penal Internacional», *Poder Judicial*, núm. 75, 2004, p. 127.

(38) EZQUERRA UBERO, *Poder Judicial*, núm. 75, 2004, op. cit., pp. 128-129.

sentido, conviene destacar que el artículo 1 del Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998 declara que la competencia de la Corte será complementaria a la de los Estados Parte, disponiendo su artículo 17 que no deberá admitir los asuntos que ya estén siendo investigados o enjuiciados por algún Estado que tenga jurisdicción para ello, lo que viene a corroborar que, también en el caso de los delitos internacionales, prevalece el ordenamiento interno de los Estados.

Por lo expuesto, somos de la opinión de que el Derecho Penal Internacional viene constituido, tanto por una vertiente sustantiva o material, que se ocupa de los criterios para la definición de los delitos internacionales y los bienes jurídicos por ellos protegidos, como por otra de carácter procesal, relativa a las reglas reguladoras de la persecución de los delitos internacionales y transnacionales, incluyendo la cooperación entre Estados, la extradición y las competencias para su enjuiciamiento, con lo cual asumimos la tesis que al respecto mantiene BASSIOUNI, mientras que, por el contrario, los aspectos materiales de los llamados delitos transnacionales no forman parte del Derecho Penal Internacional puesto que, ni su tipificación tiene su origen en fuentes internacionales, ni su ejecución afecta a intereses de la comunidad internacional. Únicamente las cuestiones de tipo procesal de tales ilícitos pertenecen a dicha rama del ordenamiento.

Tomada ya posición acerca de lo que es un delito internacional y del sector del ordenamiento que lo regula, la siguiente tarea tiene como objeto definir el terrorismo y plantear su ubicación en el panorama internacional. Más en concreto, se trata de determinar si existen unos presupuestos especiales que permitan definir el terrorismo de forma autónoma y distinguirlo de otros hechos violentos y, verificado esto, si es posible considerarlo propiamente dentro de la categoría de los delitos internacionales. Esta labor no resulta sencilla, pues como se verá a continuación la primera y podríamos decir insalvable dificultad con la que nos topamos es que no se ha conseguido todavía suficiente consenso internacional a la hora de definir el fenómeno terrorista, y esto, a su vez, dificulta su consideración como delito internacional.

III. TERRORISMO Y DELITO INTERNACIONAL

1. El terrorismo en el panorama internacional

La proyección del terrorismo en el ámbito internacional es hoy una realidad desgraciadamente evidente. Según autorizada opinión doctrinal, el terrorismo como problema internacional puede situarse a raíz del atentado mortal contra Alejandro I de Yugoslavia y del Ministro de Asuntos Exteriores de Francia, perpetrado en Marsella en 1934, y tras un paréntesis marcado por la Segunda Guerra Mundial, vuelve a cobrar importancia al finalizar la contienda y durante la Guerra Fría, puesto que a partir de ese momento con mayor frecuencia las organizaciones terroristas no ciñen su actuación a las fronteras de un territorio determinado, sino que intentan causar la mayor repercusión a nivel mundial, poniéndose de manifiesto en el ámbito internacional una creciente preocupación de los Estados y organizaciones internacionales para afrontar dicho problema a nivel supraestatal⁽³⁹⁾. En la

(39) EBILE NSEFUM, *El delito de terrorismo*, 1985, pp. 20-21.

actualidad, resulta patente que el terrorismo no es un problema que afecte, en exclusiva, al territorio en el que normalmente actúa sino que constituye una preocupación generalizada en la comunidad internacional y, aunque sin duda persiste un terrorismo que opera dentro de los confines de un solo país, van apareciendo otras manifestaciones que atraviesan fronteras incidiendo sobre la estabilidad y seguridad de regiones enteras del mundo hasta llegar a un verdadero terrorismo global⁽⁴⁰⁾.

Son varios los modos en los que el terrorismo puede emerger en el panorama internacional⁽⁴¹⁾. En primer lugar, cuando diversas asociaciones terroristas que actúan a nivel nacional se ponen en contacto y fundan una organización coordinadora supranacional. Del mismo modo, es también frecuente que grupos terroristas que no consiguen establecerse dentro de un territorio nacional, intenten atacarlo desde fuera a través de secuestros de aviones o de personas, así como atacando embajadas y delegaciones internacionales, debiéndose destacar, en este sentido, que la movilidad y ubicación de las organizaciones terroristas en el ámbito internacional responde con frecuencia al interés por acogerse, tanto al ordenamiento jurídico como al estado de la opinión pública que resulte más favorable a sus intereses, y por ello tales organizaciones se establecen en lugares ajenos a su población de referencia⁽⁴²⁾. Y una última vía es el denominado «terrorismo estatal», que surge cuando determinados gobiernos, no viéndose capaces de enfrentarse de forma abierta a Estados más poderosos, patrocinan en ellos grupos terroristas para que, a través de sus atentados, se debiliten (Libia, Irak, Sudán, Irán)⁽⁴³⁾. Se deben añadir a ello las cada vez más frecuentes relaciones entre distintos grupos terroristas con el fin de intercambiar métodos y técnicas de ataque, e incluso la colaboración para perpetrar atentados terroristas⁽⁴⁴⁾.

Pero el fenómeno de la internacionalización del terrorismo no consiste, únicamente, en que sus actividades y efectos se desarrollen más allá de las fronteras estatales, sino asimismo en que se organiza a través de una estructura horizontal en redes, distinta a la configuración vertical jerarquizada propia de los diseños terroristas tradicionales, y todo ello en una sociedad, como la actual, con fácil disponibilidad de medios de comunicación de alcance

(40) REINARES, *Terrorismo global*, Madrid 2003, p. 15.

(41) WALDMANN, «El terrorismo: concepto, estrategia y alcance», *Consejo General del Poder Judicial 9/1998*, p. 185.

(42) REINARES, *Terrorismo global, op. cit.*, pp. 22-23.

(43) ALCAIDE FERNÁNDEZ, *Las actividades terroristas...*, *op. cit.*, pp. 54-55: «Los Estados que se implican en actos y actividades terroristas pretenden forzar mediante éstos la satisfacción de sus ansias de incrementar sus esferas de influencia y el ámbito de su poder»; REINARES, *Terrorismo global, op. cit.*, p. 30: «En conjunto, la transnacionalización del terrorismo ha facilitado su patrocinio estatal para incidir sobre la estabilidad de otros países o sobre el modo en que se ordenan regiones enteras del mundo. Se trata ahora de lo que en términos generales cabe denominar como terrorismo internacional. En ocasiones, unos gobiernos han encomendado la ejecución encubierta de dicha violencia a sus propios funcionarios, para poder ejercer sobre aquéllos una supervisión más estrecha. Otros deciden prestar asistencia material a grupos armados ya existentes, manteniendo en la mayor confidencialidad posible esa relación para, si se vieran obligados a ello, negar cualquier responsabilidad en el terrorismo internacional».

(44) *Vid.* Auto de 24 de febrero de 2010 del Juzgado Central de Instrucción núm. 6, en el que se ponen de manifiesto las vinculaciones entre las FARC colombianas y ETA, consistentes en la enseñanza de métodos de ataque e incluso la colaboración de miembros de ETA para la localización de posibles víctimas del grupo colombiano, y todo ello, según se desprende de la citada resolución, con intervención de altos cargos del Gobierno de Venezuela, que estaría amparando tales actuaciones.

ilimitado como Internet o la telefonía móvil, a través de los cuales se facilita enormemente la realización de tareas de proselitismo, reclutamiento, tratamiento de datos y gestión de recursos financieros⁽⁴⁵⁾. Del mismo modo, a diferencia del terrorismo tradicional en el que sus miembros estaban identificados individualmente por las fuerzas policiales, en el caso del terrorismo islámico sus miembros son anónimos, intercambiables y no adscritos, en principio, a un concreto país⁽⁴⁶⁾. Otras características del actual terrorismo son su motivación religiosa y su promoción material y económica por parte de las autoridades gubernamentales, como sucede con Al Qaeda y el régimen talibán en Afganistán hasta el año 2001⁽⁴⁷⁾. Dicha organización, responsable de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York y Washington, extiende su influencia desde los archipiélagos del sureste asiático hasta Estados Unidos, desde la zona transfronteriza del cono sur latinoamericano hasta los confines transcaucásicos, pasando por las riberas mediterráneas, y está además integrada por células, permanentes o semipermanentes, distribuidas por distintos lugares e integradas por militantes adecuadamente adiestrados⁽⁴⁸⁾.

Éste es el panorama que se dibuja en el terreno internacional. Sin embargo, en la tarea que nos proponemos plantear relativa a si el terrorismo puede ser catalogado como un auténtico delito internacional, es preciso clarificar previamente lo que significa terrorismo, pues más allá de que éste implica la utilización de violencia, como antes se indicó no se ha logrado todavía en la comunidad internacional un consenso suficiente para su tratamiento en dicho ámbito. Ya en los trabajos del Comité Especial sobre Terrorismo, creado por la Resolución de Naciones Unidas 3034, de 18 de diciembre de 1972, se puso de manifiesto la existencia de dos posturas antagónicas e irreconciliables: la de los países occidentales y sus aliados, partidarios de una conceptualización abstracta del terrorismo, definido con independencia del contexto en el que se lleve a cabo y, frente a ella, la de los países socialistas y no alineados, que proponían un concepto político, en virtud del cual la caracterización de un acto como terrorista vendría condicionada por su aptitud para subvertir el orden internacional, no englobando los movimientos de liberación nacional frente a regímenes colonialistas, racistas y extranjeros⁽⁴⁹⁾.

(45) REINARES, *Terrorismo global, op. cit.*, pp. 46-47.

(46) CANO PAÑOS, «Perfiles de autor del terrorismo islamista en Europa», *RECPC 11-07 (2009)*, p. 2; PÉREZ CEPEDA, «El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal», *El Derecho Penal ante la inseguridad global, op. cit.*, p. 92: «El terrorismo internacional se presenta como una causa de inseguridad tan determinada como intangible y ubicua. Así, el destinatario de la “guerra” ya no es otro Estado, sino una organización deslocalizada, un enemigo ubicuo e invisible, puesto que, además de contar con un apoyo social amplio en diferentes países, es de carácter multinacional en su composición humana, financiación y redes operativas, aparte de habitar con normalidad en los países donde actúan».

(47) REINARES, *Terrorismo global, op. cit.*, pp. 77-78.

(48) REINARES, *Terrorismo global, op. cit.*, pp. 132-133; CANO PAÑOS, *RECPC 11-07 (2009)*, p. 3: «El terrorismo islamista ha conducido decisivamente a la internacionalización del fenómeno terrorista, ya que lógicamente las ideologías no se circunscriben a una determinada región o país (como sucedía/sucede en el caso de organizaciones como las Brigadas Rojas o ETA), sino que los mismos llegan allí donde existen sujetos dispuestos a adoptarlas».

(49) GARCÍA SAN PEDRO, «Respuestas jurídicas frente al terrorismo: ámbitos internacional, europeo y nacional», en *Derecho Penal y Criminología como fundamentos de la política criminal (Estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez)*, Madrid 2006, p. 1216. Tales discrepancias se volvieron a manifestar en el V Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en el año 1975, en el que mientras Estados Unidos proponía un concepto de terrorismo basado en la conducta de un individuo o grupo, dirigido a

A pesar de ello, ha habido algunos intentos de configurar el terrorismo como un delito internacional. Así, en el proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, según texto aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU de 7 de junio de 1951, en su artículo 2 se calificaba como delito contra la paz y la seguridad de la humanidad el hecho de emprender o alentar, las autoridades de un Estado, actividades terroristas en otro Estado, o tolerar actividades organizadas y dirigidas a la realización de actos terroristas en otro Estado⁽⁵⁰⁾. Unos años antes, en 1937, se había suscrito en Ginebra el Convenio Internacional para la prevención y represión del terrorismo que, sin embargo, debido a que no fue ratificado por la mayoría de los Estados, nunca llegó a entrar en vigor, en el que se preveía, incluso, la creación de un Tribunal Penal Internacional para enjuiciar delitos de terrorismo⁽⁵¹⁾.

A la vista de tales intentos fallidos de configurar el terrorismo como delito internacional, la posterior actividad legislativa se centró en la promulgación de diversos Convenios a través de los cuales se abordaban aspectos parciales del fenómeno terrorista, pero sin pretensión de abarcar la totalidad del problema y sin ofrecer una definición de lo que significa terrorismo⁽⁵²⁾. En esta línea, se pueden citar la Convención de La Haya de 16 de diciembre de 1970, para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves; el Convenio de Montreal de 23 de diciembre de 1971, para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil; la Convención de Nueva York de 14 de diciembre de 1973 sobre Prevención y Castigo de Delitos contra personas internacionalmente protegidas, incluidos los agentes diplomáticos y, finalmente, la Convención Internacional contra la toma de rehenes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 17 de diciembre de 1979⁽⁵³⁾. Si bien con anterioridad a este último se había suscrito en Estrasburgo el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo, el 27 de enero de 1977, en él no se contenía novedad alguna respecto al concepto de terrorismo, pues cuando en su artículo 1 establece un catálogo de delitos que no merecen la consideración de políticos, se refiere expresamente a los comprendidos en los citados Convenios anteriores, añadiendo únicamente los cometidos utilizando bombas, granadas, cohetes, armas de fuego o automáticas, cartas y paquetes con explosivos ocultos, así como la tentativa de comisión de cualquiera de tales delitos o la participación como coautor o cómplice.

Posteriormente, el 10 de marzo de 1988, se firmó en Roma el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima y el Protocolo para

socavar la autoridad del gobierno legítimo de un Estado, el grupo de los países No alineados identificaba el terrorismo como la vulneración de las libertades individuales por parte de la autoridad, repitiéndose las mismas divergencias en la Conferencia Mundial de Juristas celebrada en Berlín en julio de 1985, *vid.* TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, Madrid 1988, pp. 50-52.

(50) CASTEJÓN, «Proyecto de Código Penal Internacional», *ADPCP 1953*, pp. 236-237.

(51) BASSIOUNI, *ADPCP 1982*, *op. cit.*, p. 29.

(52) ALCAIDE FERNÁNDEZ, *Las actividades terroristas...*, *op. cit.*, p. 30; ABAD CASTELOS, «La toma de rehenes como crimen internacional: examen del Derecho aplicable en tiempo de paz y en situación de conflicto armado», *Lucha contra el terrorismo y Derecho Internacional*, Madrid 2006, pp. 145-146.

(53) En relación con la toma de rehenes, ABAD CASTELOS, *La toma de rehenes...*, *op. cit.*, p. 138, declara que dicho ilícito, en cuanto conlleva un matiz de chantaje frente a terceros, coincide con el elemento volitivo que define el acto terrorista.

la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental, a través del cual se tipifican como delitos conductas de apoderamiento y atentados a buques e instalaciones marítimas. Y el 13 de abril de 2005 fue suscrito en Nueva York el Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, el cual se limita a establecer una serie de figuras delictivas consistentes en la utilización de material radiactivo para causar la muerte o lesiones corporales graves, así como daños a los bienes o medio ambiente, pero sin establecer las características que el hecho debe tener para ser considerado terrorista.

Como puede verse, a través de tales instrumentos normativos se pretende avanzar en la prevención y represión del terrorismo cuando éste se desarrolla a nivel supraestatal, si bien debido a la falta de consenso sobre el propio concepto de terrorismo se opta por regular sus manifestaciones más importantes, tales como la toma de rehenes o el apoderamiento de aeronaves, que son formas de ejecución empleadas frecuentemente por los terroristas⁽⁵⁴⁾. Ahora bien, a pesar de que la referida normativa corrobora la ausencia de acuerdo internacional respecto de lo que significa el terrorismo, al mismo tiempo pone de manifiesto que los diversos esfuerzos encaminados a tratar el fenómeno terrorista provienen siempre de organizaciones internacionales y que, por ello, «el terrorismo está estrechamente vinculado, en un análisis jurídico, a los propósitos centrales de la comunidad internacional y a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico internacional»⁽⁵⁵⁾, de donde se puede extraer una primera conclusión, aún provisional, y es que el terrorismo afecta al mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, así como a la protección internacional de los derechos humanos, el no uso de la fuerza en las relaciones internacionales y la cooperación internacional y al derecho a la autodeterminación de los pueblos⁽⁵⁶⁾, todo lo cual imprimiría a las diversas formas de terrorismo un matiz de carácter, cuanto menos, transnacional.

Ya en el ámbito concreto de la Unión Europea, resulta forzoso destacar la Decisión Marco de 13 de junio de 2002, surgida como reacción a los graves atentados del 11-S, y en la que se establecen los parámetros de la lucha contra el terrorismo en el seno del espacio europeo. En dicho instrumento normativo, se declara que el terrorismo constituye «la forma más grave de atentar contra los valores universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, sobre las que se fundamenta la propia Unión Europea, por lo que hay que deducir, de forma silogística, que el terrorismo constituye un atentado contra la propia Unión Europea»⁽⁵⁷⁾. En dicho instrumento normativo y a diferencia de los anteriormente mencionados, se contiene, por fin, en su artículo 1, una definición expresa de terrorismo, diseñada en función de su aptitud para «lesionar gravemente a un país o a una organización internacional», y de su

(54) ABAD CASTELOS, «La respuesta penal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible “tipificación” española del delito», *ADPCP 1997*, pp. 459-461.

(55) DÍAZ BARRADO, «El marco jurídico-internacional de la lucha contra el terrorismo», *Lucha contra el terrorismo*, *op. cit.*, p. 56 (subrayados en el texto original).

(56) DÍAZ BARRADO, «El marco jurídico-internacional...», *op. cit.*, p. 56.

(57) ALCALÉ SÁNCHEZ, «Previsiones sancionadoras en la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo y su transposición al Derecho Penal Español», *El Derecho Penal ante la inseguridad global*, *op. cit.*, p. 217.

finalidad, que puede ser triple: a) intimidar gravemente a una población; b) obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; c) desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional. La referida definición recoge, con mejor o peor fortuna, el elemento que, como se verá, caracteriza el acto terrorista, como es su idoneidad para atemorizar a la población o socavar los pilares sobre los que se asienta el orden legal de un Estado.

2. Aproximación al concepto de terrorismo

Habiendo sido expuestas las dificultades que han impedido que exista un tratamiento unitario del fenómeno terrorista a nivel mundial, parece necesario plantear la posibilidad de aproximarse a una definición de terrorismo que facilite esta tarea.

Es algo indiscutido que el terrorismo supone el empleo de la violencia⁽⁵⁸⁾, pero ésta es también una característica de otras formas de actuación, tales como la guerrilla, la rebelión, la sedición o la mafia, que asimismo se manifiestan a través de una dinámica claramente violenta. En este sentido, se apunta que el matiz diferenciador sobre el que no parece existir controversia, se encontraría en que la acción terrorista busca la consecución de un fin muy concreto, como es causar un impacto psíquico en la sociedad que, con frecuencia, excede a la entidad del daño real irrogado, y para ello la estrategia terrorista se desarrolla a través de actos violentos ejecutados de modo sistemático e imprevisible, dirigidos contra objetivos que poseen una fuerte carga simbólica, tratándose al mismo tiempo de un fenómeno indiscriminado⁽⁵⁹⁾ por cuanto las potenciales víctimas son imprevisibles, seleccionándose con criterios de estricta oportunidad, de manera que el acto terrorista pretende transmitir un mensaje a la sociedad convirtiéndose así en un método de comunicación, propaganda y control social⁽⁶⁰⁾.

Planteada la cuestión en tales términos, el terrorismo viene siendo definido por un amplio sector doctrinal como una estrategia política articulada a través del uso de la violencia y de las amenazas de violencia, por parte de un grupo organizado y con el objetivo de provocar en un sector de la población una sensación de terror e inseguridad, facilitando así la consecución de sus pretensiones, lo que ya pone de manifiesto una característica especial del acto terrorista, la planificación de sus atentados, quedando excluidas aquellas actuaciones espontáneas o accidentales⁽⁶¹⁾, y el móvil que lo impulsa sería de carácter

(58) EBILE NSEFUM, *El delito de terrorismo*, op. cit., p. 115, estima no obstante que la violencia no es un elemento inherente al terrorismo, toda vez que existirían una serie de conductas, tales como el envío de anónimos o noticias falsas, que realizadas con fines de atemorizar no constituyen actuaciones violentas.

(59) GILBERT, *Terrorismo, nacionalismo, pacificación*, Madrid 1998, p. 28.

(60) REINARES, *Terrorismo global*, op. cit., pp. 16-17.

(61) La Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) de 29 de julio de 1998, dictada en el caso del secuestro de Segundo Marey por parte de los GAL, no calificó los hechos como constitutivos de terrorismo al tratarse de un hecho aislado, incapaz de perturbar la conciencia ciudadana ni producir la alarma o miedo propios de los atentados terroristas; STS 19 de enero de 2007: «Será el carácter reiterado de forma regular de las acciones violentas, capaces de crear en la población la situación de alarma o inseguridad, así como la finalidad perseguida, lo que configurará la acción como terrorista, frente a las acciones aisladas o no permanentes que no alcanzarían tal consideración».

político⁽⁶²⁾ por cuanto tiende a alterar de forma sustancial el orden de convivencia y las normas básicas de conducta social⁽⁶³⁾. La actividad terrorista aglutinaría, como elementos inseparables, la violencia y las amenazas, pues la violencia sin amenazas corresponde a un contexto propio de la guerra, mientras que unas amenazas sin violencia se quedan en el ámbito de la propaganda⁽⁶⁴⁾. El terror, sin embargo, no debe ser entendido en sentido subjetivo-personal sino en un plano predominantemente objetivo, es decir, basta con que la conducta sea idónea para ello sin necesidad de demostrar que los individuos han sido efectivamente atemorizados, y éste constituye un medio, no un fin⁽⁶⁵⁾.

La estrategia terrorista se caracteriza por que los diversos actos se desarrollan de modo sistemático y están interrelacionados, aun cuando pueden ser de naturaleza muy diversa (asesinatos, secuestros, voladura de una central eléctrica), pero es la reiteración planificada de tales actos lo que determina una dinámica propia, encaminada a la creación de un estado de terror⁽⁶⁶⁾. De ello se deriva que el sujeto activo del delito de terrorismo es, necesariamente, colectivo, con independencia de que los autores puedan actuar en momentos diversos, pero siempre dentro de un esquema metódico y sistemático⁽⁶⁷⁾.

En consecuencia, no existe el terrorista aislado sino que tiene que formar parte de un grupo, de manera que aun cuando actúe de modo individual su intervención se lleva a cabo, bien en razón de su pertenencia a la banda criminal (*intraeus*), o bien, aun no perteneciendo a ella, con el objetivo de colaborar en el logro de sus fines (*extraneus*)⁽⁶⁸⁾. Para acreditar la pertenencia a la organización, se ha considerado suficiente la prueba de una afiliación formal del sujeto a la asociación, a través del protocolo de adhesión por ella previsto, con lo cual se sanciona, no la mera voluntad del sujeto de delinquir sino su implantación en la asociación, en virtud de la cual se convierte en instrumento de ella, reforzando de este modo su potencial agresivo frente a los bienes jurídicos, lo que, trasladado al terrorismo islámico, el aspirante a mártir se convierte en un instrumento ofensivo que la asociación podría utilizar cuando lo estime oportuno⁽⁶⁹⁾.

(62) EBILE NSEFUM, *El delito de terrorismo*, op. cit., pp. 90-91; APARICIO DÍAZ, «Asociaciones ilícitas terroristas: La superación de los marcos tradicionales en la STS 19-01-07», *RECPC 11-3 (2009)*: «La acción terrorista busca, por encima de todo, afectar la manera en que se estructura y distribuye el poder en la sociedad democrática. Es decir: el terrorismo, para ser conceptualizado como tal, debe tener un claro matiz político. Matiz que lo convierte en un fenómeno especialmente despreciable en un Estado democrático. Por tanto, la esencia del terrorismo y, con él, la de las asociaciones ilícitas terroristas se centra en el binomio de política y violencia o, si se quiere expresar de otro modo, de la violencia política».

(63) CALDUCH CERVERA, «La incidencia de los atentados del 11 de septiembre en el terrorismo internacional», *Revista Española de Derecho Internacional* (en adelante, *REDI*) LIII/2, enero 2001, pp. 181-183.

(64) CALDUCH CERVERA, *REDI* LIII 1/2, op. cit., p. 184.

(65) EBILE NSEFUM, *El delito de terrorismo*, op. cit., pp. 129-131 y 136.

(66) EBILE NSEFUM, *El delito de terrorismo*, op. cit., p. 127-129.

(67) EBILE NSEFUM, *El delito de terrorismo*, op. cit., pp. 134-135; PIGNATELLI Y MECA, «El terrorismo como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», *Lucha contra el terrorismo*, op. cit., p. 229.

(68) CHOCLÁN MONTALVO, «Criminalidad organizada. Concepto de asociación ilícita. Problemas de autoría y participación», *Cuadernos de Derecho Judicial II-2001*, p. 239.

(69) VIGANÓ, «La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del Derecho Penal: La experiencia italiana», *El Derecho Penal frente a la inseguridad global*, op. cit., pp. 343-344.

En esta línea y descendiendo a nuestra legislación penal interna, el artículo 571 del Código Penal actualmente vigente, que inicia la rúbrica de los delitos de terrorismo, exige que su fin sea la subversión del orden constitucional o la grave alteración de la paz pública⁽⁷⁰⁾, encontrándose, a su vez, dicho precepto, en el Título XXII dedicado a los delitos contra el orden público. Por consiguiente, a la hora de definir el terrorismo y aislarlo de otros fenómenos violentos, es preciso clarificar los citados conceptos de índole marcadamente abierta, como son el «orden público», el «orden constitucional» o la «paz pública».

A este respecto, se puede establecer, en la cúspide, el *orden constitucional*, el cual debe ser entendido como el «estado de legalidad y de libertad de los derechos personales, sociales y políticos que se consagran en la Constitución de un Estado, que se fundamenta en un Estado democrático de Derecho, lo cual implica también la supeditación a la autoridad y poderes públicos»⁽⁷¹⁾, de manera que ese orden legalmente establecido constituye el presupuesto ineludible de los otros conceptos. En consecuencia, «la subversión del “orden constitucional” significa (así, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio) la destrucción violenta del Estado democrático y de sus instituciones, poniendo en cuestión los propios fundamentos de la convivencia democrática»⁽⁷²⁾.

Y dentro de ese orden diseñado por la Norma Fundamental es posible desgajar, por un lado, el *orden público*, de naturaleza material, por cuanto supone el ejercicio pacífico, libre, ordenado, responsable y consciente, de los derechos fundamentales y libertades públicas que consagra la Constitución, es decir, ese orden constitucional al que antes aludíamos⁽⁷³⁾, de manera que el orden público afectaría «a las exteriorizaciones colectivas de la vida de la comunidad social y depende del respeto a los órganos a través de los cuales se concreta la voluntad de la ley de un Estado de Derecho, así como de la paz de los lugares de uso público y al normal funcionamiento de los servicios públicos»⁽⁷⁴⁾. Y, por otra parte, se encontraría la *paz pública*, como elemento espiritual de ese orden legalmente establecido, y que podríamos definir como tranquilidad pública y seguridad colectiva⁽⁷⁵⁾, como expectativa de la población de no ser víctima de agresiones y, por tanto, de poder vivir con sosiego⁽⁷⁶⁾, de

(70) GARCÍA RIVAS, «La tipificación “Europea” del delito terrorista en la Decisión Marzo de 2002: Análisis y perspectivas», *El Derecho Penal ante la inseguridad global*, op. cit., p. 304: «La mayoría de los Códigos Penales europeos han orientado el elemento subjetivo (o, en la terminología de la Unión Europea, el “dolo terrorista”) en relación con grupos que operan en el interior del Estado. Así, los artículos 571 y 577 del Código Penal español se refieren a la intención de subvertir el orden democrático. Dicha motivación ideológica puede quedar fuera de la definición sin que por ello se pierda en el camino la esencia del atentado terrorista».

(71) LAMARCA PÉREZ, *Derecho Penal, Parte Especial (AAVV)*, Madrid 2004, p. 687, defiende un criterio amplio, considerando que entran dentro de tal concepto todas las actuaciones que utilicen la violencia para imponer un determinado programa político, con lo que estarían igualmente incluidos los grupos conservadores o contrarrevolucionarios que emplean la violencia frente a un cambio, aunque éste sea revolucionario.

(72) CHOCLÁN MONTALVO, *Cuadernos de Derecho Judicial II-2001*, op. cit., pp. 240-241.

(73) DÍAZ APARICIO, *RECPC 11-03 (2009)*, op. cit., p. 25.

(74) STS de 12 de diciembre de 1973.

(75) OCROSPOMA PELLA, «El bien jurídico como criterio modificador del delito de terrorismo», *Revista de Derecho vlex* (junio 2001), pp. 4 y 7.

(76) EBILE NSEFUM, *El delito de terrorismo*, op. cit., pp. 89-90; STS de 30 de enero de 1975; VIGANÓ, *El Derecho Penal frente a la inseguridad global*, op. cit., pp. 337-338, alude a la «libertad respecto al terror» como bien jurídico concreto, y cuyos titulares pueden ser individuos pertenecientes a poblaciones enteras o a un sector determinado.

donde claramente se deduce que la alteración del orden público sería el medio para atentar contra la paz pública, siendo obviamente ésta un concepto más amplio que aquél⁽⁷⁷⁾.

De acuerdo con lo expuesto, el bien jurídico que el terrorismo ataca sería el «orden político y constitucional», referido no sólo a la seguridad colectiva e interior del Estado sino, asimismo, al mantenimiento del estatus que protege un Estado Democrático de Derecho, siendo el orden público una parte integrante de dicho orden político y constitucional⁽⁷⁸⁾. No compartimos, empero, alguna opinión doctrinal según la cual la paz y el orden público no tienen el mismo significado en una sociedad democrática que en una autoritaria, al predominar en ésta el concepto de orden por encima de los derechos individuales⁽⁷⁹⁾, frente a lo cual estimo que el orden es el que establece el poder establecido en un territorio, con independencia de la legitimidad de su gobierno, de modo que cualquier acto que se lleve a cabo con la finalidad de subvertir el referido orden y cometido en las condiciones antes indicadas, merece la consideración de terrorista. Cuestión distinta será plantear la legitimidad de los actos de oposición contra regímenes impuestos de modo violento que suponen lesión de los derechos humanos: en tales casos, podría ser autorizada la oposición a tales situaciones, pero si ésta se articula a través de actos violentos susceptibles de crear un terror generalizado en la sociedad, éstos deberán asimismo calificarse de terroristas.

Conforme a lo indicado, el ataque a la paz pública presupone, necesariamente, el ataque al orden público, pero no a la inversa, de manera que es posible atentar contra el orden público sin que la paz pública resulte menoscabada. Así, una protesta estudiantil desarrollada en un recinto universitario, ciertamente altera el orden público pero no alcanza a generar un estado de preocupación general en la población y, por ello, no se produce afectación de la paz pública⁽⁸⁰⁾. Del mismo modo, los actos violentos que integran la denominada «kale borroka» en el País Vasco, consistente en la destrucción e incendio de cajeros automáticos, autobuses y otros elementos del mobiliario urbano, no afectarían a la paz pública, haciendo nuestros en este punto los acertados argumentos contenidos en el voto particular, que el Magistrado Joaquín Jiménez García, formuló a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2007, en el cual pone de relieve que el concepto de paz social que pretende socavar el terrorismo es el que viene definido en el artículo 10 de la Constitución Española, y no el más limitado y específico de la seguridad pública, por lo que «la actividad delictiva de kale borroka incide propiamente en el ámbito de la seguridad ciudadana, alterándola, incluso gravemente, pero los medios que emplea carecen de la idoneidad precisa para alterar gravemente la paz pública, como exige el artículo 571 del Código Penal».

(77) STS de 2 de febrero de 1973. Cfr. LAMARCA PÉREZ, *Derecho Penal*, op. cit., p. 687; PRATS CANUTS, *Comentarios al Nuevo Código Penal* (AAVV), 1996, p. 2225: «No siempre el orden y la paz pública coinciden, por cuanto que esta última, concepto mucho más amplio, implica la tranquilidad social o la normalidad ciudadana en la que las actividades inherentes en un país se desenvuelven, sin mayores estridencias que las que imponga, en sus también normales accidentes e incidentes, la vida cotidiana, de forma tal que no toda alteración del orden ha de abocar a la ruptura o quebrantamiento de la paz y la tranquilidad pública».

(78) OCROSPOMA PELLA, *Revista de Derecho vlex* (junio 2001), op. cit., p. 8.

(79) PRATS CANUTS, *Comentarios...*, op. cit., p. 2227.

(80) STS de 6 de abril de 1974.

En el caso concreto del terrorismo y como ya se ha indicado antes, la finalidad puede ser, ora subvertir el orden constitucional, ora alterar gravemente la paz pública, entendida esta última como la tranquilidad de la población de no ser objeto de ataques violentos, de manera que, tanto en un caso como en otro, el orden público resulta menoscabado. Por tanto, se puede afirmar que todos los delitos de terrorismo afectan a la paz y orden públicos, pero no al revés, es decir, no todos los delitos contra el orden público son delitos de terrorismo, pues para ello sería preciso que, además, tuvieran como finalidad tambalear los cimientos sobre los que se asienta el orden constitucional o legal, o bien poseer la aptitud suficiente para alterar la tranquilidad y sosiego de amplios sectores de la población.

En este punto quiero destacar que la calificación de terrorismo no queda circunscrita a aquellos supuestos en los que la alteración del orden constitucional o paz pública sean los fines directos perseguidos por los sujetos activos, sino que engloba también las actuaciones en las que, si bien la finalidad es de otra índole —reivindicaciones de tipo económico o laboral—, se utilizan medios que comprometen el orden constitucional o la paz pública, pues, como ya se ha indicado, lo que define propiamente el terrorismo no es tanto su móvil —que puede ser muy variado— como su forma de manifestarse, a través de actos que atemorizan a la población debilitando con ello las bases del orden y la paz⁽⁸¹⁾. Es por ello que, discrepando de las opiniones doctrinales expuestas al comienzo del epígrafe, considero que la actividad terrorista no se define por su móvil, que no necesariamente tiene que ser político, sino de cualquier otra índole, incluido el económico, por lo que cabe calificar como terrorista la delincuencia común organizada, como la mafia, la camorra o los cárteles, en las que toda la actividad viene impulsada por un móvil de tipo lucrativo, siempre y cuando utilice estrategias dirigidas a la atemorización de la sociedad⁽⁸²⁾.

Así definido, el delito de terrorismo, cuando tenga como objeto el ataque al orden constitucionalmente establecido, puede coincidir con el de rebelión, cuya finalidad es la misma. En este sentido, conviene destacar que existen precedentes legislativos en nuestro país en los que ambos fenómenos se trataban de modo unitario, tal y como hizo la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de Bandas Armadas y Elementos Terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, en cuyo artículo 1.1 extendía su ámbito de aplicación a las «personas integradas en bandas armadas o relacionadas con actividades terroristas o rebeldes, que proyecten, organicen o ejecuten los delitos que se especifican en el siguiente apartado», en el cual se incluye el delito de rebelión. En in-

(81) De otra opinión, PRATS CANUTS, *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 2226-2227.

(82) En sentido contrario, CALDUCH CERVERA, *REDI* enero 2001, *op. cit.*, p. 188, excluye la calificación del terrorismo cuando el móvil no es estrictamente político, y en la misma línea, GARCÍA SAN PEDRO, *Derecho Penal y Criminología*, *op. cit.*, pp. 1220-1221, y GILBERT, *Terrorismo...*, *op. cit.*, p. 44. En cambio y de acuerdo con el texto, como apunta con acierto CHOCLÁN MONTALVO, *Cuadernos de Derecho Judicial II-2001*, *op. cit.*, p. 234, «los grupos terroristas tienden a establecer relaciones con otras organizaciones criminales comunes, con la finalidad de extender su objeto a actividades que permitan su financiación. En este contexto, en América Latina comienza a hablarse de *narcoterrorismo*»; *vid.*, al respecto, VILLAMARÍN PULIDO, *Narcoterrorismo. La guerra del nuevo siglo*, Madrid 2005. En la misma línea, GARCÍA RIVAS, *El Derecho Penal frente a la inseguridad global*, *op. cit.*, p. 303, sostiene con relación al terrorismo de corte islamista, que no persiguiendo finalidades políticas alternativas sino infundir terror en la población, desde el punto de vista subjetivo el elemento común definidor del terrorismo debe ser la intención de atemorizar a la población, con independencia de los motivos que lo impulsen.

interpretación de dicho precepto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 199/1987, de 16 de diciembre, dictada en Pleno, corroboró ese tratamiento homogéneo entre ambas figuras delictivas destacando cómo en la discusión parlamentaria se constata «una equiparación explícita, en cuanto ataque al sistema democrático y a la sustitución de la forma de Gobierno y de Estado elegida libremente por los ciudadanos, entre terrorismo y rebelión». De esta forma, pues, terrorismo y rebelión serían plenamente coincidentes en el plano teleológico⁽⁸³⁾.

Algunos autores han pretendido ver las diferencias en que en el terrorismo, el objeto no es cambiar el programa constitucional sino imponer un orden o sistema social, económico, jurídico y político diferente⁽⁸⁴⁾, y por ello, *de lege ferenda* se ha propuesto incluir los delitos de terrorismo, rebelión y sedición, dentro del mismo título como conductas que atacan el bien jurídico «orden constitucional y orden político», de manera que la rebelión y sedición afectaría al orden constitucional y legal, mientras que el terrorismo iría contra el orden político, entendido como orden público en su sentido más amplio⁽⁸⁵⁾. Este criterio no resulta, empero, convincente, ya que no existe diferencia entre el orden político y el orden constitucional, pues en aquellos Estados en los que existe Norma Fundamental es ésta la que delinea ese orden político, de manera que es la Constitución la que establece las bases del orden social, económico, jurídico y político de un determinado Estado y, por tanto, quien busque establecer un orden totalmente distinto tendrá que cambiar el programa constitucional.

Es por ello que, en mi opinión, tanto el terrorismo como la rebelión pretenden alterar sustancialmente el orden establecido en un determinado Estado, y vista la finalidad común que persiguen ambos, la diferencia residiría en el modo de actuación, que en el caso del terrorismo sería a través de actuaciones dirigidas a crear un estado de terror y de inseguridad colectiva, mientras que en los supuestos de rebelión se lleva a cabo a través de un alzamiento «público». En este punto, es preciso llamar la atención acerca de que la estrategia terrorista descubre una gran debilidad en sus agentes los cuales carecen de capacidad suficiente para desafiar de forma abierta al poder constituido, debiendo por ello permanecer en la clandestinidad y manifestarse mediante actuaciones de gran impacto social y bien organizadas a fin de llamar la atención de la opinión pública⁽⁸⁶⁾; por el contrario, los rebeldes actúan de forma pública y abiertamente hostil hacia la forma de gobierno⁽⁸⁷⁾, por lo que en dicho aspecto estimo deberán establecerse los límites entre ambas figuras delictivas.

(83) TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, op. cit., pp. 62-63.

(84) OCROSPOMA PELLA, *Revista de Derecho vlex* (junio 2001), op. cit., p. 9.

(85) OCROSPOMA PELLA, *Revista de Derecho vlex* (2001), op. cit., pp. 10-11.

(86) CALDUCH CERVERA, *REDI enero 2001*, op. cit., pp. 183-184: «La estrategia terrorista es, por su propia naturaleza, una estrategia de la impotencia o del desistimiento. En efecto, la estrategia terrorista más que provocar ciertos cambios o imponer un determinado sistema político aspira a impedir una respuesta o movilización política de la sociedad, ya sea favorable o contraria al régimen imperante. Esta limitación de la estrategia terrorista se debe, principalmente, a la inferioridad de medios humanos, materiales, financieros y/o legales que las organizaciones terroristas poseen para realizar la escalada y generalización del conflicto armado que sostienen»; GILBERT, *Terrorismo...*, op. cit., p. 44.

(87) La Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1934 declaraba que el delito de rebelión «tiene como nota característica el alzamiento público y en abierta hostilidad al Gobierno constitucional».

A tenor de lo expuesto se puede ofrecer una definición de terrorismo, entendido como actuación violenta, llevada a cabo de modo planificado por un grupo organizado, impulsada por un móvil de tipo político, religioso, étnico, nacionalista, económico o de cualquier otra índole, siempre que se lleve a cabo a través de actuaciones susceptibles de alterar el orden legalmente establecido o generar un sentimiento generalizado de miedo e inseguridad⁽⁸⁸⁾. Partiendo de tal definición, la cuestión que corresponde tratar es si el terrorismo puede ser considerado un delito internacional, si bien es preciso, con carácter previo, determinar si el terrorismo puede manifestarse únicamente en tiempos de paz o, en cambio, también es posible en situación de conflicto armado.

3. Terrorismo y conflicto armado

Aspirando la estrategia terrorista a implantar una situación de terror en la sociedad⁽⁸⁹⁾ y teniendo en cuenta que los atentados del 11-S han tenido una respuesta de índole marcadamente militar, con la invasión de Afganistán e Irak por parte de Estados Unidos y sus aliados, surgen varias dudas que es preciso aclarar. En primer lugar, si las actividades terroristas pueden ser calificadas de actos de guerra con las consecuencias que de ello se derivan, esto es, la aplicación del *ius in bellum*. Y, por otra parte, si para que un acto pueda merecer la consideración de terrorista es preciso que éste se lleve a cabo en condiciones pacíficas y en una colectividad no beligerante o, en cambio, sería posible también hablar de terrorismo dentro de un conflicto armado.

En relación con la última cuestión planteada y a favor de la primera opción se ha alegado que la violencia empleada en la guerra contra la población civil es muy superior a la que puede provocar un grupo terrorista, por lo que en el transcurso de un conflicto armado, en el que la población está permanentemente sometida a niveles de violencia muy elevados, la incidencia que puede tener un atentado terrorista es francamente limitada⁽⁹⁰⁾.

Sin embargo, hay argumentos de cierta solidez que permiten discrepar de tal conclusión. Así, por una parte, se debe destacar que el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, suscrito en Nueva York el 9 de diciembre de 1999 y ratificado por España el 8 de enero de 2001, admite de forma expresa la posibilidad de que los actos terroristas se lleven a cabo en situaciones de conflicto armado, pues en su artículo 2.1.b) tipifica la financiación de cualquier acto «destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando el propósito de dicho acto, por su

(88) En el Informe del año 2004, elaborado a requerimiento del Secretario General de las Naciones Unidas, se definía el terrorismo como cualquier acto «destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a un no combatiente, cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo».

(89) GILBERT, *Terrorismo...*, op. cit., p. 56: «El terrorismo *aterroriza*. Sea cual fuere la justicia de la causa de los terroristas, sean cuales fueren sus métodos, se propongan o no provocar terror, la campaña terrorista de violencia *aterroriza*» (subrayados en el texto original); EBILE NSEFUM, *El delito de terrorismo*, pp. 122-123, destaca cómo la situación de terror puede afectar a la sociedad, pero también a un reducido grupo de personas con la finalidad de influir sobre su conducta.

(90) CALDUCH CERVERA, *REDI LIII 1/2*, op. cit., pp. 186-187.

naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo». Del mismo modo, hay que advertir que en el Derecho Internacional humanitario convencional se prohíben, de modo expreso, los actos terroristas en los conflictos armados, no estando contemplados dichos actos terroristas como crímenes de guerra⁽⁹¹⁾, de lo que necesariamente se deduce que dentro de una guerra sería posible individualizar actuaciones que tendrían como finalidad primordial infundir terror en la sociedad civil con independencia de que con ello se obtengan o no ventajas de tipo militar⁽⁹²⁾. En esta línea, el informe *Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos*, que fue elaborado a instancia del Secretario General de las Naciones Unidas, ponía de manifiesto que el terrorismo atenta contra valores y bienes de la sociedad internacional, entre ellos, las leyes y usos de la guerra, que protegen a la población civil en el transcurso de los conflictos armados, por lo que tal referencia explícita obligaría a admitir la posibilidad de que el terrorismo pueda tener lugar en situación de beligerancia, en cuyo caso serían de aplicación los principios y reglas del Derecho Internacional humanitario, aunque también se admiten las dificultades que se presentan a la hora de definir el acto terrorista en tales casos, al resultar excesivamente tenue la barrera que separa los actos terroristas y los actos de beligerancia que autoriza el Derecho de los conflictos armados⁽⁹³⁾.

Elementos propios del terrorismo que facilitarían su identificación dentro de la situación violenta que implica un conflicto armado serían, por un lado, la finalidad principal de aterrorizar⁽⁹⁴⁾ y, por otro, el sujeto pasivo, que sería la población civil⁽⁹⁵⁾, así como también el uso de ciertos métodos como la perfidia, por lo que la comisión de actos terroristas en situación de conflicto armado contrarios a las reglas del Derecho Internacional Humanitario pudieran constituir crímenes de guerra⁽⁹⁶⁾ o de lesa humanidad⁽⁹⁷⁾. En consecuencia, aun cuando guerra y terrorismo pueden diferenciarse en función de sus fines, sin embargo, no se trata de conceptos estancos e independientes, de manera que es perfectamente admisible que el Derecho de los conflictos armados contemple el terrorismo como método ilícito de guerra⁽⁹⁸⁾. Por otra parte, se sostiene la posibilidad de calificar también como actos de

(91) PIGNATELLI Y MECA, «El terrorismo...», *op. cit.*, pp. 215-217.

(92) PIGNATELLI Y MECA, «El terrorismo...», *op. cit.*, p. 217. *Vid.* artículo 611 del Código Penal, en el que se tipifican ataques en tiempo de guerra perpetrados con la finalidad de atemorizar.

(93) PÉREZ GONZÁLEZ, «Terrorismo y conflictos armados. La prohibición de los actos terroristas por el Derecho Internacional Humanitario», *Lucha contra el terrorismo*, *op. cit.*, p. 84.

(94) CORRALES ELIZONDO, «La ocupación bélica», *Lucha contra el terrorismo*, *op. cit.*, p. 125: «Esta dificultad conceptual y legal del término “terrorismo”, hace que se haya considerado conveniente (...) la preferencia por utilizar jurídicamente la expresión “acto terrorista” o “acto de terror”, que implica el empleo de “violencia indiscriminada para aterrorizar a la población civil”, que están prohibidas en todas sus formas por el DIH y sus autores o grupos organizados que los practican y ejecutan deben ser perseguidos por todos los Estados Partes».

(95) El artículo 51 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 8 de junio de 1977, en su apartado 2.º prohíbe «los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil», con lo cual dicho elemento intencional singulariza el acto terrorista y lo distingue y hace compatible con la violencia propia de una guerra, en la cual la población se encuentra, generalmente, aterrorizada, *Vid.* PÉREZ GONZÁLEZ, «Terrorismo y conflictos armados», *op. cit.*, p. 92; VIGANÓ, *El Derecho Penal frente a la inseguridad global*, *op. cit.*, pp. 335-336.

(96) Así viene tipificado en el artículo 611.1.º del Código Penal.

(97) PÉREZ GONZÁLEZ, «Terrorismo y conflictos armados», *op. cit.*, pp. 84-85.

(98) PÉREZ GONZÁLEZ, «Terrorismo y conflictos armados», *op. cit.*, p. 87.

terrorismo los perpetrados en el transcurso de conflictos armados contra los combatientes, en concreto, el empleo de armas o métodos causantes de sufrimientos innecesarios, los ataques a traición o contra el enemigo que se encuentre fuera de combate, así como la inobservancia de las obligaciones de respeto y protección de los combatientes heridos o enfermos, siempre que todo ello se haga con la intención de aterrorizar⁽⁹⁹⁾.

Ahora bien, dicho lo anterior, es preciso tener en cuenta que el conflicto armado presupone, de modo necesario, una cierta intensidad en la violencia y la existencia de partes en conflicto que resulten perfectamente identificables para así poder establecer los derechos y obligaciones que se derivan del *ius in belli*, por lo que la violencia surgida entre los Estados y grupos terroristas no puede equipararse a una situación de conflicto armado⁽¹⁰⁰⁾, si bien, como contrapartida, en caso de que con motivo de la lucha contra el terrorismo se plantee un conflicto armado, entonces los actos terroristas que se cometan en el transcurso de éste serían sancionados conforme a las prescripciones del Derecho Internacional Humanitario⁽¹⁰¹⁾.

Enlazamos así con la otra cuestión planteada, es decir, si cabe considerar a los atentados terroristas como actos de guerra, con la consecuencia de sustraer éstos al control de los órganos jurisdiccionales para trasladarlos al terreno militar. Ya hemos visto antes que los atentados del 11-S han recibido una respuesta militar, adoptándose frente a ellos las medidas propias de un conflicto armado pero, al mismo tiempo, quienes resultaron detenidos tras la invasión de Afganistán no recibieron el trato de prisioneros de guerra, con las garantías que ello conlleva, sino como terroristas⁽¹⁰²⁾. Este proceder ha sido criticado por la doctrina, en el sentido de que los atentados del 11-S deben ser calificados como delitos o crímenes, puesto que se trató de acciones violentas e indiscriminadas contra la población civil con la finalidad de atemorizarla, y, no proviniendo los ataques de un Estado concreto, no estaba justificada la actuación armada sobre la base de la legítima defensa, con lo cual en la actuación de Estados Unidos y sus aliados parece vislumbrarse una cierta confusión entre el Derecho Penal y la guerra, pretendiendo alcanzar a través de ésta los mismos fines a los que aspira aquél. Así, desde la perspectiva de la prevención general positiva, la invasión de Afganistán e Irak serían actos ejemplarizantes reveladores del poder impuesto por el invasor —EEUU— y, desde la prevención especial, se perseguiría la aniquilación de la sociedad que forman los referidos países, todo lo cual trae como consecuencia que el conflicto surgido se canalizaría a través de vías no convencionales, consistentes en combates en los que no existe un enfrentamiento entre Estados determinados, resultando la población civil damnificada, produciéndose así una desregulación del Estado de Derecho y del Derecho Internacional⁽¹⁰³⁾. La consecuencia de todo ello es un Derecho Penal bélico, en tanto en cuanto la lucha contra el crimen se articula a través de la guerra contra pueblos considerados como enemigos⁽¹⁰⁴⁾.

(99) PÉREZ GONZÁLEZ, «Terrorismo y conflictos armados», *op. cit.*, pp. 93-94.

(100) PÉREZ GONZÁLEZ, «Terrorismo y conflictos armados», *op. cit.*, pp. 87-88; CORRALES ELIZONDO, «La ocupación bélica», *op. cit.*, p. 126.

(101) PÉREZ GONZÁLEZ, «Terrorismo y conflictos armados», *op. cit.*, p. 90.

(102) PÉREZ CEPEDA, *El Derecho Penal frente a la inseguridad global*, *op. cit.*, p. 98.

(103) PÉREZ CEPEDA, *El Derecho Penal frente a la inseguridad global*, *op. cit.*, pp. 98-99.

(104) PÉREZ CEPEDA, *El Derecho Penal frente a la inseguridad global*, *op. cit.*, p. 100.

Esta confusión entre Derecho Penal y guerra conlleva otros inconvenientes en modo alguno desdeñables, como son el tratamiento que deben merecer quienes actúan de modo violento frente a la invasión de otros países, siendo el ejemplo más evidente de ello los numerosos grupos de insurgentes que actúan frente a las fuerzas de coalición que invadieron Irak en marzo de 2003. En este sentido, un Juzgado de Milán dejó en libertad a dos individuos integrantes de una célula islámica que reclutaban a personas que, posteriormente, iban como combatientes contra las fuerzas aliadas que invadieron el referido país, sobre la base de considerar que la actuación de tales combatientes no se podía considerar como acto terrorista sino como acto de legítima guerrilla contra una invasión extranjera⁽¹⁰⁵⁾.

También en nuestros tribunales se ha cuestionado la calificación que deben merecer las conductas consistentes en el adoctrinamiento y reclutamiento de personas, con la finalidad de combatir en Irak frente a las fuerzas invasoras. La Sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 2.ª) de 30 de abril de 2009, condenó por asociación ilícita del artículo 515.2.º del Código Penal a un grupo de personas que realizaban conductas de adoctrinamiento y apoyo para unirse con posterioridad a la insurgencia iraquí. Como fundamento de la condena, el citado Tribunal declaró que «los referidos acusados no limitaban su conducta a realizar o mantener actos, meditaciones, conversaciones o etc. (*sic*), puramente internas, que quedarán confinadas al ámbito estricto de ellos mismos y de su modo de pensar, ideología o puro debate de ideas, sino que tenían una posición activa de traslado a la realidad de éstas, implicando ello, entre otras manifestaciones, además de expresiones externas de un pensamiento extremo en determinados temas, en concreto, en relación con la guerra de Irak y lo que entendían constituía un ataque contra el Islam y los enemigos del Islam, llamando a otros a la lucha activa, sin reparar en los medios a utilizar. Este posicionamiento les llevó a dar apoyo, no sólo moral, sino de todo tipo que estuvo a su alcance, a las acciones armadas realizadas por integrantes de la insurgencia radical islámica, no sólo en Irak, sino también fuera de allí. También, a tratar de convencer a otras personas para unirse a la insurgencia como soldados jihadistas o muyahidines dispuestos a luchar hasta la muerte en defensa del Islam y de los musulmanes. De la misma manera, una vez captados, a darles el apoyo necesario introduciéndolos en los canales internacionales que les permitiera llegar hasta la zona de conflicto para unirse a la insurgencia iraquí, pero, especialmente, en lo que aquí nos interesa, a dar apoyo de todo tipo, propiciar y ayudar a su salida de España, para llegar a Irak para los indicados fines». Como puede verse, en la mencionada sentencia no parece resultar problemática la calificación como banda armada o terrorista la conducta de apoyo en España a futuros combatientes en un conflicto armado externo, aun cuando no haya quedado acreditado que se van a cometer acciones terroristas.

Es por ello que más interesante resulta el voto particular que a dicha resolución formuló el Magistrado José Ricardo de Prada Solaesa, que, aun siendo concurrente y no discrepante, pone de relieve los problemas que plantea la calificación jurídica de las conductas como las que constituyeron objeto de enjuiciamiento. En el referido voto concurrente, se destacan las dudas que pueden surgir a la hora de calificar como banda armada, a los efectos del artículo 515.2 del Código Penal, a las «meras tramas o redes informales de personas que, sin verdaderos vínculos reales ni estables entre ellos ni ninguna clase de estructura

(105) VIGANÓ, *El Derecho Penal frente a la inseguridad global*, op. cit., p. 333.

orgánica u organizativa, ni tampoco jerarquía, y simplemente con objetivos comunes pre-establecidos, pero sin otros elementos reales de adhesión, sin embargo, consiguen formar un efectivo entrelazado o entramado de relaciones, basado en muchos casos en el mero conocimiento referencial». Sobre la base de tal argumento, se cuestiona la consideración como terrorista la mera adhesión a la insurgencia radical islámica en Irak, cuando no ha quedado acreditado que dicha adhesión se proyecta sobre un grupo que va a llevar a cabo actividades terroristas, no resultando «admisible desde el punto de vista del estricto análisis jurídico, la equiparación sin más, a modo de principio general o de presunción *iuris tantum*, de combatiente jihadista o muyahidin, en terrorista, a modo de etiqueta, que exima inmediatamente al aplicador del Derecho de cualquier valoración o análisis al respecto». En apoyo de tal aseveración, el Magistrado ejemplifica con el conflicto de los Balcanes, en el que combatientes jihadistas lucharon activamente en defensa de la población musulmana que estaba sufriendo actos después calificados como genocidas, sin que en ningún caso tales actuaciones fuesen calificadas como terroristas, mereciendo, por el contrario, amplio reconocimiento a nivel internacional.

Concluye su razonamiento el citado Magistrado, afirmando que, siendo evidente la existencia de un conflicto armado en Irak, su principal consecuencia es «la vigencia del Derecho Internacional Humanitario (DIH), bloque normativo de carácter internacional que regula los actos de guerra y, específicamente, en lo que aquí nos interesa, los crímenes de guerra referidos a aquellos actos o hechos que infringen más gravemente las normas relativas del derecho de la guerra».

A la vista de lo precedentemente expuesto, se evidencian las dificultades que reviste la calificación jurídico-penal de las conductas de apoyo y reclutamiento de futuros combatientes en conflictos armados, pues ya se ha visto la confusión que se produce entre acto terrorista y acto de oposición a una invasión extranjera. En mi opinión, para poder subsumir tales conductas bajo el artículo 515 del Código Penal, sería necesaria la acreditación de que los futuros combatientes van a cometer actos de terrorismo en el extranjero, sin que pueda presumirse dicha circunstancia so pena de vulnerar claramente el derecho a la presunción de inocencia con la consecuente derivación hacia un Derecho Penal de autor⁽¹⁰⁶⁾.

4. El terrorismo como delito internacional

Tras el excurso dedicado a las relaciones entre terrorismo y conflicto armado, y habiendo quedado sentadas las bases que permiten, al menos de forma aproximada, establecer una definición de terrorismo, es el momento de determinar si éste puede ser considerado un delito internacional. Por un sector de la doctrina, se ha considerado que el terrorismo no es, materialmente, un delito internacional, puesto que no atentaría contra las relaciones in-

(106) VIGANÓ, *El Derecho Penal frente a la inseguridad global*, op. cit., p. 334, destaca que en una sentencia de septiembre de 2005, un Tribunal de Milán absolvió a un grupo de personas por el delito previsto en el artículo 270 del Código Penal italiano, en el que se tipifican las asociaciones con fines subversivos, toda vez que la acusación no logró acreditar que los enviados por los imputados a campos de adiestramiento, habrían sido posteriormente utilizados para atentar contra civiles, contra sujetos no directamente participantes en el conflicto armado surgido tras la invasión de Irak, no pudiéndose calificar como acto de terrorismo la mera oposición a la invasión militar.

ternacionales como tales, si bien se recoge en los textos internacionales en razón de que el modo más eficaz de perseguir y atajar este fenómeno es a través de la coordinación internacional, por lo que el terrorismo únicamente sería delito internacional desde una concepción formal⁽¹⁰⁷⁾ y, por ello, pertenecería a una categoría de delitos con trascendencia internacional pero no propiamente internacionales, también denominados «delitos de elaboración internacional por vía contractual» o «delitos comunes de interés internacional»⁽¹⁰⁸⁾.

Esta perspectiva podría encontrar sustento en el artículo 5 del Estatuto de Roma, en el que se establece el catálogo de delitos cuyo conocimiento es competencia de la Corte y entre los que no se encuentra el terrorismo⁽¹⁰⁹⁾, aunque se ha apuntado en este sentido que el citado catálogo no impide calificar, como delitos internacionales, otras conductas que tradicionalmente han sido consideradas como tales, y ello con base en los artículos 10 y 22.3 del Estatuto, a tenor de los cuales nada de lo allí establecido obstará a la tipificación de una conducta como crimen de Derecho internacional, independientemente del Estatuto⁽¹¹⁰⁾, por lo que el catálogo cerrado que en él se establece se refiere a los delitos internacionales de mayor gravedad, pero sin excluir otros⁽¹¹¹⁾. En este sentido y por lo que se refiere concretamente al terrorismo, sobre la base de las propuestas efectuadas por Argelia, India, Sri Lanka y Turquía, se incluyó como parte del Acta Final la Resolución E, en la cual se prevé el examen del terrorismo internacional para su posible inclusión en el Estatuto de Roma⁽¹¹²⁾.

Desde autorizados sectores doctrinales se mantiene que el terrorismo se considerará de carácter internacional cuando, por las circunstancias que fueren, supera las fronteras de un Estado, abarcando por ello tanto las actuaciones terroristas dirigidas contra el orden internacional como también los aspectos transnacionales de los actos y actividades terroristas cuyo origen y objetivo se localizan en el interior de un solo Estado⁽¹¹³⁾. Se sostiene, al respecto, que el terrorismo viene siendo objeto de atención por parte del Derecho Internacional desde hace mucho tiempo, y que tanto el Derecho Internacional Convencional y Consuetudinario como las Declaraciones de los distintos órganos de las Naciones Unidas, han venido a reconocer que el terrorismo es un crimen internacional que, al atentar contra el orden constitucional de un Estado, atenta al mismo tiempo contra la Comunidad Internacional al poner en peligro la paz y seguridad nacional y, por ello, las actividades terroristas, aunque se lleven a cabo dentro de un solo Estado, al formar éste parte de la Comunidad Internacional también ésta resulta afectada, opinión que ha venido corroborada por recientes decisiones jurisprudenciales (casos Pinochet y Scilingo), y por tal razón se ha propuesto,

(107) MEDINA ORTEGA, *ADPCP 1964, op. cit.*, pp. 44-45; BUENO ARÚS y DE MIGUEL ZARAGOZA, *Manual...*, *op. cit.*, pp. 86-87.

(108) BASSIOUNI, *ADPCP 1982, op. cit.*, p. 25; RUEDA FERNÁNDEZ, *Delitos...*, *op. cit.*, pp. 32-33.

(109) PIGNATELLI Y MECA, «El terrorismo...», *op. cit.*, p. 226.

(110) CEREZO MIR, *Curso I, op. cit.*, p. 270, nota 11.

(111) GIL GIL, *Derecho Penal Internacional, op. cit.*, p. 64.

(112) *Vid.* ALCAIDE FERNÁNDEZ, *Las actividades terroristas, op. cit.*, p. 199.

(113) ALCAIDE FERNÁNDEZ, *Las actividades terroristas, op. cit.*, p. 53; CALDUCH CERVERA, *REDI enero 2001, op. cit.*, p. 189, define el terrorismo internacional como «aquella forma de terrorismo que de un modo directo se desarrolla en o afecta a diversos países, sus ciudadanos y/o territorios o a los representantes de organizaciones intergubernamentales».

de lege ferenda, incluir los delitos de terrorismo bajo la rúbrica de los delitos contra la Comunidad Internacional⁽¹¹⁴⁾.

Esta concepción amplia del terrorismo como delito internacional ha sido matizada por otro sector de la doctrina, el cual viene a distinguir entre un terrorismo *transnacional* y un terrorismo *internacional*. El primero sería aquel que desborda las fronteras de un país, porque quienes lo ejecutan establecen estructuras organizativas o desarrollan sus actividades en varios países, de manera que los actos de violencia afectan a más de un Estado o a personas de varias nacionalidades, siendo muy frecuente en el momento actual que los terroristas impliquen a más de un país para la ejecución de sus actuaciones violentas y que existan vinculaciones entre distintos grupos terroristas⁽¹¹⁵⁾. Distintamente, el terrorismo internacional integraría aquellas actuaciones violentas dirigidas a afectar a la estructura y distribución del poder en amplias regiones del mundo, siempre que los actores se encuentren organizados de manera tal que estén en condiciones de extender sus actividades por un gran número de países o áreas geopolíticas⁽¹¹⁶⁾. Así, por ejemplo, los numerosos atentados perpetrados con motivo del conflicto árabe-israelí, aun cuando se llevan a cabo de forma supraestatal e incluso apoyados por las autoridades de terceros países, al ser su objetivo de corte estrictamente nacionalista o estatalista, no constituirían propiamente terrorismo internacional⁽¹¹⁷⁾. Del mismo modo, las vinculaciones entre las FARC colombianas y ETA, aunque se desarrollan en un ámbito claramente internacional, sin embargo tienen como objeto la ayuda mutua para la desestabilización del orden constitucional de Colombia y España, sin que ello comprometa a la Comunidad Internacional ni altere la paz pública a escala mundial.

De acuerdo con lo expuesto, el paradigma más indiscutible —si no el único— del actual terrorismo internacional lo constituye la actuación de grupos inspirados en el credo islámico, los cuales, basados en una interpretación estricta del Corán y sus Hadices, se caracterizan por un odio radical a los considerados como infieles y a la guerra santa o yihad como el método adecuado para combatirlos, aunque dentro de esta corriente de inspiración religiosa no todos los grupos llevan a cabo actuaciones que puedan considerarse constitutivas de terrorismo internacional. Así, por ejemplo, el grupo terrorista Hamás, de ideología claramente islámica, dirige su actividad a combatir la presencia judía en territorio palestino, por lo que sus objetivos son mucho menos ambiciosos que los de Al Qaeda, cuyos integrantes pretenden la restauración de un reino musulmán sobre amplias zonas del planeta⁽¹¹⁸⁾, por lo que en relación con dicho grupo palestino no podría hablarse, propiamente, de terrorismo internacional.

En mi opinión, es esta última concepción la que me parece más acertada, en el sentido de que el terrorismo deberá ser calificado como internacional, únicamente cuando las

(114) GARCÍA SÁNCHEZ, *La respuesta del Derecho Penal*, op. cit., pp. 62-63.

(115) REINARES, «Dimensiones del terrorismo internacional», en *Lucha contra el terrorismo*, op. cit., pp. 42-43; Auto de 24 de febrero de 2010 del Juzgado Central de Instrucción núm. 6, sobre las relaciones entre las FARC y ETA.

(116) REINARES, *Dimensiones...*, op. cit., p. 43.

(117) REINARES, *Dimensiones...*, op. cit., p. 44.

(118) REINARES, *Dimensiones...*, op. cit., pp. 47-48.

actuaciones violentas a través de las que se manifiesta tengan como finalidad alterar la distribución y estructura del poder en amplios sectores del mundo y a escala global, y ello en tanto los sujetos activos hayan extendido sus actividades por numerosos países o áreas geopolíticas. En cambio, cuando las actividades terroristas se encaminen al logro de objetivos nacionales, entonces no podrá hablarse de un delito internacional, por lo que mientras todo terrorismo internacional es, por necesidad, transnacional, no sucede al contrario⁽¹¹⁹⁾. Se puede, por ello, definir un terrorismo interno —aun cuando pueda encontrarse ampliamente transnacionalizado—, como aquel que tiene como objetivo prioritario la subversión del orden constitucional de un Estado o la alteración de la paz pública en su población y, de otro lado, un terrorismo internacional, cuya finalidad sería atentar contra el orden mundial impuesto por la legalidad internacional, con la pretensión de desestabilizar éste en amplias zonas del mundo, afectando así a la paz pública mundial.

Dicho esto, la cuestión problemática que se presenta, ya apuntada, es la falta de referencia expresa al terrorismo dentro del Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998. Al respecto, estimo que tal omisión no impide su consideración como delito internacional, ya que la propia normativa establece la posibilidad de incluir hechos no previstos expresamente en ella. Además, por un sector se ha considerado que el terrorismo podría ser englobado dentro de la categoría de «crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad», y de hecho así venía contemplado en el Proyecto de Código de la Comisión de Derecho Internacional de 1991, y aun cuando finalmente quedó excluido en la redacción definitiva del Proyecto de 1996, de todas formas las acciones terroristas serían crímenes contra la humanidad o de «lesa humanidad»⁽¹²⁰⁾, éstos sí expresamente previstos en el Estatuto de Roma.

Tales delitos de «lesa humanidad» se caracterizan por que su ejecución se produce en un determinado contexto colectivo, convirtiendo así la conducta delictiva en un asunto internacional, a través de ataques generalizados y sistemáticos contra la población civil, entendiéndose por ataque generalizado el que implica un gran número de víctimas, y sistemático el que responde a la planificación de un Estado u organización⁽¹²¹⁾, por lo que la realización de un solo hecho con una única víctima, dentro de tal contexto, sería ya suficiente para considerarlo como un delito de «lesa humanidad»⁽¹²²⁾. El término «generalizado» que debe tener

(119) REINARES, *Dimensiones...*, *op. cit.*, p. 49.

(120) REMIRO BROTONS, *Cuadernos de Derecho Judicial 7/2001*, *op. cit.*, pp. 109-110, citando a su vez el Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de 10 de diciembre de 1998, por el que se acordaba el procesamiento del general, ya fallecido, Augusto Pinochet, y que establecía: «El hecho de que el terrorismo se incluya por la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 23.4 como delito susceptible de persecución universal ha de entenderse referido no tanto al terrorismo, sea nacional o internacional, que se produzca en España, porque tal aspecto ya está cubierto por la legislación interna, sino más bien a aquellos supuestos por los que España como miembro de la Comunidad Internacional tiene interés en perseguir». Conforme a ello, sigue diciendo que cuando el terrorismo «se utiliza como un método de represión político-ideológica y se desarrolla desde las estructuras del Estado o desde el mismo Estado a través de sus representantes, es manifestación de un crimen contra la humanidad cuya persecución responde a un interés común»; CANO PAÑOS, *RECPC 09-rl 2007*, *op. cit.*, p. 23. En relación con los delitos de toma de rehenes como crímenes de lesa humanidad y de guerra, ABAD CASTELOS, *La toma de rehenes*, *op. cit.*, pp. 175 y ss.

(121) CANO PAÑOS, *RECPC 09-rl 2007*, *op. cit.*, p. 21.

(122) GARCÍA SÁNCHEZ, *La respuesta del Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 52-53; GÓMEZ BENÍTEZ, «Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación

el ataque resultaría redundante, puesto que el sujeto pasivo es necesariamente la población civil, por lo que en virtud de la definición plural que de ella se ofrece en el artículo 4.1 del Convenio IV de Ginebra de 12 de agosto de 1949, resulta evidente el carácter masivo que deberá tener cualquiera de los actos que contiene el artículo 7.1 del Estatuto de Roma⁽¹²³⁾. Y en cuanto al carácter sistemático, éste supone que el ataque se ejecuta conforme a un plan, constituyendo así un eslabón de la cadena de conducta vinculada a un sistema, aunque el hecho concreto haya afectado a una sola persona⁽¹²⁴⁾. Conforme a ello, los términos «generalizado» y «sistemático» no serían acumulativos sino alternativos, teniendo cada uno sustantividad propia para calificar el hecho como crimen contra la humanidad⁽¹²⁵⁾.

Por las propias características expuestas del crimen de lesa humanidad, parece forzoso concluir que su comisión precisa el establecimiento de una organización, que dirige sus ataques contra determinados grupos de personas creando así en éstos una situación de terror, distinto del acto de terror o de terrorismo propiamente dicho⁽¹²⁶⁾, si bien es preciso tener presente que lo que realmente definiría los citados crímenes es el contexto en el que se perpetran, es decir, una línea de conducta de ataque contra la población civil, con independencia de que tales ataques provengan del Estado o de organizaciones, públicas o privadas⁽¹²⁷⁾.

Partiendo de tales presupuestos, no parece difícil concluir que el terrorismo internacional de corte islamista, antes definido, participa de los mencionados caracteres, toda vez que se lleva a cabo a través de ataques sistemáticos y generalizados contra la población civil, y ello frecuentemente a través de las modalidades de ejecución previstas en el artículo 7 del Estatuto de Roma⁽¹²⁸⁾, razón por la cual ciertamente se puede afirmar que el terrorismo internacional debe ser calificado como un crimen contra la humanidad, siempre, insistimos,

de estos crímenes en el Derecho Penal Español», *El Derecho Penal Internacional, Cuadernos de Derecho Judicial VII-2001*, p. 27: «El acto constitutivo de crimen contra la humanidad puede ser único —un asesinato, un exterminio, una deportación o traslado forzoso de población, una tortura, una desaparición forzada, una violación, un embarazo o esterilización forzadas, etc.—, pero ese acto debe formar parte de una línea de conducta que implique su reiteración, bien sistemática o bien generalizada. En sentido estricto se trata, pues, de actos que se integran en una línea contra un sector de la población y no contra una persona individual como tal».

(123) PIGNATELLI Y MECA, «El terrorismo...», *op. cit.*, p. 210.

(124) PIGNATELLI Y MECA, «El terrorismo...», *op. cit.*, pp. 211-212.

(125) GÓMEZ BENÍTEZ, *Cuadernos de Derecho Judicial VII-2001, op. cit.*, p. 28.

(126) PIGNATELLI Y MECA, «El terrorismo...», *op. cit.*, p. 214.

(127) GÓMEZ BENÍTEZ, *Cuadernos de Derecho Judicial VII-2001, op. cit.*, p. 21.

(128) Artículo 7.1: «A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definidos en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de “apartheid”; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causan intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física».

que las actuaciones violentas constituyan alguno de los supuestos previstos en el referido precepto⁽¹²⁹⁾.

En tales casos, el terrorismo es un delito de «lesa humanidad» por cuanto se ataca la paz pública y la seguridad mundial⁽¹³⁰⁾, de manera que, con arreglo a ello, deberán ser calificados como actos de terrorismo internacional y, con ello, susceptibles de ser encuadrados entre los delitos de lesa humanidad, los atentados del 11-S en Nueva York y Washington, los del 11-M en Madrid y los del 7-J en Londres, porque a través de ellos se pretende atacar a un sector de la población (la occidental), para instaurar un imperio islámico⁽¹³¹⁾. En cambio, cuando los actos terroristas empleen en sus ataques medios que únicamente afecten el orden legal de un Estado o a la paz de sus ciudadanos, entonces éstos no podrán considerarse constitutivos de un terrorismo internacional, y su enjuiciamiento no podrá someterse a la Corte Penal Internacional.

IV. REFLEXIÓN FINAL

Recapitulando a modo de epílogo los razonamientos precedentemente expuestos, estimo que las dificultades que vienen impidiendo una definición general y consensuada del terrorismo podrían quedar en gran parte atenuadas si la caracterización de tal fenómeno delictivo se efectúa a partir de un elemento sobre el que no existe controversia, como es la finalidad de aterrorizar, de crear una situación de inseguridad en la población por la posibilidad de ser objeto de un atentado terrorista. De esta forma, los fines del atentado (políticos, ideológicos, territoriales, económicos) pasan a un segundo plano, pues lo relevante son los medios que utilice el sujeto activo para su reivindicación: si tales métodos causan inseguridad generalizada, serán terroristas, aunque las peticiones sean legítimas. Asimismo y con arreglo a tal definición, resulta irrelevante que los ataques se dirijan contra gobiernos democráticos o totalitarios, pues lo importante es el modo en que se desarrolle la disidencia: ésta deberá ser calificada de terrorista si se manifiesta a través de actos con finalidad de atemorizar, y no si se lleva a cabo de forma abierta contra el poder establecido.

En otro orden de cosas, sólo pueden ser conceptuados como actos de terrorismo internacional aquellos en los que se compromete la seguridad mundial, siendo susceptibles de ser calificados como delitos de lesa humanidad si se ejecutan a través de las vías previstas

(129) GARCÍA SÁNCHEZ, *La respuesta del Derecho Penal*, op. cit., pp. 60-61; GARCÍA SAN PEDRO, *Derecho Penal y Criminología*, op. cit., p. 1227; PIGNATELLI Y MECA, *El terrorismo...*, op. cit., p. 231.

(130) GARCÍA SÁNCHEZ, *La respuesta del Derecho Penal*, op. cit., pp. 64-65.

(131) CALDUCH CERVERA, *REDI enero 2001*, op. cit., p. 196, considera que los citados hechos constituyen actos de terrorismo internacional. En esta línea, la STS de 17 de julio de 2008, referida a los atentados del 11-M, mantuvo que los citados ataques eran de naturaleza terrorista, razonándolo como sigue: «Aunque muchos de los pronunciamientos jurisprudenciales se refieren al terrorismo de ETA o de otras organizaciones terroristas similares, su sentido puede ser aplicado a otras formas de terrorismo que actúan sin límites territoriales, como sucede con el de raíz islamista radical o yihadista, siempre caracterizado por el empleo de la violencia contra la visión occidental del mundo, aunque se pueda manifestar con distintas variaciones o matices que no alteran su naturaleza terrorista». De otra opinión, GARCÍA SÁNCHEZ, *La respuesta del Derecho Penal*, op. cit., p. 67, estima que tales hechos no cabe calificarlos como terroristas, argumentando que si bien en ellos subyace una finalidad política, sin embargo su objetivo prioritario no es la subversión del orden constitucional.

en el Estatuto de Roma. En cambio, los actos de terrorismo con objetivos nacionales, aun cuando tengan proyección internacional no son propiamente delitos internacionales, porque los bienes jurídicos que atacan no afectan a la Comunidad Internacional.

Esta diferenciación no debe, sin embargo, impedir que los distintos países y organizaciones internacionales continúen aunando esfuerzos en la lucha contra cualquier clase de terrorismo, pues tanto si éste se califica de nacional como de internacional, en ambos casos se están atacando las bases de una convivencia pacífica y la seguridad de la población que, en definitiva, son los presupuestos sobre los que se asienta la civilización.

Revista de

Derecho Penal

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

LA REPARACIÓN DEL DAÑO COMO CIRCUNSTANCIA MODIFICATIVA DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

JERÓNIMO GARCÍA SAN MARTÍN

Magistrado-Juez sustituto del Juzgado de lo Penal n.º 2 de Arrecife

Profesor Tutor de Derecho Penal (UNED)

Doctor en Derecho

La reparación del daño, como manifestación y exigencia de una política criminal tendente a la protección de la víctima, encuentra incidencia en diversos ámbitos del derecho penal y penitenciario, por ejemplo, como presupuesto de la suspensión⁽¹⁾ de la ejecución y sustitución⁽²⁾ de las penas, como elemento de significativa valoración en la concesión de la gracia de indulto particular, como requisito para la libertad condicional⁽³⁾ y el acceso al tercer grado penitenciario⁽⁴⁾, para la cancelación de los antecedentes penales⁽⁵⁾ o como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, entre otros.

(1) Artículo 81 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal: Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes: 3.ª) Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas.

(2) Artículo 88.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal: «Los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a sus ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo».

(3) Artículo 90.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal: «Se establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las circunstancias siguientes: c) Que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. No se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria».

(4) Artículo 72.5 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: «Cinco. La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición».

(5) Artículo 136 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal: «1. Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener del Ministerio de Jus-

Se constituye este último aspecto en el objeto del presente estudio, extendido al análisis de la reparación del daño ocasionado por el autor del delito como causa o circunstancia susceptible de modificar su responsabilidad criminal, y todo ello en el marco de un actual contexto doctrinal y jurisprudencial.

Causa o circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal que opera con posterioridad a la consumación delictiva, exigiendo su propia naturaleza la previa y consecuente causación de un daño por el delito, y fundamentando su estimación la reparación o disminución de sus efectos.

La reparación del daño como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal encuentra previsión expresa en el artículo 21.5.^a del Código Penal, así, son circunstancias atenuantes: la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral.

El concepto de «víctima», siguiendo la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985, se corresponde con «las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo substancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder», o, según el artículo 1.a) de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, con «la persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro».

Esta posición de la víctima en el sistema penal ha sufrido, a lo largo de su evolución histórica, cualificadas fluctuaciones, así desde la total disposición y participación en el castigo de su ofensor mediante la venganza privada en épocas primitivas, el control por los poderes públicos de la adecuación y proporcionalidad del castigo dispuesto por la víctima ante la implantación de posiciones de índole religiosa que reconfiguran la consideración del delito como una ofensa a la divinidad, el traspaso de la titularidad de la pena a la autoridad en el Derecho Romano con la consiguiente proscripción de la venganza privada, y una tendencia a lo que GARCÍA-PABLOS viene a llamar «neutralización de la víctima», hasta la actual, exclusiva y excluyente titularidad del *ius puniendi* del Estado.

No obstante, y en este contexto, será a mediados del siglo xx cuando renazca cierto protagonismo del ofendido, de la mano de autores como H. von Hentig y B. Mendelsohn; al primero se le atribuye el haber acuñado la expresión «pareja criminal» (autor-víctima) en su obra *The criminal and his victim*, reivindicando un sistema de equilibrio entre derechos y garantías del autor con los derechos y garantías de las víctimas. Es el inicio de

ticia, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales, previo informe del juez o tribunal sentenciador.—2. Para el reconocimiento de este derecho serán requisitos indispensables: 1.º) Tener satisfechas las responsabilidades civiles provenientes de la infracción, excepto en los supuestos de insolvencia declarada por el juez o tribunal sentenciador, salvo que hubiera mejorado la situación económica del reo».

la victimología —como rama de la criminología— cuyo término se atribuye a Mendelsohn⁽⁶⁾.

En este marco actual, se asientan las posiciones que consideran la reparación de la víctima como una cuestión fundamental también desde criterios de prevención y resocialización del delincuente, postulando la adición como finalidad de las penas y medidas de seguridad, de la indemnidad de la víctima.

Entendiendo el interés público en la efectiva reparación de la víctima, la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal, previene en su artículo 9.2 que «los Estados miembros adoptarán las medidas pertinentes para propiciar que el autor de la infracción indemnice a la víctima adecuadamente».

Por su parte, la STS 16 de enero de 2007 (Ponente: Ramos Gancedo), en un caso de apreciación de atenuante de reparación del daño, sostiene que: «se trata de incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad».

En el mismo sentido, la STS núm. 1643/2003, de 2 de diciembre (EDJ 2003/186720), y la STS núm. 285/2003, de 28 de febrero (EDJ 2003/3249), entre otras. La STS de 7 de marzo de 2007 mantiene que la colaboración voluntaria del autor a la reparación del daño ocasionado por su acción puede ser valorada como un inicio de rehabilitación que disminuye la necesidad de la pena (STS de 25 de junio de 1999).

En esta línea de sensibilización, modernamente, se está abriendo paso lo que se ha dado en llamar «justicia reparadora», definido —en palabras de HERRERA MORENO— como el proceso en el que los involucrados en un conflicto victimizador, se reúnen para resolverlo colectivamente, ante la comunidad, a través de un planteamiento constructivo y de futuro. Se trata de procesos recuperadores de víctimas y ofensores que han resuelto sus conflictos, sobre la centralidad de la víctima en el proceso, quedando satisfechos tanto los principios de prevención general positiva e integradora, mediante la recuperación de la confianza social y el apaciguamiento de la comunidad soliviantada a partir de la acción reconstructora emprendida por el infractor, como los principios de prevención especial y resocialización, desde un estilo terapéutico que propicia el cambio concediendo voz y autonomía al infractor, complementado con la función de la víctima dispuesta de algún modo —correlativamente— al perdón o comprensión, y que sin embargo no se ve mediatizada, por cuanto hay coincidencia de intereses, siendo resocialización y reparación «caras de la misma moneda».

Pues, en efecto, refiere HERRERA MORENO, «la reparación es el más acabado recurso homeopático concebible, donde se construye socialmente sobre el mismo objeto de

(6) ANTÓN BLANCO, J.L., «Incidencia del cumplimiento de la responsabilidad civil en la responsabilidad penal», *Cuadernos Digitales de Formación*, CGPJ, 2008, p.6.

deconstrucción criminal (...). Víctima y comunidad, que persiguen sus respectivos fines en el proceso restaurador, vienen en suma a ejercer una función naturalmente terapéutica». De este modo, la víctima queda incorporada de forma activa al proceso penal en aquello que se denominaba «pareja criminal», pero no con fines exclusivos de venganza procesal y públicamente encauzada, sino con el fin de obtener su reparación personal, y, al tiempo, desde la eventual y deseable posibilidad de acercamiento a la víctima dispuesta igualmente a la reparación, obtener un resarcimiento moral, sin duda, balsámico en la rehabilitación propia hacia conceptos sociales que podrían haber quedado quebrados por el sentimiento de desamparo o desprotección social por el delito, a cargo de quien ostenta el *ius puniendi* y está encargado de la prevención del delito. En tal «justicia reparadora» —dice HERRERA— «la presencia comunicativa de la víctima enfrenta al infractor directamente con las consecuencias tangibles de sus actos, activando su empatía hacia la persona ofendida: el proceso de deshumanización de la víctima y la autojustificación y racionalización del delito puede quedar, así, neutralizado. Con ello se posibilita la activación del sentimiento de responsabilidad, depurando las inferencias autoexculpatorias y autoindulgentes».

El Tribunal Constitucional reconoce que no puede pasarse por alto que la ejecución de la sentencia en este tipo de condenas penales en que existe una declaración de responsabilidad civil está presidida por el interés en la protección de la víctima, lo que en sí mismo constituye un objetivo de política criminal perfectamente atendible y un valor constitucional que el legislador ha ponderado de manera prioritaria (STC núm. 230/1991, de 10 de diciembre).

Si en buena medida cabe aceptar que la reparación del daño *ex delicto* no puede entenderse como complementaria función sancionadora, puesto que tal tarea le corresponde a la pena exclusivamente al perseguir el castigo del culpable bajo unos fines resocializantes —en la medida de lo posible—, no será posible, sin embargo, olvidar que la configuración de la reparación ha de ir destinada a restaurar el interés lesionado, y que, en la medida en que esto aparece propiciado por el propio autor del daño, tal comportamiento restaurador no puede pasar desapercibido para el legislador, estableciendo, desde tan positivo indicio, instituciones o mecanismos de cara a obtener, precisamente, los fines de la pena desde la óptica de contemplar la posibilidad de que esta no fuera necesaria o tal vez, al menos, no tan grave⁽⁷⁾.

Retomando la incidencia de la reparación del daño por el autor del delito en la consiguiente responsabilidad criminal, como causa o circunstancia susceptible de modificarla y atenuarla, ha de significarse que una de las novedades que vinieron acompañadas de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal, fue la subsunción en dos disposiciones diferenciadas de los tres supuestos integrados en la derogada atenuante de arrepentimiento espontáneo prevista en el anterior artículo 9.9⁽⁸⁾, así «la reparación o disminución de los efectos del delito», el «dar satisfacción al ofendido», y el «confesar a las autoridades la infracción», quedan absorbidos en la atenuante prevista en el artículo 21.4.^a del Código Penal, así «son circunstancias atenuan-

(7) ANTÓN BLANCO, J.L., *op. cit.*, pp. 11 a 13, con cita de HERRERA MORENO, M., *Cuadernos de Derecho Judicial* XIV-2006, «Curso de CGPJ sobre Las Penas y las Medidas de Seguridad», p. 211.

(8) Al respecto, POZUELO PÉREZ, «Las atenuantes 21.4.º y 21.5.º1 del actual Código Penal», *CPC* 1998, pp. 403 y ss.

tes: la de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades», y en la atenuante prevista en el artículo 21.5.^a del Código Penal, por la cual «son circunstancias atenuantes: la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral».

Asimismo, y como singularidad de la reforma, la omisión de cualquier mención a la anterior exigibilidad de concurrencia de un elemento subjetivo; al respecto, señala ALCÁCER GUIRAO⁽⁹⁾ que si en la regulación derogada se exigía que dichos actos fueran realizados «por impulsos de arrepentimiento espontáneo», en la actualidad parece irrelevante, tanto en el 21.4.^a como en el 21.5.^a, a partir del silencio del legislador, la necesidad de acreditar la motivación del sujeto a la hora de realizar los citados actos, de hecho, podría en principio afirmarse que ni siquiera sería necesario exigir el carácter voluntario en la realización de dichos actos, entendido, en su sentido más restrictivo, siquiera como ausencia de coacción externa.

Sobre tal omisión del legislador, suscribe ORTS BERENGUER⁽¹⁰⁾ que en la actualidad es «indistinto el móvil impulsor» de la acción de reparación; por su parte COBO/VIVES⁽¹¹⁾ sostienen que en la nueva circunstancia hay una «indiferencia absoluta hacia los móviles más o menos altruistas del autor»; y, en el mismo sentido, sostiene ÁLVAREZ GARCÍA⁽¹²⁾ que «lo único que interesa es que el sujeto, y con independencia de la finalidad que persiga con ello e incluso si lo que trata a través de su conducta es únicamente ver atenuada su penalidad, proceda a “reparar el daño ocasionado a la víctima” o a “disminuir sus efectos”». De igual modo, se posicionan autores como RUIZ VADILLO⁽¹³⁾, BERISTAIN⁽¹⁴⁾ o VALLE MUÑIZ⁽¹⁵⁾, quien destaca que «el texto legal omite cualquier referencia a la voluntad o motivos del sujeto, con lo que no cabrá desplazar su apreciación en hipótesis donde, por ejemplo, tan sólo mueve al culpable el interés por el más benevolente trato punitivo. Basta con que objetivamente se repare el daño ocasionado o se aminore». La «objetivación casi total de la atenuante» es asimismo destacada por POZUELO PÉREZ⁽¹⁶⁾, debido a que con la desaparición de la exigencia de un arrepentimiento espontáneo vienen a suprimirse, en realidad, dos aspectos diferentes: no sólo la exigencia de actuar motivado por sentimientos de arrepentimiento, sino también el requisito de la espontaneidad.

(9) ALCÁCER GUIRAO, R., «La reparación en derecho penal y la atenuante del Art. 21.5.^a C.P. Reparación y desistimiento como actos de revocación». *Revista del Poder Judicial*, 63/2001, p. 72.

(10) ORTS BERENGUER, en VIVES ANTÓN (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, volumen I, 1996, p. 210.

(11) COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 5.^a edición, 1999, p. 912.

(12) ÁLVAREZ GARCÍA, «Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación a la víctima (Art. 21.5.^o Código Penal)», *CPC 1997*, pp. 241 y ss., p. 254. En igual sentido, ALONSO FERNÁNDEZ, *Las atenuantes de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño*, 1999, p. 44: son «indiferentes los motivos que hayan movido al responsable penal a la realización de tales actividades».

(13) RUIZ VADILLO, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (director), *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, tomo I, 1997, p. 794, sosteniendo que con la desaparición de toda mención expresa por lo que no puede exigirse un arrepentimiento ni «menos aún, si cabe, puede hablarse de la exigencia de que sea aquel arrepentimiento “espontáneo”».

(14) BERISTAIN IPIÑA/GIMÉNEZ PERICÁS, en COBO DEL ROSAL (director), *Comentarios al Código Penal*, tomo II, p. 775.

(15) VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES, G. (director), *Comentarios al Código Penal*, 1996, p. 212.

(16) POZUELO PÉREZ, *CPC*, 1998, pp. 414 y 415.

Rechazo de la doctrina, que deviene cuasi unánime, a la sostenida moralización de la atenuante por la legislación penal precedente, así suscribía ANTÓN ONECA⁽¹⁷⁾ «el Derecho no exige dolor de corazón o propósito de enmienda», «que los móviles hayan sido éticos o utilitarios, que sean el sincero pesar o el propósito de proporcionarse una atenuante, no debería influir en la realidad de ésta»; en similar sentido mantenía MIR PUIG⁽¹⁸⁾ que «el Derecho penal propio de un Estado social y democrático de Derecho no debe condicionar el castigo a morales internas del sujeto». En la misma posición, autores como RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ⁽¹⁹⁾, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, o BUSTOS RAMÍREZ⁽²⁰⁾, quien suscribía que la exigencia del elemento subjetivo «sólo puede explicarse desde una concepción expiatoria de la pena, con un claro sentido moral», «no se aviene con una concepción moderna del Derecho penal, en que para los efectos de la necesidad de la pena basta la con la voluntariedad de tales actos, como sucede en el desistimiento». Es ilustrativa la afirmación de MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN⁽²¹⁾; así, «de entrada, la eliminación de tal exigencia referida a los “impulsos de arrepentimiento” despoja a estas circunstancias de un elemento subjetivo que podía tender a exigir un arrepentimiento en sentido moral».

Sobre la no exigibilidad del elemento subjetivo, la STS 78/2009, de 11 de febrero, suscribe que «debe insistirse que en su formulación actual ha desaparecido de la atenuante toda referencia al ánimo del autor por lo que no es necesario que la reparación responda a un impulso espontáneo, debiendo prevalecer el carácter objetivo de la atenuante —en atención a determinadas circunstancias que reseña la STS 809/2007, de 11 de octubre de 2010:

- a) La ley no exige el requisito adicional del reconocimiento de la culpabilidad y donde la ley no distingue tampoco nosotros debemos distinguir.
- b) Todas las atenuantes *ex post facto* (reparación, confesión, colaboración, etc.) se alejan de la exigencia de una menor culpabilidad por el hecho y simplemente están basadas en razones de política criminal.
- c) Exigir la presencia del elemento subjetivo de reconocimiento de la culpabilidad o responsabilidad penal comportaría de algún modo resucitar el móvil de arrepentimiento ya superado para integrar improcedentemente en la atenuante un componente anímico que el legislador no contempló.
- d) Una interpretación que exigiera el reconocimiento de la responsabilidad penal como elemento necesario para la estimación de la atenuante desalentaría o no serviría de estímulo a las conductas de reparación del daño del delito, al tener que renunciar el acusado a determinadas estrategias procesales de defensa.»

(17) ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, 2.ª edición, 1986, p. 380.

(18) MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 3.ª edición, 1990, p. 694.

(19) RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal. Parte General*, 18.ª edición, 1995, pp. 716 y 717.

(20) BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4.ª edición, 1994, p. 530.

(21) MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 4.ª edición, 2000, p. 554.

Respecto a la fundamentación de la actual circunstancia atenuante, llamada de reparación del daño, apunta ALCÁCER GUIRAO⁽²²⁾ que, no obstante, pueden existir casos en los que, aunque se afirme el merecimiento de pena, por haber puesto en peligro o lesionado el agente culpablemente un bien jurídico, excepcionalmente pueda predicarse una ausencia o una disminución de la necesidad de pena, en virtud de una conducta posterior que se configura como un *actus contrarius* respecto de lo que fundamenta la pena: el quebrantamiento de la vigencia de la norma. Tal es lo que ocurre en general en los comportamientos postdelictivos positivos, tales como el desistimiento y como la atenuante de reparación. Con esta fundamentación, puede llegarse a una conclusión que considero correcta: tanto el desistimiento y la atenuante de reparación pueden reconducirse a un mismo fundamento. Si la necesidad de pena de las conductas se fundamenta en el quebrantamiento de la vigencia de las normas, en ambos supuestos el fundamento del levantamiento o disminución de la pena tendrá que basarse de igual modo en que esos actos postdelictivos realizados en pro del bien jurídico reafirman total o parcialmente la desautorización de la vigencia de la norma expresada por el autor con la acción delictiva.

Con relación a la fundamentación de la atenuante objeto de estudio, la STS 809/2007, de 11 de noviembre (Ponente: José Ramón Soriano Soriano), refiere a la existencia de dos posiciones o tesis jurisprudenciales en la Sala 2.^a, dejando patente que en ningún caso la reparación del daño puede considerarse un reductor de la culpabilidad ya determina en el momento de la ejecución del delito, así «hemos de hacer notar, como el Fiscal pone de relieve, la existencia de dos corrientes de esta Sala, que entendemos no son excluyentes o incompatibles, si las interpretamos desde la perspectiva del carácter “objetivo” de la circunstancia. Por una parte, la denominada teoría del *actus contrarius* que para algunos comportaría el reconocimiento de la autoría del hecho generador del daño, en cuanto el sujeto activo exterioriza una voluntad de reconocimiento de la norma infringida. Dicha tesis parece colocar el acento en la menor culpabilidad del autor, esto es, en la menos reprobabilidad personal por el acto antijurídico realizado, por cuanto a través de un acto *ex post* acepta su responsabilidad, contribuyendo a reforzar la vigencia del ordenamiento jurídico trasgredido. La tesis contrapuesta que podríamos denominar de “protección objetiva de la víctima”, lo que pretende es incentivar el apoyo y ayudar a las víctimas del delito, exigiendo del responsable una conducta de eliminación o disminución en la medida de lo posible de los efectos negativos de la infracción criminal. Realmente, es la doctrina que sostiene el auto de 6 de mayo de 2004, a que hicimos referencia en el epígrafe anterior. Son razones de política criminal las que justifican la atenuación y que tienden a favorecer al autor del delito que repara total o parcialmente —pero en todo caso de manera significativa— el daño ocasionado con su conducta, sin desconocer que también puede ser ponderada la menor necesidad de pena derivada del reconocimiento de los hechos que, como una señal de rehabilitación, puede acompañar a la reparación, aunque la atenuante del artículo 21.5.^a del Código Penal no lo exija. Interpretada la doctrina del *actus contrarius* desde la óptica de la objetividad indiscutible de la atenuante, no es posible afirmar que la circunstancia atenúa por razón de una menor culpabilidad. La culpabilidad del hecho hay que situarla en el momento de la comisión del mismo, en que el sujeto activo despliega una conducta consciente vulneradora del ordenamiento jurídico penal, pudiendo haberlo evitado, y a pesar de todo y aun afirmando que de presentársele

(22) ALCÁCER GUIRAO, R., *op. cit.*, p. 97.

la ocasión actuaría de igual modo, reconoce que como autor material de un daño debe responder frente a la víctima y lo hace. Así pues, la doctrina del *actus contrarius*, interpretada desde la objetividad con que lo hemos hecho, valoraría el comportamiento del agente, con virtualidad para atenuar, desde la perspectiva del reconocimiento de la infracción del ordenamiento jurídico y el sometimiento al mismo, al provocar la eliminación o disminución de los efectos del delito. El autor estaría exteriorizando una voluntad de reconocimiento de la norma infringida que no de su propia responsabilidad penal. Su responsabilidad civil declarada en sentencia nace *ex delicto* por lo que satisfaciéndola el acusado reconoce que fue autor o tuvo participación en la causación a un tercero de un daño injusto. Desde otro punto de vista, el carácter absolutamente objetivo de la atenuante no excluye que en la reparación total o parcial el daño, el sujeto, además de dar satisfacción a la víctima, reafirme la vigencia de la norma jurídica vulnerada y en definitiva el propio acto de reparación, restitución, indemnización o demás formas de eliminar o atenuar los efectos del delito, conlleva la emisión de una voluntad externa de reconocimiento del derecho. En el caso que nos concierne, la atenuante sería estimable al socaire de cualquiera de las dos corrientes interpretativas registradas en la jurisprudencia de esta Sala, siempre que no se considere al *actus contrarius* como reductor de una culpabilidad ya evaluada en el momento de ejecución del delito, y que el reconocimiento de la autoría material del hecho, que pueda inferirse de la reparación del daño, no se identifique con el reconocimiento de la culpabilidad penal o responsabilidad criminal. Puede perfectamente consignar un sujeto acusado el importe total de la responsabilidad civil exigida y solicitar su absolución, por entender, por ejemplo, concurrente una causa de inimputabilidad o de inculpabilidad. En el supuesto de autos, el recurrente calificó alternativamente los hechos considerándose autor de un delito de lesiones. Además, la consignación de la indemnización antes del juicio se produjo con toda regularidad procesal, y es evidente que tal comportamiento llevaba implícito el reconocimiento, cuando menos, de la causación material del daño o su participación en tal causación. En conclusión, el carácter objetivo de la atenuante debe prevalecer, y ello en atención a determinadas circunstancias, apuntadas certeramente por el Fiscal, alguna de las cuales es de interés reseñar:

- a) La ley no exige el requisito adicional del reconocimiento de la culpabilidad y donde la ley no distingue tampoco nosotros debemos distinguir.
- b) Todas las atenuantes *ex post facto* (reparación, confesión, colaboración, etc.) se alejan de la exigencia de una menor culpabilidad por el hecho y simplemente están basadas en razones de política criminal.
- c) Exigir la presencia del elemento subjetivo de reconocimiento de la culpabilidad o responsabilidad penal comportaría de algún modo resucitar el móvil de arrepentimiento ya superado para integrar improcedentemente en la atenuante un componente anímico que el legislador no contempló.
- d) Una interpretación que exigiera el reconocimiento de la responsabilidad penal como elemento necesario para la estimación de la atenuante desalentaría o no serviría de estímulo a las conductas de reparación del daño del delito, al tener que renunciar el acusado a determinadas estrategias procesales de defensa.»

Asimismo, sobre la fundamentación y extensión de la atenuante, dedica un pormenorizado análisis la STS 1738/2010, Sección 1.ª, de 24 de marzo de 2010 (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), así suscribe: «Como ha recordado esta Sala en Sen-

tencias 225/2003, de 28 de febrero, 1517/2003, de 28 de noviembre, 701/2004, de 6 de mayo, 809/2007, de 11 de octubre, 78/2009, de 11 de febrero, 1238/2009, de 11 de diciembre, la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos se contemplaba en el Código Penal anterior en el ámbito de la atenuante de arrepentimiento espontáneo, configurándose en el Código Penal de 1995 como una atenuante autónoma de carácter objetivo fundada en razones de política criminal. Por su naturaleza objetiva esta circunstancia prescinde de los factores subjetivos propios del arrepentimiento, que la jurisprudencia ya había ido eliminando en la atenuante anterior. Por su fundamento de política criminal se configura como una atenuante *ex post facto*, que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito. Como consecuencia de este carácter objetivo su apreciación exige únicamente la concurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial. El elemento cronológico se amplía respecto de la antigua atenuante de arrepentimiento y la actual de confesión, pues no se exige que la reparación se produzca antes de que el procedimiento se dirija contra el responsable sino que se aprecia la circunstancia siempre que los efectos que en el precepto se prevé que se hagan efectivos en cualquier momento del procedimiento, con el tope de la fecha de celebración del juicio. La reparación realizada durante el transcurso de las sesiones del plenario queda fuera de las previsiones del legislador, pero según las circunstancias del caso puede dar lugar a una atenuante analógica. El elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal, pues el artículo 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, puede integrar las previsiones de la atenuante. Ahora bien, la consistente en la reparación del daño moral en ciertos delitos (libertad sexual, honor o dignidad, entre otros), ofrece los contornos que se recogen en la STS 1112/2007, de 27 de diciembre. Como se ha expresado por la jurisprudencia de esta Sala (STS 285/2003, de 28 de febrero, entre otras muchas posteriores) lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y las ayudas a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o disminución del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad. Nada obsta —precisa la STS 398/2008, de 23 de junio— a que la reparación se produzca *ad cautelam* de ser condenado por la resolución judicial que ha de dictarse, pues la objetivación de la misma no requiere acto alguno de arrepentimiento y constricción, en la moderna jurisprudencia de esta Sala. Del propio modo, no es necesario que se exprese que se hace la consignación para que se produzca la entrega al perjudicado, pues es consustancial con dicha consignación. La reparación debe ser suficientemente significativa y relevante, pues no procede conceder efecto atenuatorio a acciones ficticias, que únicamente pretenden buscar la aminoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente

y significativo a la efectiva reparación del daño ocasionado (Sentencias núm. 1990/2001, de 24 octubre; 1474/1999, de 18 de octubre; 100/2000, de 4 de febrero, y 1311/2000, de 21 de julio). De forma muy restrictiva y esporádica se ha admitido por esta Sala el efecto atenuatorio de la reparación simbólica (Sentencias núm. 216/2001, de 19 de febrero, y núm. 794/2002, de 30 de abril). Para valorar la cantidad de la que se debe partir, teniendo en cuenta que las apreciaciones de las partes sobre la valoración del daño suelen ser muy discrepantes, puede tomarse como referencia la petición del Ministerio Fiscal como órgano público independiente (Sentencia núm. 49/2003, de 24 de enero), si ya se ha producido la calificación provisional, siempre en relación con las cantidades que usualmente por estos conceptos suelen conceder los Juzgados y Tribunales. En este sentido, la STS 536/2006, de 3 de mayo, resume la doctrina jurisprudencial precisando que la aplicación de esta atenuante no debe ser automática sino el resultado de un cuidadoso análisis de la actitud y solvencia del acusado, así como de la proporcionalidad entre la cuantía de la reparación entregada con anterioridad a las sesiones del juicio oral y la del perjuicio causado a la víctima (STS 1168/2005, de 29 de noviembre); pero lo decisivo es exteriorizar una voluntad de reconocimiento de la norma infringida, por lo que se excluye cuando se trata de una mera expresión de una voluntad carente de afectividad (STS 1026/2007, de 10 de diciembre), y aunque se admite la reparación parcial habrá que determinar si el sujeto realiza todo lo que puede, o como se ha dicho se trata de una reparación voluntariamente parcial, por lo que se ha de tener en cuenta la capacidad económica del acusado, al repugnar a un principio de elemental justicia extender la atenuante a quien teniendo plena capacidad económica para reparar la totalidad del daño causado, escatime su contribución, dejando sin indemnizar a la víctima, aunque sea en una parte del perjuicio causado».

Entre los aspectos abordados por la expresada Resolución, procede entrar a valorar el relativo a la determinación del momento inicial y final en los que la reparación del daño por el autor del delito es susceptible de colmar la atenuante de reparación del artículo 21.5.^a del Código Penal, así, ha de señalarse que con respecto al momento final o preclusivo, el tenor literal del precepto es expreso al determinar que habrá de ser en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral; no obstante, es discutible si la efectiva reparación en el propio acto del juicio oral es integrable en tal atenuante o habrá, en su caso, de encontrar acogida como atenuante de análoga significación del artículo 21.6.^a del Código Penal; en tal sentido, comparto las consideraciones apuntadas por MUÑOZ CUESTA⁽²³⁾, por cuanto por «celebración del acto del juicio oral», ha de entenderse la totalidad de la fase de juicio oral, por celebración hay que entender la total conclusión del juicio oral, un juicio oral no estará celebrado hasta que sus sesiones no estén acabadas, por ello, la conclusión es que el plazo máximo del 21.5.^a del Código Penal radica en el momento de elevar a definitivas las conclusiones provisionales, que no es sino el momento procesal preclusivo susceptible de hacer valer y constatar tal realidad.

Cuestión no menos exenta de controversia es la relativa a determinar el momento inicial desde el que la reparación del daño es susceptible de encontrar acogida por la referida atenuante y ello ante la expresión literal del precepto «en cualquier momento del procedimiento», que parece referirse al procedimiento judicial, esto es, a partir del auto judicial por

(23) MUÑOZ CUESTA, en MUÑOZ CUESTA/ARROYO DE LAS HERAS/GOYENA HUERTA, *Las circunstancias atenuantes en el Código Penal de 1995, 1997*, pp. 141 y 142.

el que se acuerda incoar diligencias. Conclusión que resultaría inoportuna, por cuanto deterraría injustificadamente de tales efectos, reparaciones del daño causado acaecidas desde un momento inmediatamente posterior a la ejecución delictiva y hasta la incoación judicial de las referidas diligencias; actos de reparación del daño, por regla general, con un mayor componente consustancial de espontaneidad y voluntariedad. En este mismo sentido, se posicionan MUÑOZ CUESTA⁽²⁴⁾ y ALONSO FERNÁNDEZ⁽²⁵⁾; por su parte, ÁLVAREZ GARCÍA sostiene que como ésta no puede ser la finalidad de la norma, se postula por un sector doctrinal que «procedimiento» no ha de entenderse en el sentido técnico de procedimiento judicial, por lo que es pertinente apreciar la atenuación cuando la reparación, o la disminución del daño ocasionado a la víctima, se produce desde el instante siguiente a ocasionarse la consumación del tipo penal⁽²⁶⁾.

Asimismo, conviene concretar si la reparación del daño a los efectos de la referenciada atenuante ha de ser total o si, por el contrario, es susceptible de colmar las exigencias de la circunstancia una reparación parcial; existe un consenso cuasi unánime, tanto doctrinal como jurisprudencial, en extender los consiguientes efectos a la segunda de las posibilidades anunciadas; integración, en consecuencia, de una reparación parcial en la circunstancia atenuante del artículo 21.5.^a del Código Penal, que encuentra su fundamento en la propia dicción del precepto, por cuanto prevé no sólo la reparación sino la disminución de sus efectos; cuestión distinta será la determinación de los presupuestos exigibles en orden a su estimación.

Al respecto, la STS 43/2003, de 24 de enero (Ponente: Delgado García), que confirma la desestimación de tal circunstancia al acusado tras haber consignado en momento inmediatamente anterior a la celebración del juicio oral la suma de sesenta mil pesetas como pago parcial de la responsabilidad civil frente a las cuatrocientas mil pesetas interesadas por el Ministerio Fiscal y al millón doscientas mil pesetas peticionadas por la acusación particular por tal concepto, señala que «esta sala viene aplicando con generosidad, siempre en beneficio del reo, esta circunstancia atenuante 5.^a de acuerdo con su fundamento que no es otro que el favorecer estas conductas que tan útiles son para las víctimas. Y, desde luego, es posible su apreciación cuando esa reparación del daño a la víctima es parcial. Lo permite el propio texto de la norma. Incluso no hay inconveniente, en estos casos de delito de lesiones, que, cuando éstas ya han curado totalmente, esa reparación parcial se haga en un momento posterior por vía de una indemnización con dinero referida a los daños materiales y morales producidos por el delito. Ahora bien, en los supuestos de reparación parcial cuando el acusado es una persona solvente, es decir, que tiene a su alcance, sin grave daño económico para él, la reparación total en el sentido de indemnización de todos los daños y perjuicios producidos por el delito, cuando, además, los hechos ocurridos permiten conocer la cuantía de éstos, entonces cabe denegar la aplicación de esa atenuante, como ocurrió en el caso examinado en la reciente Sentencia de esta sala de 22 de septiembre de 2001. En estos mismos casos de reparación parcial hay que tener en cuenta la cantidad a indemnizar

(24) MUÑOZ CUESTA, *ídem*, p. 141.

(25) ALONSO FERNÁNDEZ, *Las atenuantes de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño*, 1999, p. 62.

(26) ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 255.

y la entregada o consignada, siempre en relación con la capacidad económica del acusado, de modo que, en ocasiones esta sala ha denegado la aplicación de esta atenuante 5.^a cuando lo efectivamente aportado se considera irrelevante por su escasa cuantía (Sentencia de esta sala de 2 de junio de 2001), mientras que en otras sí la ha apreciado (Sentencia de 15 de abril de 1997 y 23 de diciembre de 1999), incluso en alguna con el carácter de muy cualificada (Sentencia de 20 de marzo de 2002). La dificultad se encuentra a veces en determinar el punto de referencia para valorar si esa reparación parcial, por su cuantía, ha de considerarse o no irrelevante a estos efectos, como ocurre cuanto se trata de daños morales en que a veces difieren tanto las apreciaciones de las partes, particularmente las del Ministerio Fiscal con las de la acusación particular. Esto es lo que ocurre con los delitos de lesiones como el que ahora nos ocupa. En tales casos habrá que tomar como referencia la petición del Ministerio Fiscal como órgano público independiente, si ya se ha producido la calificación provisional, y siempre en relación con las cantidades que usualmente por estos conceptos suelen conceder los juzgados y tribunales. Ahora cabría referirse también al baremo establecido para los accidentes de tráfico».

En el mismo sentido, la STS 1738/2010, Sección 1.^a, de 24 de marzo de 2010 (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), desestima la apreciación de la circunstancia, tras haber ingresado el acusado la suma de tres mil euros, frente a una petición del Ministerio Fiscal en concepto de responsabilidad civil de trescientos cincuenta y ocho mil quinientos ochenta y nueve euros, cantidad consignada que no representa ni el uno por ciento de la solicitada, sosteniendo que no existe análisis alguno sobre la capacidad económica del condenado que justifique la entrega de tan exigua cantidad en comparación con el monto total de la indemnización, siendo así que no cabe olvidar que el hecho de contar con trabajo y la importante cantidad apropiada durante esos tres años permite afirmar una capacidad económica del acusado muy superior a la manifestada mediante esa entrega tan mínima, más próxima al fraude de Ley que al restablecimiento del patrimonio dañado.

La STS 398/2008, de 23 de junio, por el contrario, estima la concurrencia de la circunstancia ante un pago parcial de cinco mil euros y consignado *ad cautelam*, previo al juicio oral, y para el supuesto de resultar ulteriormente condenado, así reza: «Nada obsta a que la reparación se produzca sencillamente *ad cautelam* de ser condenado por la resolución judicial que ha de dictarse, pues la objetivación de la misma, no requiere acto alguno de arrepentimiento y constricción, en la moderna jurisprudencia de esta Sala. Del propio modo, no es necesario que se exprese que se hace la consignación para que se produzca la entrega al perjudicado, pues es consustancial con dicha consignación. La reparación debe ser suficientemente significativa y relevante, pues no procede conceder efecto atenuatorio a acciones ficticias, que únicamente pretenden buscar la aminoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativo a la efectiva reparación del daño ocasionado (Sentencias núm. 1990/2001, de 24 de octubre; 1474/1999, de 18 de octubre; 100/2000, de 4 de febrero, y 1311/2000, de 21 de julio). De forma muy restrictiva y esporádica se ha admitido por esta Sala el efecto atenuatorio de la reparación simbólica (Sentencias núm. 216/2001, de 19 febrero, y núm. 794/2002, de 30 de abril). No puede exigirse que la reparación del daño sea necesariamente total, despreciando aquellos supuestos en los que el autor hace un esfuerzo de reparación significativo, aunque sea parcial, pues el legislador ha incluido también en la atenuación la disminución de los efectos del delito, y es indudable que una reparación parcial significativa contribuye a disminuir dichos efectos. En estos

supuestos de reparación parcial habrá que atender a su relevancia objetiva en función de las características del hecho delictivo, del daño ocasionado y de las circunstancias del autor y de la víctima (Sentencia núm. 1831/2002, de 4 de noviembre). La dificultad para determinar si una reparación parcial, por su cuantía, ha de considerarse relevante o significativa a efectos atenuatorios, debe tomar en consideración la cantidad a indemnizar y la entregada o consignada, siempre en relación con la capacidad económica del acusado (Sentencia núm. 49/2003, de 24 de enero). Para valorar la cantidad de la que se debe partir, teniendo en cuenta que las apreciaciones de las partes sobre la valoración del daño suelen ser muy discrepantes, puede tomarse como referencia la petición del Ministerio Fiscal como órgano público independiente (Sentencia núm. 49/2003, de 24 de enero), si ya se ha producido la calificación provisional, siempre en relación con las cantidades que usualmente por estos conceptos suelen conceder los Juzgados y Tribunales. En el caso enjuiciado, la entrega de la cantidad de 5.000 euros debe ser considerada como reparación parcial, pero suficiente para conseguir el efecto atenuatorio solicitado por el recurrente, con arreglo a la jurisprudencia citada, y con respecto a que no se ha «interesado en momento alguno su entrega al lesionado o manifestado su destino a reparar al menos parcialmente el daño ocasionado», no puede compartirse esta afirmación de la Sala sentenciadora de instancia, toda vez que no puede comprenderse qué otra finalidad puede tener la entrega en consignación de tal cantidad de dinero por parte del acusado. Debe recordarse que en su formulación actual ha desaparecido de la atenuante toda referencia al ánimo del autor, por lo que no es necesario que la reparación responda a un impulso espontáneo. Sin embargo, la mera prestación de fianza para garantizar las responsabilidades civiles no puede valorarse como reparación o disminución del daño a los efectos de esta atenuante, como ya ha señalado en alguna ocasión esta misma Sala. No ha sido éste el concepto en que se ha satisfecho la consignación ya reseñada. En consecuencia, procede la estimación del motivo, y la acreditación de la circunstancia atenuante de reparación del daño causado, en forma parcial, pero no desde luego en concepto de muy cualificada, pues dada la cantidad entregada, no puede comprenderse en ese comportamiento la «mayor intensidad en la acción reparadora», que fija nuestra Sentencia 753/2002, de 26 de abril, para estimarse la concurrencia de meritada atenuante con el carácter de muy cualificada».

La jurisprudencia, asimismo, viene admitiendo la posibilidad de estimar la atenuante de reparación del daño en supuestos de delitos no estrictamente patrimoniales, delitos que protegen bienes jurídicos eminentemente personales y en los que la indemnización peticionada se integra por el daño moral estrictamente considerado, si bien con una cualificación en la exigencia de sus presupuestos, así la STS 1112/2007, de 27 de diciembre (Ponente: Julián Sánchez Melgar), suscribe que «a su vez, constituye un referente atendible la naturaleza del delito, cuyos efectos nocivos se tratan de reparar. Si se trata de delitos estrictamente patrimoniales, como hurto, apropiación indebida, estafa, robo con fuerza, etc., es posible que el único bien jurídico protegido, el patrimonio privado, pueda ser íntegramente enjugado y reparado en su plenitud. No ocurre lo mismo en el pago de una indemnización económica señalada por unos perjuicios derivados de la lesión de bienes jurídicos personales, como es nuestro caso. El daño ocasionado es irreparable y no tiene vuelta atrás. El pago de tales perjuicios económicos aunque fuera íntegro, sólo en parte, podría compensar las consecuencias de la lesión del bien jurídico que se protege. En el caso de autos, el acusado consignó, antes de la celebración del juicio oral, la suma de 1.500 euros, con

destino a la indemnización correspondiente a la víctima, una niña de siete años de edad, siendo así que el Ministerio Fiscal (y la acusación particular), ya peticionaban la cantidad de 6.000 euros, que fue precisamente la cuantificación del perjuicio a título de daño moral que el Tribunal estimó procedente. La Sala sentenciadora de instancia, en el quinto de sus fundamentos jurídicos, únicamente razona la impertinencia de la apreciación de la referida atenuante como muy cualificada, pero no lleva a cabo un pronunciamiento concreto acerca de su consideración como atenuante simple, lo que da por supuesto, aun teniendo en cuenta la diferencia entre lo consignado y lo declarado procedente, sin razonamiento alguno, como decimos. Este solo argumento sería suficiente para la estimación del motivo, pero es que debemos tener en cuenta que en aquellos delitos que no sean propiamente de contenido patrimonial, en los cuales la determinación de los perjuicios ocasionados a la víctima es más fácil de cuantificar, de aquellos otros en donde la indemnización civil se integra por el daño moral estrictamente considerado, como ocurre en los de contenido sexual, entre otros muchos (como también sucede con los ataques al honor o a la dignidad de las personas), la estimación de una atenuante de reparación del daño tiene que estar plenamente justificada, adecuadamente razonada, e incluso de alguna manera admitida por el perjudicado o víctima del delito, porque la reparación indemnizatoria de los daños morales nunca es completa, ni siquiera, podemos decir, que aproximada, ante la propia entidad del bien jurídico infligido por el delito. Difícilmente pueden repararse con una indemnización de tipo económico, que no resulta más que una mera ficción legal. Ello produce que las resoluciones judiciales en esta materia deban ser enormemente restringidas y calibradas a las concretas circunstancias del caso concreto analizado. Si además, como ocurre en este caso, la consignación es inferior al tercio de lo procedente, está fuera de toda duda que la atenuación de la responsabilidad penal no era procedente, ni de lejos». En este mismo sentido, se pronuncia la STS 7808/2009, de 30 de diciembre (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre).

La reparación del daño o disminución de sus efectos es susceptible de modificar la responsabilidad criminal del autor, aun en supuestos en los que no existe petición indemnizatoria alguna, y aun por actos sin un contenido estrictamente económico, bien integrándose en la atenuante de reparación *stricto sensu* del artículo 21.5.^a del Código Penal, bien como atenuante de análoga significación del artículo 21.6.^a del Código Penal; en este sentido la STS 794/2002, de 30 de abril, estima la atenuante del artículo 21.5.^a, por haber procedido el acusado, cuando ya había sido detenido e intervenida la droga, a indicar a los miembros de la Guardia Civil su concierto previo con otras personas, conduciéndoles al lugar donde éstas se encontraban, así sostiene que «respecto a esta cuestión dice el Tribunal de instancia en el párrafo segundo del Fundamento Jurídico Quinto de su sentencia que concurre en el procesado Mario Isaac la atenuante muy cualificada del artículo 21.5.^a de proceder a la reparación del daño causado y disminuir sus efectos, ya que la conducta de Mario es concluyente y determinante para la detención de los otros procesados, indicando en todo momento a la Guardia Civil que iba a recibir una llamada de éstos en las que se le darían instrucciones, y guiando a los agentes hasta el punto de contacto en el que debía de realizarse la entrega. Todo ello fue aseverado por los Guardias Civiles que depusieron en el Plenario, indicando a la Sala que la colaboración del procesado fue importante y necesaria para el ulterior desarrollo de la operación policial, razones por las que la Sala entiende que procede la consideración de muy cualificada de la atenuante descrita. La introducción por

el artículo 376 del vigente Código Penal de la figura del «arrepentido», especialmente útil en casos de grandes organizaciones dedicadas al narcotráfico, no impide la aplicación de las circunstancias de atenuación del artículo 21 cuando resultare procedente (véase Sentencia 265/2001, de 27 de febrero). En el hecho que ahora se analiza, la actuación de Mario Isaac permitió la detención de los otros dos procesados y, seguramente, la desarticulación de una cierta organización dedicada a introducir cocaína en España, lo que supone efectivamente disminuir los efectos del delito, ya de forma directa, ya de la manera analógica prevista en el número 6 del artículo 21. Por ello, entendiendo que el artículo 21.5.^a del Código Penal no ha sido incorrectamente aplicado, el Motivo Segundo del recurso debe ser desestimado».

En sentido similar, se pronuncia la STS 7297/2009, de 3 de noviembre (Ponente: Joaquín Delgado García): «queremos poner aquí de relieve lo que asimismo dice el Ministerio Fiscal al apoyar este motivo, en relación con la amplitud de la doctrina de esta sala que sitúa el concepto de reparación total o parcial del artículo 21.5.^a más allá de los actos de contenido económico, para su posible aplicación incluso en hechos delictivos que no exigen ningún pronunciamiento de orden civil. Esta atenuante de reparación excede de los conceptos de los artículos 110 y siguientes del Código Penal. Se habla de la posibilidad de su apreciación en casos de reparaciones meramente morales, consistentes en actos de pedir perdón, donaciones de sangre o cualquier otro género de satisfacción. Véanse las Sentencias de esta Sala 1132/1998, de 6 de octubre; 100/2000, de 4 de febrero; 990/2003; 1002/2004; 542/2005, y 179/2007. En la primera de ellas podemos leer lo siguiente: “Con respecto a la aplicación al caso de la atenuante del artículo 21.5.^a del Código Penal, lo cierto es que —como lo admite la doctrina más moderna y proyectos legislativos recientes en Europa— es de apreciar no sólo en los casos de una reparación material, sino también cuando tal reparación es simbólica, como cuando el autor realiza un *actus contrarius* de reconocimiento de la norma vulnerada y contribuye activamente al restablecimiento de la confianza en la vigencia de la misma. En tales casos se dará una reparación simbólica, que, por regla general debería ser admitida en todos los delitos”. En el caso presente, en el cual tienen particular significación los daños morales causados a toda una familia, a nuestro juicio ha de tener aplicación la mencionada doctrina jurisprudencial acerca de tales criterios amplios, más allá de los conceptos meramente económicos, en relación con la aplicación de esta atenuante del artículo 21.5.^a o, como dice el Ministerio Fiscal, la analógica del núm. 6 del mismo artículo 21. Entendemos que ese concepto de *actus contrarius*, referido a la conducta del delincuente con posterioridad al hecho delictivo, reveladora de una voluntad positiva en línea con los principios y valores propios del ordenamiento jurídico, ha de aplicarse a este caso, en el cual el condenado ha manifestado una voluntad de cooperar en el restablecimiento de la salud de su hijo con los medios que tiene a su alcance; lo propio de quien se siente avergonzado de su comportamiento anterior, algo que, al llegar al conocimiento del hijo habría de proporcionar alguna satisfacción de orden moral, pese a no haber tenido consecuencia práctica de ningún género. En conclusión, ha de estimarse parcialmente este motivo tercero en los términos en que ha sido apoyado por el Ministerio Fiscal, esto es, sólo con relación a los dos hechos delictivos a que se refería cada una de las dos referidas cartas. Han de rebajarse las penas impuestas respecto de los delitos de tentativa de asesinato y tentativa de homicidio, en los términos que concretaremos en la segunda sentencia; sin afectar a las sanciones impuestas por el asesinato consumado y por los malos tratos habituales en el ámbito familiar».

Por su parte, la STS 50/2008, de 29 de enero (Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca), estima la concurrencia de la circunstancia atenuante de reparación del daño como muy cualificada, tras haber el acusado indemnizado en la totalidad de lo peticionado a la víctima por las lesiones causadas y haberse disculpado con la víctima por lo sucedido y la satisfacción de éste, así significa que «la reparación no sólo se refiere al resarcimiento de los perjuicios materiales, sino que la jurisprudencia ha admitido la reparación moral o simbólica, siempre que el acto reparatorio pueda considerarse significativo en relación con la índole del delito cometido. En este sentido, entre otras la STS núm. 1002/2004, de 16 de septiembre; la STS núm. 145/2007, de 28 de febrero; la STS núm. 179/2007, de 7 de mayo; la STS núm. 683/2007, de 17 de julio, y la STS núm. 2/2007, de 16 de enero, en la que se recogía lo que sigue: En este mismo orden de cosas debemos insistir en que el elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal, pues el artículo 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, de la reparación moral o incluso de la reparación simbólica (Sentencias núm. 216/2001, de 19 de febrero, y núm. 794/2002, de 30 de abril, entre otras), puede integrar las previsiones de la atenuante. De otro lado, la jurisprudencia ha exigido que la razón de la atenuación concorra con una especial intensidad para apreciar la atenuante como muy cualificada, habiendo considerado insuficiente el mero resarcimiento ordinario de las responsabilidades civiles la STS núm. 136/2007, de 8 de febrero; o la consignación de la indemnización cuando la causa ya estaba terminada la STS núm. 83/2007, de 2 de febrero. En sentido coincidente la STS núm. 133/2005, de 7 de febrero. En el caso, y con independencia del momento en el que se procedió a la reparación económica, efectuada en su integridad según acuerdo con el lesionado, lo cierto es que según consta en los hechos probados el acusado se disculpó por lo sucedido a satisfacción de aquél. La Audiencia rechazó el carácter cualificado de la atenuante limitándose a establecer que no aprecia razones suficientes para ello. Sin embargo, esta escueta argumentación no permite prescindir del hecho de que el acusado no se limitó a entregar una cantidad de dinero por el total de la indemnización, sino que llegó antes a un acuerdo con el lesionado al que incorporó una expresa petición de perdón, lo que, no pudiendo tacharse de una actitud meramente formal o insincera, que transformaría lo ocurrido en una mera apariencia sin sustrato real alguno. Sin duda refleja una actitud de reconocimiento del orden jurídico y supone al tiempo una reparación moral, indicativa del esfuerzo por expresar el retorno al orden jurídico, que supera la mera reparación económica y que debe ser tenida en cuenta. Por lo tanto, el motivo se estima y la atenuante se apreciará como muy cualificada».

La STS 777/2003, de 2 de junio (Ponente: José Antonio Martín Pallín), estima la concurrencia de la atenuante de análoga significación, tras proceder a trasladarse voluntariamente el acusado en la furgoneta de la Guardia Civil y, sin que llegaran a acusarle de la desaparición de J., y contar voluntariamente lo sucedido e indicar el barranco al que había tirado el cadáver, actitud que facilitó las investigaciones, la averiguación del hecho y el hallazgo de la víctima que, en otro caso, hubiera resultado prácticamente imposible, así suscribe que «con estos antecedentes fácticos, no hay duda que nos encontramos ante un

supuesto de aplicación analógica de la colaboración con las autoridades, ya que, si bien el dato cronológico que exige el artículo 21.4.^a del Código Penal, no se cumple de una manera estricta, puesto que las autoridades habían iniciado la investigación, lo cierto es que, la acción de colaboración es casi simultánea a esta situación y la facilitación de los detalles del hecho, contribuyeron decisivamente a la comprobación del mismo y sus circunstancias. Por otro lado, existe un dato de indudable trascendencia y así lo resalta la sentencia, al destacar que, el barranco al que se había arrojado el cadáver, es de difícil localización y que “en otro caso hubiera resultado prácticamente imposible”. Esto supone un elemento añadido, que encaja incluso en las previsiones establecidas en el artículo 21.5.^a del Código Penal, ya que, no sólo se produjo la confesión, sino que se produjo la disminución de los efectos perturbadores que hubiera producido, sobre los familiares de la víctima, la incertidumbre y angustia, ante la no aparición del cadáver».

En un sentido similar, la STS 421/2006, de 4 de abril (Ponente: José Manuel Maza Martín), confirma la Sentencia de 13 de mayo de 2005 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, concretamente en lo relativo a la estimación de la concurrencia de la circunstancia atenuante de análoga significación del artículo 21.6.^a en relación con el artículo 21.5.^a del Código Penal, en un supuesto en el que el acusado, condenado penalmente como autor de un delito de asesinato, habiendo quemado, tras arrojar un líquido altamente inflamable, a su pareja sentimental, por haber procedido a intentar apagar el fuego, arrojándole una manta por encima y avisar a los servicios de emergencia, así «en cuanto a la segunda de tales pretensiones hay que traer aquí lo ya dicho anteriormente, en el inicial de los Fundamentos Jurídicos de esta misma Resolución, respecto de la efectiva constancia en los Hechos Probados de la Sentencia recurrida de los datos precisos para la apreciación de la atenuante de reparación del daño (artículo 21.5.^a del Código Penal) pues, aunque el esfuerzo de Eloy por evitar el resultado de su delictiva conducta no diera el fruto pretendido y la víctima finalmente falleciera como consecuencia de las quemaduras que su agresor le produjo, lo cierto es que la actitud de éste, en cierto modo próxima a un desistimiento activo, que llegó a producirse también quemaduras de alguna entidad al intentar apagar las llamas, así como su posterior búsqueda de auxilio, le hacen acreedor, siquiera en el grado de simple atenuación, de la circunstancia referida, toda vez que además de los días de prolongación de la vida de la víctima, obtenidos gracias a dicho auxilio, también se aprecia la concurrencia de elementos relativos a la atenuante de confesión de los hechos (artículo 21.4.^a del Código Penal), al haber referido a los que acudieron a socorrer a la mujer que era él el responsable de lo ocurrido, lo que, sin llegar a integrar propiamente esa otra circunstancia atenuante, vendría al menos a complementar las carencias que pudieran desprenderse del hecho de no haberse alcanzado con la ayuda prestada un resultado plenamente exitoso».

Sobre la oportunidad de que la reparación del daño llevada a cabo por un tercero no autor del hecho, sea susceptible de colmar los presupuestos en orden a la estimación de la circunstancia atenuante objeto de estudio, es una realidad negada por una mayoritaria doctrina jurisprudencial; en este sentido la STS 389/2004, de 23 de marzo de 2004 (Ponente: Francisco Monterde Ferrer) señala que «establece el artículo 21.5.^a del Código Penal como circunstancia atenuante la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral. Al respecto, debe señalarse que la atenuante que nos ocupa es ciertamente aplicable, siempre y cuando la conducta descrita no

constituya una obligación *ex lege* (deber de socorro de una víctima de accidente) o resulte incorporada al tipo penal como subtipo atenuado, en cuyo caso la trascendencia penológica viene contemplada ya en la norma penal. Es de todo punto lógico que para que pueda apreciarse la atenuante de autos ha de concurrir un proceder personal del sujeto activo del delito, en tanto que su aplicación no se puede hacer depender del cumplimiento, por parte de una compañía aseguradora de responsabilidades civiles, de sus obligaciones contractuales, pues lo normal y esperado es que concorra tal cumplimiento, siendo lo anómalo precisamente el incumplimiento. De no entenderse así entraríamos en un automatismo ciertamente paradójico, donde la consecuencia de un simple cumplimiento obligacional-contractual implicaría la apreciación de la atenuante *ex* artículo 21.5.^a del Código Penal, circunstancia totalmente ajena al espíritu de la norma».

En idéntico sentido se posicionan la STS 218/2003, de 18 de febrero (Ponente: Juan Saavedra Ruiz), y la STS 1787/2000, de 20 de noviembre (Ponente: Joaquín Delgado García), suscribiendo esta última que «entendemos que la reparación que se produce como consecuencia del cumplimiento de sus deberes contractuales por parte de las compañías aseguradoras, máxime cuando, como aquí, se trata de un seguro obligatorio, no puede configurar la atenuante 5.^a del artículo 21, por más que efectivamente se haya producido en definitiva una reparación a las víctimas, porque no es el culpable el que repara, sino un tercero, la empresa de seguros, aunque ésta lo haga como contraprestación a las primas que pagó el acusado. Es el supuesto ordinario en estos casos. No constituye una conducta particularmente meritoria para el luego declarado culpable, que pudiera merecer una atenuación en su responsabilidad criminal, el hecho de haber cumplido con su deber de tener asegurados los riesgos derivados de la circulación del vehículo de su propiedad, deber que el Estado le impone en aras de una más eficaz protección a las víctimas ante la frecuencia de esta clase de eventos. No cabe calificar como merecedor de esta atenuante el mero hecho de reconocer algo tan normal como lo es el hecho de conducir su propio vehículo, aunque ello desencadene la posterior indemnización a cargo del seguro concertado: en realidad el culpable no repara y, por tanto, no se produce el supuesto de hecho previsto en la norma cuya no aplicación aquí se denuncia (artículo 21.5.^a del Código Penal)».

En sentido manifiestamente contrapuesto, se postula la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial en su Sentencia 311/2005, de 22 de junio, así reza: «en la ejecución de los hechos ha concurrido la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante simple de reparación del daño del núm. 5 del artículo 21 del Código Penal, por cuanto consta que un familiar del procesado y por cuenta de éste, ha ingresado a favor de los familiares del fallecido la suma de 12.000 euros con anterioridad a la vista oral, en concreto el día 8 de junio de 2005».

Posición jurisprudencial que, aunque significativamente minoritaria, es mantenida asimismo por la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona en su Sentencia de 30 de abril de 2001, estimando la apreciación de la circunstancia atenuante de reparación del daño causado del artículo 21.5.^a del Código Penal, en atención al pago realizado por el padre de la acusada.

Para concluir, y a modo de epílogo del presente estudio, donde he tratado de exponer los destacados aspectos, desde mi más particular consideración, que conforman la reparación del daño causado a la víctima por el autor del delito, como realidad o circunstancia

susceptible de modificar la responsabilidad criminal, no quisiera dejar de significar que en un escenario marcado por las voces que con mayor frecuencia y contundencia se alzan por propugnar un sistema penal victimológico, donde la finalidad de las penas y medidas de seguridad, como consecuencias del delito, vayan dirigidas a la efectiva y exclusiva reparación de la víctima, que abogan por la sustitución de la máxima *in dubio pro reo* por *in dubio pro victima* aun en determinados delitos contra la indemnidad sexual, entiendo oportuno atemperar tendencias, producto de un populismo punitivo que no sirve sino al afianzamiento de la desconfiguración y quiebra del sistema penal y de sus consiguientes garantías tan arduamente conquistadas; así entiendo no sólo oportuno sino exigible un derecho penal donde el Estado asegure la efectiva reparación de la víctima, avanzando incluso hacia la previsión de una responsabilidad civil subsidiaria de aquél ante la víctima, por los daños y efectos derivados del delito, evitando la correspondencia reparación-solvencia del delincuente, dotar cauces ágiles y efectivos, con aportación de medios realmente eficientes en orden a la persecución de los culpables, a la celeridad y garantía de los procedimientos, y a la minoración de los efectos del delito; ello acompasado por verdaderas políticas de prevención en diferentes áreas, no necesariamente jurídicas. No obstante, e indeseablemente la efectiva y total reparación de la víctima del delito no es un objetivo alcanzable, el sujeto que ha sufrido directamente los efectos del delito, no se verá del todo reintegrado por más que le sean restituidos los objetos sustraídos o le sea abonado el importe de la reparación de los daños causados, y todo ello, además, en ningún caso es susceptible de justificar la instauración de tan amenazantes y peligrosos principios tales como el referenciado *in dubio pro victima*, que no serviría sino para incrementar aún más el número de víctimas, esta vez por la adición de condenados inocentes que no tuvieron la oportunidad y fortuna de acreditar su inocencia; condenados en definitiva por las manifiestas carencias de un sistema penal que no encontró una firme y sólida respuesta al delito.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, R., «La reparación en derecho penal y la atenuante del Art. 21.5 C.P. Reparación y desistimiento como actos de revocación», *Revista del Poder Judicial*, 63/2001.
- ALONSO FERNÁNDEZ, *Las atenuantes de confesión de la infracción y reparación o disminución del daño*, 1999.
- ÁLVAREZ GARCÍA, «Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación a la víctima (Art. 21.5 Código Penal)», *CPC*, 1997.
- ANTÓN BLANCO, J.L., «Incidencia del cumplimiento de la responsabilidad civil en la responsabilidad penal», *Cuadernos Digitales de Formación*, CGPJ, 2008.
- ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, 2.ª edición, 1986.
- BERISTAIN IPIÑA/GIMÉNEZ PERICÁS, en COBO DEL ROSAL (director), *Comentarios al Código Penal*, Tomo II.
- BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 4.ª edición, 1994.
- COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª edición, 1999.
- HERRERA MORENO, M., *Cuadernos de Derecho Judicial XIV-2006, Curso de CGPJ sobre Las Penas y las Medidas de Seguridad*.

MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 3.^a edición, 1990.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 4.^a edición, 2000.

MUÑOZ CUESTA, en MUÑOZ CUESTA/ARROYO DE LAS HERAS/GOYENA HUERTA, *Las circunstancias atenuantes en el Código Penal de 1995*, 1997.

ORTS BERENGUER, en VIVES ANTÓN (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, volumen I, 1996.

POZUELO PÉREZ, «Las atenuantes 21.4.^a y 21.5.^a1 del actual Código Penal», *CPC*, 1998.

RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal. Parte General*. 18.^a edición, 1995.

RUIZ VADILLO, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (director), *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, tomo I, 1997.

VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES, G. (director), *Comentarios al Código Penal*, 1996.

Revista de

**Derecho
Penal**

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

Página

A

Aborto:

ATC 90/2010, de 14 de julio 109

Agravantes:

Reincidencia:

SAP Toledo 34/2010, de 12 de abril 270

Agresión sexual:

SAP Murcia 29/2010, de 26 de marzo 253

Atentado:

STS 664/2010, de 4 de junio 168

STS 610/2010, de 30 de junio 181

SAP Granada 190/2010, de 26 de marzo 248

Atenuantes:

Confesión:

STS 741/2010, de 26 de julio 211

STS 804/2010, de 24 de septiembre 216

Autoría:

STS 606/2010, de 25 de junio 176

C

Coacciones:

STS 770/2010, de 15 de septiembre 213

Competencia:

STS 754/2010, de 23 de julio 207

STS 854/2010, de 29 de septiembre 221

Costas procesales:

De la acusación particular:

SAP Navarra 51/2010, de 31 de marzo 266

Declaraciones sumariales:

STS 653/2010, de 7 de julio 182

Delito continuado:

STS 527/2010, de 4 de junio 166

Delito fiscal:

STS 606/2010, de 25 de junio 176

Delitos contra la Administración Pública:

SAP Palma de Mallorca 26/2010, de 15 de marzo 233

Delitos contra la integridad moral:

SAP Madrid 352/2010, de 29 de marzo 258

Delitos contra la propiedad intelectual:

SAP Barcelona 290/2010, de 23 de marzo 240

SAP La Rioja 89/2010, de 29 de marzo 256

Delitos contra la seguridad del tráfico:

STS 890/2010, de 8 de octubre 226

SAP Valencia 245/2010, de 13 de abril 271

SAP Tarragona 202/2010, de 21 de abril 273

SAP Tarragona de 22 de abril 274

SAP Madrid 137/2010, de 23 de abril 276

SAP Madrid 141/2010, de 23 de abril 278

SAP Valencia 292/2010, de 27 de abril 279

SAP Madrid 155/2010, de 29 de abril 281

Delitos contra los derechos de los trabajadores:

SAP Jaén 30/2010, de 17 de marzo 237

Delitos relativos a la ordenación del territorio:

SAP Sevilla 218/2010, de 26 de marzo 255

Descubrimiento y revelación de secretos:

SAP Madrid 51/2010, de 26 de marzo 249

Dolo eventual:

STS 802/2010, de 17 de septiembre 214

STS 890/2010, de 8 de octubre 226

E

Entrada y registro:

STS 616/2010, de 3 de junio	165
-----------------------------------	-----

Estafa procesal:

SAP Pontevedra 20/2010, de 31 de marzo	267
--	-----

Expulsión de extranjeros:

STS 791/2010, de 28 de septiembre	219
---	-----

H

Homicidio:

STS 890/2010, de 8 de octubre	226
-------------------------------------	-----

I

Impago de pensiones:

SAP Córdoba 82/2010, de 23 de marzo	242
SAP Murcia 67/2010, de 24 de marzo	244
SAP Barcelona 288/2010, de 26 de marzo	245
AAP Madrid 140/2010, de 26 de marzo	251

Imputabilidad:

STS 582/2010, de 16 de junio	171
STS 686/2010, de 14 de julio	199
STS 890/2010, de 8 de octubre	226

Intervención de las comunicaciones:

STS 513/2010, de 2 de junio	154
STS 705/2010, de 15 de julio	202

L

Lesiones:

STC 41/2010, de 22 de julio	128
STS 728/2010, de 22 de julio	204
STS 855/2010, de 7 de octubre	225

Lesiones:

Imprudentes:

SAP Jaén 30/2010, de 17 de marzo	237
--	-----

N

Nulidad de actuaciones:

STS 630/2010, de 29 de junio	180
------------------------------------	-----

P

Penas:

Prohibición de aproximación:

STC 60/2010, de 7 de octubre	136
SAP Tarragona 190/2010, de 15 de marzo	235

Prescripción:

STC 37/2010, de 19 de julio	122
-----------------------------------	-----

Preterintencionalidad:

STS 855/2010, de 7 de octubre	225
-------------------------------------	-----

Principio *Non bis in idem*:

STS 862/2010, de 4 de octubre	223
-------------------------------------	-----

Prueba biológica:

STS 685/2010, de 7 de julio	187
-----------------------------------	-----

Prueba testifical:

STS 743/2010, de 17 de junio	173
SAP Castellón 129/2010, de 26 de marzo	246

Pruebas:

Proposición:

STS 541/2010, de 2 de junio	163
-----------------------------------	-----

Recurso de apelación:

SAP Tarragona 143/2010, de 16 de marzo	236
--	-----

Responsabilidad civil derivada del delito:

SAP Palma de Mallorca 73/2010, de 22 de marzo	238
---	-----

S

Sobreseimiento libre:

STS 691/2010, de 13 de julio	189
------------------------------------	-----

T

Tentativa:

Desistimiento:

STS 804/2010, de 24 de septiembre	216
---	-----

Tráfico de drogas:

STS 663/2010, de 14 de julio	196
STS 748/2010, de 23 de julio	205

Tribunal del Jurado:

STS 653/2010, de 7 de julio	182
STS 754/2010, de 23 de julio	207
STS 854/2010, de 29 de septiembre	221

U

Usurpación de inmuebles:

SAP La Rioja 97/2010, de 31 de marzo	265
--	-----

V

Violencia de género:

STC 41/2010, de 22 de julio	128
-----------------------------------	-----

Violencia doméstica:

SAP Murcia 74/2010, de 29 de marzo	260
--	-----

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Auto 90/2010 del Pleno del TC, de 14 de julio

Ponente: **Don Federico Trillo-Figueroa Martínez-Conde**

Resumen: **Aborto**

Artículos: **5.1.e), 8 in limine y letras a) y b), 12, 13.4, 14, 15.a), b) y c), 17.2 y 5, 19.2, párrafo primero, y disposición final segunda de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo**

Se recoge el auto (y los votos particulares discrepantes) que deniega la suspensión de diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, en tanto se resuelve sobre el recurso de inconstitucionalidad presentado.

EXTRACTOS DEL AUTO

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La pretensión de los Diputados recurrentes de que se acuerde la suspensión de la vigencia de los artículos 5.1.e), 8 *in limine* y letras a) y b), 12, 13.4, 14, 15.a), b) y c), 17.2 y 5, 19.2 párrafo primero, y disposición final segunda de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, se fundamenta en tres géneros de razones: por una parte, se argumenta que la medida cautelar solicitada es compatible con lo dispuesto en el artículo 30 LOTC, pues lo que el precepto impide es la suspensión de la aplicación de la ley impugnada, pero no de los concretos preceptos de cuya constitucionalidad se duda; en su caso, el Tribunal debería proceder a plantear la autocuestión de inconstitucionalidad respecto al artículo 30 LOTC, lo que determinaría la suspensión de la aplicación de aquél al presente recurso, desapareciendo así el inconveniente legal. Por otra parte, concurre el *periculum in mora* necesario para la adopción de la medida cautelar de suspensión, al existir un evidente perjuicio irreparable. Finalmente, existe en este supuesto el *fumus boni iuris*, pues se trata de una ley que regula numerosas cuestiones en sentido contrario a la doctrina constitucional.

Como resulta evidente, el análisis de los dos últimos argumentos sólo será procedente si se hubiese admitido el primero, cuyo examen resulta prioritario.

2. Como punto de partida, hemos de recordar que, según el artículo 1.1 LOTC, el Tribunal Constitucional «está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica». Pues bien, los argumentos deducidos en la demanda no pueden enervar la imposibilidad de suspender la vigencia de los preceptos impugnados, ya que una y otra impiden que pueda acordarse alguna limitación a la aplicabilidad de la ley estatal como consecuencia de su impugnación ante este Tribunal. En efecto, la Constitución no prevé que, tras su entrada en vigor, la ley estatal pueda ver impedida su aplicabilidad mediante una medida suspensiva o cautelar, mientras que esa previsión sí se contempla en relación con las disposiciones de las Comunidades Autónomas cuando las impugne el Gobierno de la Nación (artículo 161.2 CE). Tal entendimiento se concreta de manera categórica en el artículo 30 LOTC, al disponer: «La admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la Ley, de la disposición normativa o del acto con fuerza de Ley, excepto en

el caso en que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el artículo 161.2 de la Constitución para impugnar, por medio de su Presidente, Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas».

Por consiguiente, resulta patente que, según las determinaciones de la Constitución y la LOTC, no cabe acordar ninguna limitación a la aplicabilidad de la Ley estatal como consecuencia de que haya sido impugnada ante el Tribunal Constitucional. Y en este sentido se ha manifestado este Tribunal en una reiterada y firme doctrina. Ya en la STC 66/1985, de 23 de mayo, FJ 3, nos referimos a la presunción de legitimidad de la que disfrutaban los actos o normas que emanan de poderes legítimos, que obliga a considerar como excepcional la posibilidad de suspender su vigencia o ejecutoriedad; presunción que es tanto más enérgica, añadíamos, cuanto más directa es la conexión del órgano con la voluntad popular, y que llega a su grado máximo en el caso de legislador. Por tanto, mientras no se haya destruido esa presunción a través de la constatación de que la Ley ha infringido la Constitución, esto es, mediante la declaración de su inconstitucionalidad, «toda suspensión de la eficacia de la Ley, como contraria a dicha presunción, ha de ser considerada excepcional, lo que naturalmente impide ver en ella una consecuencia necesaria general o generalizable de la primacía de la Constitución».

Carácter excepcional de la suspensión de las leyes que, en cuanto supone apartamiento de una regla general, requiere, como es lógico, de una previsión que ha de ser expresa, como la posterior doctrina del Tribunal se ha encargado de dejar precisado de manera clara, al afirmar (ATC 141/1989, de 14 de marzo, FJ 2) que esa suspensión «sólo es posible cuando esté expresamente prevista y ni la Constitución ni la Ley Orgánica de este Tribunal han atribuido a la interposición del recurso efecto suspensivo alguno cuando el recurso se dirige contra leyes del Estado ni han otorgado al Tribunal la facultad de acordar en este caso la suspensión de la Ley impugnada. Como intérprete supremo de la Constitución puede el Tribunal declarar la nulidad de los preceptos legales que sean contrarios a aquélla, pero sólo al término de un proceso mediante una decisión que razone la contradicción, pues su autoridad es

sólo la autoridad en la Constitución y no ostenta representación alguna en virtud de la cual pueda recabar para su voluntad libre el poder de ir en contra de lo querido por la voluntad de la representación popular o dejar sin efecto provisionalmente la promulgación acordada por el Rey». Lo que quiere decir que, en el caso de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad de las leyes, el artículo 30 LOTC impide su suspensión tanto automática como a solicitud de parte, fuera del caso previsto en el artículo 161.2 CE. Y es que, como dijimos en el ATC 462/1985, de 4 de julio, «[l]os poderes de suspensión que tiene el Tribunal Constitucional están tasados. La suspensión automática prevista para otros casos (artículo 161.2 citado) o a solicitud de parte (como es el supuesto del artículo 64.3 LOTC) o de oficio o a instancia de parte (caso del recurso de amparo) son reglas que convienen a cada uno de los supuestos para los que están establecidas, pero no pueden extenderse a casos distintos de aquéllos para las que están instauradas».

Doctrina que se ha reiterado en los AATC 128/1996, de 21 de mayo, FJ 2; 266/2000, de 14 de noviembre, FJ único, y 58/2006, de 15 de febrero, FJ 4, en los que se destaca que la vigencia de las decisiones que emanan de los cuerpos legislativos no puede ser suspendida sino en virtud de un apoderamiento expreso que, cuando se trata de las leyes procedentes de las Cortes Generales, no ha sido otorgado al Tribunal Constitucional, según resulta de lo dispuesto en el artículo 30 LOTC, precepto que sólo permite e impone el aplazamiento de la vigencia cuando se trate de leyes autonómicas que impugne el Gobierno de la Nación si lo pide a través de la invocación del artículo 161.2 CE. Así pues, de acuerdo con las citadas previsiones de la Constitución y de la LOTC y con la doctrina constitucional, el Tribunal Constitucional tiene vedada la posibilidad de suspender la aplicabilidad de la ley estatal, por lo que debe rechazarse la petición de suspensión de los preceptos impugnados en el presente recurso de inconstitucionalidad.

3. No alteran la anterior conclusión las alegaciones realizadas en el recurso para justificar la compatibilidad de la medida solicitada con el artículo 30 LOTC o sobre la forma de evitar el obstáculo impuesto por éste. En cuanto a las primeras, porque se fundamentan en

una interpretación insostenible del artículo 30 LOTC, ya que no es posible distinguir con base en su propio tenor entre la ley en su conjunto y los concretos preceptos de la misma que hayan sido impugnados para delimitar el objeto de la regla del reiterado artículo 30 LOTC. La interpretación del precepto de manera acorde con las previsiones constitucionales y sistemáticamente con los demás preceptos de la LOTC reguladores de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad conduce a la inequívoca conclusión de que la imposibilidad de suspender la vigencia de una ley se refiere tanto a ésta en su conjunto como a los preceptos que la integran. Y éste es el entendimiento que de dicha prohibición ha efectuado este Tribunal al denegar las peticiones de suspensión de concretos preceptos de leyes del Estado en los casos resueltos por los AATC 141/1989, 266/2000 y 58/2006, aparte del supuesto a que se refieren los AATC 462/1985 y 565/1985, sobre la solicitud de suspensión del artículo 119 del proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial (que ya era Ley sancionada, promulgada y publicada en el momento de resolver sobre dicha petición) formulada por el Consejo General del Poder Judicial en un conflicto entre órganos constitucionales del Estado. Por lo demás, como señala el Abogado del Estado, tal interpretación, de extenderse al resto de preceptos de la LOTC que contienen el régimen del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad (que también se refieren genéricamente a las leyes), conduciría a la absurda conclusión de que sólo cabrían dichos procedimientos cuando se cuestionara la constitucionalidad de la ley en su conjunto y no cuando se discutiera la adecuación a la Constitución de preceptos aislados de la misma.

La otra línea argumental de la demanda, que postula el planteamiento de la autocuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 30 LOTC, con objeto de obtener la suspensión de su aplicación al presente procedimiento, salvando así el obstáculo legal que impide atender la medida de suspensión postulada por los Diputados recurrentes, resulta inadmisibles, porque se fundamenta en una visión errónea de los presupuestos y consecuencias del planteamiento de la autocuestión de inconstitucionalidad. En efecto, como advierte el Abogado del Estado, tal mecanismo sólo resulta procedente en el caso de los

recursos de amparo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 55.2 LOTC, según se deduce de la propia doctrina de este Tribunal, que ha condicionado el planteamiento de la autocuestión a la previa existencia de un recurso de amparo (SSTC 40/1989, de 16 de febrero, FJ 2; y 48/2005, de 3 de marzo, FJ 6), hasta el extremo de que, en la autocuestión, se ha de ceñir el examen en el perímetro del debate trabado en el recurso de amparo previo (STC 149/2000, de 1 de junio, FJ 2). En todo caso, frente a lo que se afirma en la demanda, el efecto que produce su planteamiento no es el de suspender la vigencia de la ley a la que se refiera la cuestión, sino la suspensión del procedimiento judicial en el que se haya suscitado, como se deriva de los artículos 163 CE y 35.3 LOTC. Es decir, que aun en el supuesto de que se planteara una autocuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 30 LOTC, a raíz de la petición de suspensión formulada por los recurrentes, el precepto continuaría vigente mientras se sustanciara la cuestión, siendo el procedimiento en el que se hubiese suscitado —esto es, el promovido por los recurrentes— el que quedaría en suspenso.

En suma, los argumentos expuestos no logran desvirtuar la reiterada doctrina de este Tribunal sobre la imposibilidad de suspender la vigencia de los preceptos impugnados, sin que, en consecuencia, sea preciso analizar los razonamientos relativos a la existencia de *periculum in mora* y de *fumus boni iuris* que se contienen en la demanda.

Por último, atendiendo a lo interesado en la demanda y a lo alegado por el Abogado del Estado, este Tribunal Constitucional dará carácter prioritario a la tramitación y resolución del presente recurso.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO DON JAVIER DELGADO BARRIO
RESPECTO DEL AUTO DICTADO EN EL INCIDENTE
DE SUSPENSIÓN PLANTEADO EN EL RECURSO DE
INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 4523-2010.

Con el mayor respeto a la opinión de mis compañeros, he de manifestar mi discrepancia con los razonamientos y la conclusión que han dado lugar al mencionado Auto.

1. Este incidente de suspensión suscita ante todo dos cuestiones clásicas en el terreno de la actuación de los órganos jurisdiccionales: por una parte, el reto que los hechos, cuando presentan una radical novedad, plantean a una reiterada doctrina jurisprudencial, y por otro, la posición del Juzgador ante el silencio de la ley, que obliga a examinar si éste es realmente una laguna y, en caso afirmativo, cómo integrarla.

Y me refiero ya a los hechos: se está tramitando en este Tribunal un recurso de inconstitucionalidad dirigido contra la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, que, en lo que ahora importa, amplía las posibilidades legales de la interrupción voluntaria del embarazo. Sobre esta base, y sin que en modo alguno tome en consideración la doctrina del *fumus boni iuris*, es necesario reconocer que existe la posibilidad de que el recurso prospere —no creo que esto pueda descartarse en el momento procesal en que nos hallamos— y dada la inevitable pendencia del proceso durante un cierto lapso de tiempo, el necesario para el desarrollo del procedimiento que ha de conducir a la Sentencia, es claro que durante este tiempo podrán producirse interrupciones voluntarias del embarazo que resultarían inconstitucionales, caso de estimación del recurso, lo que es un supuesto de daño absolutamente irreparable.

Éstos son los hechos, vistos en su pura realidad y con proyección de futuro. Pero estos hechos exigen una valoración constitucional que resulta de la doctrina de este Tribunal: «la vida es una realidad desde el inicio de la gestación» y el *nasciturus* «constituye un bien jurídico» que «está protegido por el artículo 15 de la Constitución» —STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 3—.

¿Hay en nuestro ordenamiento jurídico algún cauce que permita cautelarmente durante la pendencia del proceso proteger «la vida del *nasciturus* (que) es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 de nuestra Norma Fundamental»? —FJ 7 de la ya citada STC 53/1985—.

El Auto del que discrepo contesta negativamente a esta pregunta aplicando una reiterada doctrina del Tribunal que puede sintetizarse así: la suspensión «sólo es posible cuando esté expresamente prevista y ni la Constitución ni la Ley Orgánica de este Tribunal han atribuido a la

interposición del recurso efecto suspensivo alguno cuando el recurso se dirige contra leyes del Estado ni han otorgado al Tribunal la facultad de acordar en este caso la suspensión de la ley impugnada» —ATC 141/1989, de 14 de marzo, FJ 2—.

2. Ciertamente ésta es la doctrina del Tribunal. Pero voy a señalar a continuación los casos para los cuales se ha venido sentando.

En el asunto resuelto por el ATC 462/1985, de 4 de julio —así como en el ATC 565/1985, de 29 de julio, por el que se resolvía el recurso de súplica interpuesto contra el primero— se instaba la suspensión de los efectos de la aprobación por el Congreso de Diputados del proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, mediante el cual se modificaba el régimen de designación de los miembros del Consejo General del Poder Judicial. En el ATC 141/1989, de 14 de marzo, se resolvió la solicitud de suspensión de diversas disposiciones contenidas en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas. El ATC 128/1996, de 21 de mayo, se pronunció sobre la solicitud de suspensión de la declaración como reserva natural de las salinas de Ibiza «Ses Salines», las islas de Freus y las salinas de Formentera. El ATC 266/2000, de 14 de noviembre, decidía sobre la suspensión cautelar de algunos artículos del Real Decreto-ley 7/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes en el sector de las telecomunicaciones. Finalmente, el ATC 58/2006, de 15 de febrero, resolvía la solicitud de suspensión de la ejecución de determinadas disposiciones contenidas en la Ley 21/2005, de 17 de noviembre, que implicaban la entrega a la Generalitat de Cataluña de los documentos incautados con motivo de la guerra civil custodiados en el Archivo general de la guerra civil española.

La simple lectura de los casos que acabo de mencionar proclama la radical diferencia que los separa del que en este momento examinamos.

Por consecuencia, tengo que destacar que nunca en la historia de este Tribunal se había presentado una situación de hecho como la presente. Nunca había ocurrido que durante la pendencia de un proceso pudiera producirse una extinción de vidas, daño terminantemente irreparable, que podría resultar inconstitucional. Estamos pues ante un hecho nuevo que es justa-

mente el dato que, con carácter general, obliga a una nueva reflexión que, en su caso, podría dar lugar a una modificación de la doctrina del Tribunal. Y a esa consideración general, añadido, lo que aquí resulta trascendental, que se trata un hecho nuevo de unas consecuencias de extraordinaria relevancia constitucional.

3. Y es llegado ya el momento de fijar el punto de partida de mi discrepancia con el Auto dictado en este incidente.

Aunque comparto la afirmación del Auto de que la suspensión de las leyes tiene carácter excepcional, no puedo admitir que la viabilidad de tal suspensión exija una «previsión que ha de ser expresa». Con una visión principal del Derecho —se integra éste no sólo por disposiciones escritas sino también por los principios y la normatividad inmanentes en la naturaleza de las instituciones— creo que para dar una protección cautelar al *nasciturus*, un bien jurídico constitucionalmente protegido, evitando que a lo largo del desarrollo del procedimiento se produzcan extinciones de vidas que, en último término, puedan resultar inconstitucionales, no es necesaria una «previsión que ha de ser expresa». Basta con que no exista un principio o una exigencia normativa que lo impida: se trata de proteger cautelarmente una vida que está constitucionalmente protegida.

El artículo 1.1 LOTC somete al Tribunal Constitucional a la Constitución y a la Ley Orgánica de este Tribunal, de suerte que mi reflexión ha de discurrir necesariamente por el itinerario que trazan la Constitución y nuestra Ley Orgánica para determinar si en ellas existe un obstáculo que haga imposible la protección cautelar de la vida del *nasciturus*.

4. En principio son dos las posibles vías de suspensión de la vigencia o aplicabilidad de las leyes impugnadas: la primera se produce indefectiblemente como un efecto directo de la mera interposición del recurso, en tanto que en la segunda es el Tribunal el que, en atención a las circunstancias del caso, puede acordar o no la suspensión.

La Constitución sólo se refiere a la suspensión de las leyes recurridas ante el Tribunal Constitucional en la primera de esas dos modalidades: lo hace, de un lado, al establecer que la

impugnación contemplada por el artículo 161.2 CE producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, y lo hace también, de otro, para excluir el efecto suspensivo de la cuestión de inconstitucionalidad en el artículo 163 CE.

Por el contrario, no se refiere la Constitución de modo expreso a la segunda modalidad de suspensión, la acordada cautelarmente por el Tribunal Constitucional. Este silencio creo que no ha de ser interpretado como la fuente de una prohibición de la suspensión cautelar en este tipo de procesos, sino como una falta de regulación constitucional —no creo que resultase inconstitucional una ley que la estableciese— y desde luego la STC 66/1985, de 23 de mayo, referida a una ley del Estado, no da base para obtener una conclusión prohibitiva de la suspensión cautelar de la ley estatal, única que aquí importa.

Su fundamento jurídico 3 dice así: «los actos o las normas que emanan de poderes legítimos disfrutan de una presunción de legitimidad, que si bien puede ser cuestionada por quien entienda sus derechos vulnerados por aquéllos o éstas (y en el caso de las leyes, también por aquellos legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad), obliga a considerar como excepcional la posibilidad de suspender su vigencia o ejecutoriedad. Esta presunción es, además, tanto más enérgica cuanto más directa es la conexión del órgano con la voluntad popular y llega por eso a su grado máximo en el caso del legislador, que lo es, precisamente, por ser el representante de tal voluntad. Como el legislador está vinculado por la Constitución la constatación de que la Ley la ha infringido destruye la presunción y priva de todo valor a la Ley, pero mientras tal constatación no se haya producido, toda suspensión de la eficacia de la Ley, como contraria a dicha presunción, ha de ser considerada excepcional».

Así pues, la Ley goza de la presunción de legitimidad en «su grado máximo», lo que, subraya la citada STC 66/1985, «obliga a considerar como excepcional la posibilidad de suspender su vigencia». Y excepcionalidad de la suspensión no es imposibilidad o prohibición, sino posibilidad, aunque, desde luego, evidentemente difícil.

Ocurre, sin embargo, que la evolución posterior de la doctrina del Tribunal se ha decantado

en sentido opuesto, como ya he indicado, pero siempre respecto de casos totalmente alejados de la relevancia constitucional del que aquí se examina.

Por otra parte, este punto de partida ha de ser completado con el examen de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

5. En su versión original, vigente hasta su reforma por Ley Orgánica 4/1985, de 7 junio, la LOTC contemplaba la posibilidad de promover ante el Tribunal un recurso previo contra los proyectos de Estatutos de Autonomía o de Leyes Orgánicas, cuya interposición, según el artículo 79.2 LOTC, suspendía «automáticamente la tramitación del proyecto y el transcurso de los plazos».

El recurso previo cumplía, entonces, una función de naturaleza cautelar, como era la de evitar la entrada en vigor de ciertas leyes que pudieran ser contrarias a la Constitución, concretamente aquellas que podían causar un mayor impacto en la integridad de los principios y normas contenidos en la Constitución, es decir, aquellas cuya aplicación durante la tramitación del proceso podría generar, por principio, en virtud de una posible inconstitucionalidad posteriormente declarada, consecuencias de mayor gravedad, como son las leyes orgánicas a las que corresponde el desarrollo de los derechos fundamentales —artículo 81.1 LOTC—. Concretamente, el daño irreparable que es la destrucción de una vida, durante la pendencia del proceso, se evitaba —se evitó en el asunto resuelto por la STC 53/1985, de 11 de abril— mediante el recurso previo.

Esta función cautelar del recurso previo, hacía innecesarias medidas cautelares específicas en previsión de perjuicios irreparable: los más importantes de éstos, los que se pueden derivar de una ley inconstitucional en materia de derechos fundamentales, quedaban cubiertos por el recurso previo viable frente a las leyes orgánicas. Esto permitía a la LOTC excluir en su artículo 30 LOTC el efecto automáticamente suspensivo de los recursos de inconstitucionalidad sin tener que realizar, al tiempo, una atribución expresa al Tribunal Constitucional en punto a la adopción de medidas cautelares en los procesos de control abstracto.

Puede por tanto concluirse que en la versión original de la LOTC, su artículo 30 dejaba fuera del ámbito de su aplicación el terreno correspondiente a las medidas cautelares que no se aplican automáticamente sino sólo por una decisión de este Tribunal en atención a la posibilidad de que se produzcan daños irreparables, pues la función de tales medidas quedaba cubierta por el recurso previo.

De todo ello deriva que la desaparición del citado recurso previo mediante la Ley Orgánica 4/1985, de 7 junio, de reforma de la LOTC, tuvo también como consecuencia la eliminación del instrumento que hasta ese momento había permitido evitar cautelarmente la causación de ese tipo de perjuicios. Sin embargo, creo que este resultado no puede ser interpretado como fruto de una decisión del legislador dirigida a excluir totalmente la posibilidad de que, fuera de los casos previstos en los artículos 161.2 CE y 30 LOTC, se produjera la suspensión de la aplicabilidad de las leyes impugnadas ante el Tribunal Constitucional: la voluntad del legislador expresada en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 4/1985, de 7 junio, pone de manifiesto que lo que se pretendía evitar era que el control previo incidiera negativamente «en el ejercicio de la potestad legislativa que el artículo 66.2 de la Constitución atribuye sin limitaciones a las Cortes Generales», pues la formulación de una impugnación a la que el artículo 79.2 LOTC otorgaba efectos suspensivos terminó generando «consecuencias inesperadas y metaconstitucionales en la última fase del procedimiento de formación de la Ley».

La anomalía que se pretendía corregir estaba asociada, por tanto, al efecto suspensivo absoluto y global del recurso previo pero no a una suspensión cautelar eventual caracterizada por dos notas: en primer término, no derivaría de la mera interposición del recurso, sino de la decisión de este Tribunal y, en segundo lugar, habría de operar con carácter rigurosamente excepcional —se trata de suspender leyes—, pues sólo sería viable en casos de gravísimos daños irreparables —piénsese en la extinción de una vida que puede resultar inconstitucional—. Y buena prueba de que los perniciosos efectos que, en lo que aquí importa, se atribuían al recurso previo no se producirían con una suspensión cautelar como la que

acabo de describir, es que en los veinticinco años transcurridos desde la supresión del recurso previo, ha sido una sola vez, hoy, cuando se ha planteado la posibilidad de la suspensión cautelar de una ley estatal con un fundamento constitucional tan relevante como es el artículo 15 CE.

Puedo sintetizar así lo expuesto: a) la existencia del recurso previo hacía innecesaria la regulación de una suspensión cautelar casuística encomendada al Tribunal; b) la finalidad perseguida por la Ley Orgánica 4/1985 se cumplía con la eliminación de los efectos suspensivos ineludiblemente generales del recurso previo; c) para el logro de tal finalidad no resultaba necesario prohibir una suspensión cautelar como la que he indicado y que fue innecesaria mientras existió el recurso previo: sin éste aquella suspensión seguía sin regulación, pero, y esto era nuevo, ya sin la figura jurídica que la hacía innecesaria.

En conclusión, creo que la falta de regulación expresa de una potestad para acordar cautelarmente la suspensión de la ley estatal impugnada en los recursos de inconstitucionalidad no constituye un resultado directamente buscado por el legislador de 7 de junio de 1985, sino una laguna normativa generada como consecuencia de la reforma a la que se sometió la redacción original de la LOTC.

Cuestión a analizar a continuación es, por tanto, la de cómo tal laguna deba ser integrada.

6. Y ya en este punto, resulta claro que este Tribunal cuando se plantee la cuestión relativa a la adopción de medidas cautelares en los recursos de inconstitucionalidad habrá de tener en cuenta de forma equilibrada las exigencias derivadas de los diversos principios constitucionales que inspiran esta materia y que presionan en sentidos opuestos: de un lado, el principio democrático, que exige que, con carácter general, las leyes impugnadas ante este Tribunal mantengan su aplicabilidad hasta tanto éste no dicte una resolución sobre el fondo en la que declare su incompatibilidad con la Constitución, principio este dentro del cual se integra el objetivo perseguido por el legislador mediante la ley recurrida y de otro, los principios constitucionales sustantivos cuya integridad se podría ver, en su caso, afectada negativamente si la ley impugnada y finalmente declarada inconstitucional hubiera

mantenido su vigencia durante el curso del procedimiento.

Sobre esta base, entiendo que los argumentos empleados por nuestra doctrina para justificar el carácter pretendidamente tasado de las competencias de suspensión cautelar de la ley deben ser utilizados más bien para justificar la existencia de una relación de intensa preferencia, en el seno del conflicto que subyace en la decisión acerca de la suspensión cautelar de la ley, a favor del mantenimiento como regla de la vigencia y aplicabilidad de la ley recurrida, pero sin impedir que, por excepción, pueda acordarse la decisión contraria en aquellos supuestos en los que el riesgo para la integridad de los principios constitucionales sustantivos procedente de la ley se concrete en perjuicios de especial relevancia constitucional y de carácter absolutamente irreparable.

De este modo, mientras que en la mayoría de las impugnaciones la enunciada relación de preferencia *prima facie* conduciría a desestimar las eventuales solicitudes de suspensión cautelar —esto explica las decisiones de este Tribunal en los Autos que he reseñado en el apartado 2—, en casos de excepcional gravedad podría llegarse a la suspensión.

Éste es el caso de estos autos: el mantenimiento de la aplicabilidad de los artículos 13.4, 14 y 15 de la Ley impugnada, en caso de estimación del recurso, implicaría perjuicios irreparables respecto de un bien jurídico como la vida humana en formación, que «encarna un valor fundamental... protegido por el artículo 15 de la Constitución» (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 3). Y una protección eficaz de este valor constitucionalmente fundamental debe prevalecer cautelarmente sobre las consecuencias de la presunción de constitucionalidad de la ley y aun sobre el objetivo consistente en ampliar las posibilidades de actuación de la mujer. Hubiera debido, por tanto, acordarse la suspensión de la aplicabilidad de los mencionados preceptos, así como también la de la disposición derogatoria única para mantener vigente la posición jurídica de la mujer embarazada en la legalidad anterior.

Y no estará de más añadir que esta conclusión viene a coincidir con la mantenida por el Tribunal Constitucional alemán en el primero de los procesos sobre la despenalización del abor-

to, finalmente resuelto en cuanto al fondo por la Sentencia de 25 de febrero de 1975. La medida cautelar que fijó dicho Tribunal fue el aplazamiento de la entrada en vigor de alguno de los preceptos impugnados —el supuesto relativo al plazo pero no los correspondientes a las indicaciones— hasta tanto no se resolviera sobre el fondo del asunto.

7. Y éste es mi parecer que expongo con el mayor respeto a los compañeros de los que discrepo.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO DON EUGENI GAY MONTALVO
RESPECTO DEL AUTO DICTADO POR EL PLENO
DE ESTE TRIBUNAL EN EL RECURSO DE
INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 4523-2010

Con el debido respeto hacia el criterio mayoritario reflejado en el Auto y de acuerdo con la opinión que mantuve en la deliberación, me siento en la obligación de ejercitar la facultad prevista en el artículo 90.2 LOTC a fin de ser coherente con la posición mantenida.

1. Coincido con el Auto cuando afirma «que la Constitución no prevé que, tras su entrada en vigor, la ley estatal pueda ver impedida su aplicación mediante una medida suspensiva o cautelar» para añadir acto seguido que «esta previsión se concreta de manera categórica en el artículo 30 LOTC» (FJ 2). Dicho de otro modo, ni la Constitución ni la LOTC contemplan la suspensión solicitada por los recurrentes. Dado que existe, por consiguiente, una regulación expresa de la suspensión de las leyes en procedimientos de recursos de inconstitucionalidad, no puede afirmarse la existencia en este punto de una laguna normativa, a cubrir con una interpretación de este Tribunal, cuya doctrina al respecto resulta, como también pone de manifiesto el Auto, «reiterada y firme» (FJ 2). Ello no obstante, conviene recordar que el artículo 30 LOTC no ha sido modificado por las sucesivas reformas parciales de nuestra Ley y, en especial, que el mismo estaba en vigor cuando existía la posibilidad del recurso previo que, con acierto, el legislador suprimió, por lo que el *periculum in mora* no se veía afectado en la medida en que automáticamente quedaba frustrada la posibilidad de entrada en vigor inmediata de la ley pretendida.

2. Sentado lo anterior debo decir, sin embargo, que en este caso particular, por las razones que a continuación expondré y que sostuve en la deliberación del Pleno, procedía haber acordado la suspensión de determinados preceptos de la Ley estatal objeto de recurso.

Como hemos dicho en reiteradas ocasiones la justicia constitucional es rogada, y si bien ello no implica que en ella rija sin más el principio dispositivo (por todas, SSTC 362/1993, de 13 de diciembre; 167/2000, de 26 de junio, y, más recientemente, ATC 333/2007, de 18 de julio), es lo cierto que nos obliga a considerar y atender los argumentos ofrecidos por las partes y, en concreto, los relativos a la existencia de un evidente perjuicio irreparable, cual sería la eliminación de vidas humanas (*periculum in mora*), y la afirmación de que la ley regula en sentido contrario a la doctrina constitucional (*fumus boni iuris*). Ciertamente, el Auto se refiere a estos razonamientos, aunque lo hace para señalar que no resulta preciso analizarlos, dado que los argumentos aportados por los Diputados recurrentes para interesar la suspensión de determinados principios de la Ley Orgánica 2/2010 «no logran desvirtuar la reiterada doctrina de este Tribunal sobre la imposibilidad de suspender la vigencia de los preceptos impugnados» (FJ 3 *in fine*).

Contrariamente a la posición mayoritaria, considero que sí era preciso proceder a este análisis. La Ley Orgánica «de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo» deroga el artículo 417 bis del Código penal introducido en el Código penal de 1973 por la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, sobre la que este Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse a través de la Sentencia 53/1985, de 11 de abril. En esta Sentencia, de denso contenido doctrinal, en la que terminaba en su parte dispositiva declarando la conformidad de la Ley a la Constitución, se asentaban ciertos fundamentos jurídicos respecto de la vida humana que el legislador orgánico no puede, desde entonces, desconocer y que han de informar el Ordenamiento jurídico y las decisiones de todos los órganos jurisdiccionales, sin excepción —y, por consiguiente, también nosotros—, en cuanto al primero de los derechos fundamentales, sin el que carece de sentido cualquier Ordenamiento jurídico.

Como señaló el Tribunal, nos enfrentamos ante «un caso límite en el ámbito del Derecho» (FJ 1), pues exige plantearse «el alcance de la protección constitucional del *nasciturus*... sobre la trascendencia del derecho a la vida dentro del ordenamiento constitucional» (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 3).

Éste (el derecho a la vida) —afirmó el Tribunal—, «reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el artículo 15 de la Constitución, es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional —la vida humana— y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el artículo 10 como germen o núcleo de unos derechos «que le son inherentes». La relevancia y la significación superior de uno y otro valor y de los derechos que los encarnan se manifiesta en su colocación misma en el texto constitucional, ya que el artículo 10 es situado a la cabeza del título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales, y el artículo 15 a la cabeza del capítulo donde se concretan estos derechos, lo que muestra que dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, como el *príus* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos» (FJ 4).

3. Desde la severa y rotunda afirmación del Tribunal de hallarnos ante la consideración de la constitucionalidad de una ley que incide sobre el derecho fundamental por antonomasia, sobre el que se funda el Ordenamiento jurídico, considero que la alegación de los recurrentes de que existe un evidente perjuicio irreparable, debió no sólo considerarse sino también atenderse pues, al afectar al derecho a la vida, éste se convierte, como dijimos, en un *príus* ineludible para el legislador. La Ley Orgánica «de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo» incide sobre el componente estructural básico de nuestra organización jurídica y política, esto es, sobre el derecho a la vida, siendo así que algunos de sus artículos se

refieren a la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo.

A diferencia de lo que ocurría en la ley anterior, en que la posibilidad de la interrupción voluntaria del embarazo se permitía cuando existía contradicción entre derechos fundamentales, pues como hemos dicho ninguno de ellos es absoluto, en esta ocasión con carácter general no se plantea la cuestión en términos de conflictos entre derechos fundamentales, de modo que es la decisión unilateral de la mujer la que puede dar lugar a la interrupción de la gestación de la vida.

Así las cosas, debemos retomar una vez más la STC 53/1985 que estableció, con apoyo en los debates parlamentarios en torno a la elaboración del artículo 15 CE, que «si la Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental —la vida humana— garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional» (FJ 4).

En definitiva, enfrentados ante «un caso límite en el ámbito del Derecho», es precisamente esta circunstancia la que excepcionalmente enerva la imposibilidad de suspender la vigencia de los preceptos impugnados, establecida en la CE y la LOTC. Al igual que el legislador tampoco nosotros podemos desconocer el valor de la vida humana, pues éste ha de informar el Ordenamiento jurídico, incluidas las decisiones de todos los órganos jurisdiccionales.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO DON JORGE RODRÍGUEZ-
ZAPATA PÉREZ AL AUTO DEL PLENO DE 14
DE JULIO DE 2010 DICTADO EN EL RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 4523-2010,
INTERPUESTO POR SETENTA Y UN DIPUTADOS
DEL GRUPO PARLAMENTARIO POPULAR DEL
CONGRESO CONTRA DETERMINADOS PRECEPTOS
DE LA LEY ORGÁNICA 2/2010, DE 3 DE MARZO

En el ejercicio de la facultad conferida por el artículo 90.2 LOTC expreso mi discrepancia

con el Auto que deniega la suspensión de determinadas disposiciones de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, al apreciar la mayoría del Pleno que «resulta patente que, según las determinaciones de la Constitución y la LOTC, no cabe acordar ninguna limitación a la aplicabilidad de la Ley estatal como consecuencia de que haya sido impugnada ante el Tribunal Constitucional», afirmación a la que sigue la cita y reproducción del contenido de diversas resoluciones de este Tribunal.

Es notorio que en repetidas ocasiones hemos entendido que el artículo 30 LOTC veda la posibilidad de suspender la aplicabilidad de las leyes estatales que sean objeto de un recurso de inconstitucionalidad. Pero no lo es menos que nunca se había enfrentado el Tribunal ante la solicitud de suspensión de una ley cuyo contenido afecta de modo tan intenso a los fundamentos mismos de nuestro sistema de derechos fundamentales. Como señalamos en la STC 53/1985, de 11 de abril (FJ 3), el derecho a la vida es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional —la vida humana— y constituye el derecho fundamental esencial y troncal, en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Dentro del sistema constitucional es el punto de arranque, el *prius* para la existencia y especificación de los demás derechos.

Esta excepcionalidad justificaba que el Pleno abriera una reflexión, como lo ha hecho en mí mismo, acerca de la necesidad de profundizar en el significado de los artículos 161.2 CE y 30 LOTC, y sobre la conveniencia de mantener o corregir una doctrina basada en una interpretación de estos preceptos que, según me parece, no es la única posible ni la pertinente, si como voy a justificar, cupiera otra.

En el diseño originario de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional el riesgo de que determinadas leyes posteriormente declaradas inconstitucionales pudieran generar durante su vigencia perjuicios de imposible o difícil reparación, se precavía parcialmente de diversos modos: tratándose de disposiciones legales aprobadas por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, mediante su sus-

pensión automática en caso de ser impugnadas por el Presidente del Gobierno de la Nación con invocación del artículo 161.2 CE; y a esta suspensión *ope legis* de hasta cinco meses de duración puede seguir la adopción por este Tribunal Constitucional de la decisión de prolongarla.

Tratándose de las más relevantes leyes estatales —Estatutos de Autonomía y leyes orgánicas— el instrumento establecido en la LOTC fue el recurso previo de inconstitucionalidad, que tenía efectos suspensivos sobre los textos definitivos de proyectos de ley que fuesen objeto de impugnación ante este Tribunal. Por tanto, en relación con esta actividad legislativa de las Cortes Generales no resultaba necesaria la atribución expresa al Tribunal Constitucional de la facultad de adoptar medidas cautelares a instancia de parte, ante la suspensión necesaria y sin límite de tiempo a que daba lugar la interposición del recurso previo de inconstitucionalidad.

Pero, como es sabido, el recurso previo de inconstitucionalidad fue suprimido por la Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio, lo que supuso una distorsión del sistema de justicia constitucional diseñado inicialmente por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (cfr. FJ 9 de mi VP a la STC 31/2010, de 28 de junio y FJ 3 de mi VP a la STC 247/2007, de 12 de diciembre) que nos debe abocar a considerar si de modo simultáneo a su supresión ha de aflorar —como poder implícito para el adecuado desempeño por el Tribunal de su función y la eficacia de sus pronunciamientos— la facultad de acordar la suspensión de las leyes, como medida cautelar.

De la lectura atenta del artículo 30 LOTC no creo que deba extraerse una conclusión negativa pues lo que este precepto establece es simplemente la regla de que la interposición del recurso de inconstitucionalidad no produce ni conlleva la suspensión *ope legis* de la vigencia y aplicación de las leyes estatales recurridas; de modo que, en realidad, del precepto nada se concluye, ni a favor ni en contra, sobre la posibilidad de que el Tribunal, a instancia de parte y como medida cautelar *ad hoc*, pueda acordar la suspensión de disposiciones legales estatales.

Aunque la LOTC no atribuye al Tribunal explícitamente esta facultad, ello no fue obstáculo para que en el ATC 120/1983, de 21 de marzo, este Tribunal llegara a suspender la eficacia de determinadas disposiciones de la Ley Orgánica 6/1983, de 2 de marzo; este precedente —que no se cita en el Auto aprobado— pone de manifiesto que el Tribunal se consideró facultado —pese a no estarlo expresamente— para suspender disposiciones de una Ley estatal que ya había sido publicada oficialmente, y ello con la finalidad de hacer prevalecer la efectividad del plazo de interposición del desaparecido recurso previo de inconstitucionalidad; finalidad atendible pero, desde luego, de menor entidad que la que ahora nos ocupa. Del mismo modo, tampoco ha sido obstáculo la ausencia de previsión legal expresa, hasta la reforma por Ley Orgánica 6/2007, para que el Tribunal repetidamente se considerara facultado para adoptar medidas cautelares provisionales o *inaudita parte*, en supuestos de urgencia excepcional; o para adoptar medidas cautelares positivas, pese a ser la de suspensión la única prevista en la Ley hasta la mencionada reforma.

Considero que la justificación de la suspensión de las leyes estatales ha de buscarse en la necesidad de precaver perjuicios irreversibles vinculados a los derechos fundamentales de la persona. Como venimos diciendo desde la STC 81/1982, de 21 de diciembre, «no puede, en modo alguno, olvidarse la eficacia directa e inmediata que la Constitución tiene como norma suprema del Ordenamiento jurídico, sin necesidad de esperar a que resulte desarrollada por el legislador ordinario en lo que concierne a los derechos fundamentales y libertades públicas». En no pocas ocasiones la eficacia directa de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución ha llevado a este Tribunal a reconfigurar procesos mediante la creación de trámites no expresamente previstos en las leyes procesales (así, en las SSTC 191/2001, de 1 de octubre; 8/2003, de 20 de enero; 11/2004, de 9 de febrero; 79/2000, de 27 de marzo; y 46/2005, de 28 de febrero). Y en la STC 105/2000, de 13 de abril (FJ 12) hemos afirmado que los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial ostentan una reserva de potestad jurisdiccional

con el fin de garantizar a todos el derecho a la tutela judicial efectiva. Del mismo modo, considero que la eficacia directa de los derechos fundamentales, proclamada en el artículo 53.1 CE, confiere a este Tribunal Constitucional una reserva de potestad jurisdiccional para preservarlos, sin necesidad de ninguna ley que autorice a ello expresamente, al modo como el derecho procesal constitucional ha sido caracterizado por parte de la doctrina alemana: como derecho de aseguramiento de la funcionalidad del órgano (*Funktionssicherungsrecht*).

Una última consideración de futuro se impone. A raíz del Tratado de Lisboa, la configuración de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea como Derecho comunitario de rango primario y la adhesión de la Unión Europea al Convenio europeo de derechos humanos van a permitir que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea —como ya viene haciendo desde 1990 tras los casos Factortame y la Comisión c. Alemania— pueda acordar la suspensión de normas nacionales de rango legal que entren en posible contradicción con los principios del Derecho comunitario si existe riesgo de un perjuicio irreparable a los particulares. Ello paliará parcialmente el déficit de tutela cautelar de los derechos fundamentales de los ciudadanos españoles frente a la protección más completa que dispensan otros Tribunales Constitucionales que pueden acordar la suspensión de la aplicación de las leyes, como el alemán (*Aussetzung des Gesetzesvollzuges*).

En definitiva, creo necesario un matizado *outrule* de la regla general denegatoria de la suspensión de las leyes estatales, que implique la admisión de un nuevo criterio con arreglo al cual la medida cautelar pueda ser acordada en atención a la irreversibilidad de los daños que la aplicación de la ley pueda generar sobre el derecho fundamental a la vida o a la integridad física de las personas (artículo 15 CE), apreciando que, en tales casos, al Tribunal Constitucional corresponde, como poder implícito, la potestad de adoptar las medidas cautelares necesarias para preservar el objeto del proceso y la eficacia de la resolución que en el mismo hubiera de adoptarse, en evitación de daños o perjuicios que, con toda evidencia, son irreparables.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO DON RAMÓN RODRÍGUEZ
ARRIBAS Y AL QUE SE ADHIERE EL
VICEPRESIDENTE DON GUILLERMO JIMÉNEZ
SÁNCHEZ, RESPECTO DEL AUTO DEL PLENO DE
14 DE JULIO DE 2010, DICTADO EN EL RECURSO
DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚM. 4523-2010

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el artículo 90.2 de LOTC y con pleno respeto a la opinión de la mayoría, expreso mi discrepancia con el Auto, por las razones que fundo en las siguientes consideraciones.

Primera.—Al final del FJ 1 del Auto del que discrepo y después de haber descrito sucintamente las alegaciones de la parte recurrente (referidas a que la medida cautelar de suspensión es compatible con lo dispuesto en el artículo 30 LOTC, a que concurre el *periculum in mora*, al existir un evidente perjuicio irreparable y a que concurre el *fumus boni iuris*) se declara que «como resulta evidente, el análisis de los dos últimos argumentos sólo será procedente si se hubiera admitido el primero, cuyo examen resulta prioritario», criterio que elude el que resulta problema esencial y que es la patente irreparabilidad de las consecuencias de aplicación de la Ley recurrida porque afectan a la vida.

A mi juicio, esta cuestión es la determinante y de la que había que haber partido para afrontar el problema de la suspensión cautelar de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo porque, si resultara inconstitucional alguno de los preceptos impugnados, su aplicación en el espacio de tiempo que transcurra entre la entrada en vigor de la Ley y la expulsión de aquella norma del ordenamiento jurídico, habría producido perjuicios irreparables: la extinción de la vida de los *nasciturus* abortados. El Auto no entra en la cuestión, sin duda porque tan imposible era decir que los perjuicios no son irremediables, como que aunque concurra esa circunstancia no podía contemplarse por este Tribunal.

Ante esta situación era preciso, y así lo manifesté, plantear una interrogación esencial: ¿sería la misma la actitud del Tribunal si se tratara de una ley de otro carácter? Pongamos varios ejemplos, que no son ni mucho menos

imposibles: pensemos en una ley que, por condescendencia o acuerdo con una corriente cultural, despenalizara o incluso regulara como prestación sanitaria la ablación del clítoris; pensemos también en una ley que, para evitar atentados terroristas, autorizara la tortura, o en la que, ante una invasión masiva de pateras, dispusiera la inmediata expulsión de los inmigrantes irregulares de raza negra. No es aventurado pensar que se buscarían, y con toda seguridad se encontrarían, «interpretaciones conformes a la Constitución» del artículo 30 LOTC que permitieran al Tribunal, con carácter excepcional, la suspensión de la aplicación de leyes de aquel contenido. Tampoco creo que el Tribunal recibiera ninguna crítica por emplear, una vez más, el sistema de las interpretaciones conformes, como, por cierto, ya hizo con el artículo 39.1 LOTC, que, no obstante decir literalmente que «cuando la Sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados» (lo que no es una cuestión menor) se entendió que podía declararse sólo la inconstitucionalidad y no la nulidad, dejando subsistente la eficacia del precepto en el período anterior a su expulsión del ordenamiento jurídico, lo que se hizo, en un caso concreto, para evitar grandes perjuicios financieros al Estado, si los contribuyentes exigían la devolución de ingresos de un impuesto cobrado de manera inconstitucional; cuanto más cabría hacer un esfuerzo interpretativo para evitar el sacrificio de muchas vidas, aunque lo sean en gestación, y que después podría resultar que lo habían sido de manera contraria a la Constitución.

Por mi parte, quiero dejar claro que en todos aquellos casos, hipotéticamente planteados, apoyaría la suspensión del vigor de la ley estatal como lo he hecho en este caso y por las mismas razones, estrictamente jurídicas, de protección de un derecho fundamental.

Segunda.—El artículo 30 LOTC, al decir que «la admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad, no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la ley, de la disposición normativa o del acto con fuerza de ley, excepto en el caso en que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el artículo 161.2 de la Cons-

titudin para impugnar, por medio de su Presidente, Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas», lo que hace es fijar la regla general de que la sola admisión de un recurso abstracto sobre la constitucionalidad de una ley no lleva implícita la suspensión de su vigencia y aplicación, y a renglón seguido establece ya una excepción: la de la suspensión automática de las leyes autonómicas cuando son impugnadas por el Presidente del Gobierno, invocando la facultad que le confiere la propia Constitución.

Por lo tanto, no puede afirmarse que del solo texto del artículo 30 LOTC nazca una prohibición absoluta de suspensión, máxime teniendo en cuenta que cuando se redactó este precepto había otra excepción, que era la del recurso previo de inconstitucionalidad frente a leyes orgánicas. Precisamente la desaparición del recurso previo dejó al artículo 30 como única norma sobre la cuestión y puede y debe hacerse una interpretación integradora del precepto con la Ley y con la Constitución, como la que sostengo y he mantenido en la deliberación del Auto, del que me aparto.

Las funciones del Tribunal Constitucional son, en lo esencial, por un lado, la depuración del ordenamiento jurídico para adecuarlo a la Constitución y por otro, la protección de los derechos humanos, que se plasman en los derechos fundamentales recogidos en aquélla. Pero ambas funciones no están desconectadas porque la mera adecuación de las leyes a la Constitución podría derivar en un puro formalismo y, consecuentemente, siempre ha de hacerse esa adecuación bajo el prisma de los derechos fundamentales que imponen al Tribunal la obligación, no sólo de ampararlos cuando son vulnerados, sino también la de evitar, en todo momento, el riesgo de que resulten perturbados o suprimidos.

Tercera.—La STC 66/1985, de 23 de mayo, que se invoca en el Auto de la mayoría, dictada con ocasión del recurso de inconstitucionalidad contra la reforma que suprimió el recurso previo, en su FJ 3 declara: «como el legislador está vinculado por la Constitución, la constatación de que la ley la ha infringido, destruye la presunción (de constitucionalidad)

y priva de todo valor a la ley, pero mientras tal constatación no se haya producido, toda suspensión de la eficacia de la Ley, como contraria a dicha presunción, ha de ser considerada excepcional, lo que naturalmente impide ver en ella una consecuencia necesaria general o generalizable de la primacía de la Constitución»; así pues, lo que dijo el Tribunal en aquella ocasión, no fue más que reafirmar el principio general de que la admisión de los recursos no suspende la vigencia y aplicación de la ley y que por lo tanto «toda suspensión» es «excepcional», sin calificar quién había de valorar la naturaleza de la excepcionalidad, ni si correspondía al legislador, a la jurisdicción constitucional o a ambos.

Han sido después, Autos posteriores y no Sentencias, los que han venido a restringir la posibilidad de excepciones al limitarlas a las legalmente establecidas, lo que patentemente no se deducía del párrafo de la Sentencia 66/1985, antes reproducido.

Sin embargo, esos Autos se referían a cuestiones imposibles de comparar con el caso que nos ocupa y, por lo tanto, inaplicables como jurisprudencia: el ATC 462/1985, de 4 de julio, resolvió la pretensión de suspensión cautelar del artículo 119 del proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial; el ATC 141/1989, de 4 de marzo, resolvió la pretensión de suspensión cautelar del artículo 112, apartados a) y c) de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas; el ATC 128/1996, de 21 de mayo, resolvió la pretensión de suspensión cautelar de la Ley 26/1995, de 31 de julio, por la que se declaraba reserva natural las salinas de Ibiza, las islas de Freus y las salinas de Formentera; el ATC 58/2006, de 15 de febrero, denegó determinadas medidas cautelares solicitadas en relación con concretos preceptos de la Ley 21/2005, de 17 de noviembre, de restitución a la Generalitat de Cataluña de los documentos incautados con motivo de la guerra civil y custodiados en el Archivo general de dicha guerra y de creación del Centro documental de la memoria histórica; pues bien, sin ignorar la importancia de esas cuestiones, es la verdad, que palidecen si se las compara con el riesgo de la vida y por ello considero que no pueden invocarse para decir ahora que, como en aquellos casos, no cabe excepción alguna en la vigencia de una ley.

Cuarta.—Sobre la cuestión y el debate a que ha dado lugar, planea la antigua y ya superada polémica entre *ius-naturalistas* y *ius-positivistas*, en unos casos de manera subyacente y en otros perfectamente explícita.

Hay que empezar por advertir que el extremo positivismo puede llevar al literalismo jurídico de la norma escrita y a prescindir de los Principios Generales del Derecho, lo que conduce al relativismo de éstos y de los valores del Ordenamiento. Es más, el retroceso del positivismo radical y la propia desaparición de la polémica doctrinal a que antes me refería, se ha producido a partir de 1948, al irse aceptando y ya afortunadamente de manera general, una ley natural o «metapositiva» de carácter laico o no sometida a una fe religiosa: la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, que no ha emanado de ningún parlamento democrático ni ha sido impuesta por la coacción de los Estados, sino asumida por todos como algo precedente, inviolable y que sólo cabe reconocer y amparar.

Nuestra Constitución ha asumido explícitamente aquellos valores en el artículo 10, que obliga a interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales «de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos», de forma que, cuando uno de esos derechos esté

en juego, una interpretación que no lo proteja será desviada, censurable y contraria a la Constitución. Pues bien, el primero, el principal de los derechos humanos es el de la vida, de manera que, con independencia de quienes y en que casos y formas ostenten ese derecho fundamental, es siempre algo primario, esencial y antecedente de cualquier otro derecho. Al que no se le protege la vida queda expuesto a cualquier mal y carece de sentido que se le reconozcan, un tanto sarcásticamente, otros ilusorios derechos, que sólo los que conservan la vida pueden ejercitar.

Pues bien, el riesgo indiscutible de que mientras se tramita el recurso de inconstitucionalidad se extingan legalmente, pero de forma que después podría declararse inconstitucional, multitud de vidas de *nasciturus* y no ya por incumplimiento (tal vez generalizado) de una ley anterior, sino precisamente por el cumplimiento de la ley ahora cuestionada ante nosotros, obligaba, en atención a la extrema excepcionalidad del caso y sin prejuzgar la cuestión de fondo (lo mismo que no se prejuzga con la decisión contraria) a adoptar la suspensión de la vigencia de aquellos preceptos cuya aplicación podría producir efectos irreversibles para el primero y más fundamental de los derechos humanos: el derecho a la vida.

Sentencia 37/2010, Sala Segunda del TC, de 19 de julio

Ponente: **Vicente Conde Martín e Hijas**

Resumen: **Prescripción de las faltas**

Artículos: **131.2 Código Penal**

Las faltas prescriben a los seis meses con independencia de que, una vez transcurrido ese plazo, se inicie procedimiento por delito.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2. Delimitadas en los términos expuestos las cuestiones planteadas en el presente proceso de amparo, nuestro enjuiciamiento ha de comenzar, en virtud del diferente efecto y alcance que

tendría la eventual estimación de las vulneraciones constitucionales aducidas, por la denunciada infracción de los arts. 24 y 25 CE, por no haber apreciado la Audiencia Provincial la prescripción de la falta por la que ha sido condenado el demandante de amparo, dado que, como con-

secuencia de su supuesta estimación, resultaría en principio innecesario un pronunciamiento de este Tribunal sobre las otras lesiones alegadas (STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 2). Procede, pues, recordar, siquiera brevemente, la doctrina constitucional sentada por este Tribunal acerca del alcance del control externo que podemos ejercer sobre las resoluciones judiciales dictadas en materia de prescripción penal.

a) De acuerdo con la mencionada doctrina constitucional, la apreciación en cada caso concreto de la concurrencia o no de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad criminal es, en principio, una cuestión de legalidad que en origen corresponde decidir a los Tribunales ordinarios y que carece, por su propio contenido, de relevancia constitucional, lo que no significa, sin embargo, que cualquiera que sea la decisión que se adopte en materia de prescripción en el proceso penal sea irrevisible a través del recurso de amparo, sino que, por el contrario, la aplicación de dicho instituto en el caso concreto puede ser objeto de examen constitucional en sede de amparo. Y ello porque la «prescripción penal, institución de larga tradición histórica y generalmente aceptada, supone una autolimitación o renuncia del Estado al *ius puniendi* por el transcurso del tiempo, que encuentra también fundamentos en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculpado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal; a lo que añadíamos que dicho instituto «en general, encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica», si bien, por tratarse de una situación de libre configuración legal, no cabe concluir que su establecimiento suponga una merma del derecho de acción de los acusadores ..., ni que las peculiaridades del régimen jurídico que el legislador decida adoptar —delitos a los que se refiere, plazos de prescripción, momento inicial de cómputo del plazo o causas de interrupción del mismo— afecten, en sí mismas consideradas, a derecho fundamental alguno de los acusados» (STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 2; en el mismo sentido, SSTC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 7;

79/2008, de 14 de julio, FJ 2, y resoluciones en ellas citadas).

b) Por lo que se refiere a la determinación del canon aplicable para proceder, en su caso, a la revisión de una decisión judicial apreciando o negando la existencia de prescripción, hemos declarado que es el propio del art. 24 CE, en cuanto exige para entender otorgada la tutela judicial efectiva que la pretensión sea resuelta mediante una resolución que sea razonada, es decir, basada en una argumentación no arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni incurso en error patente. Ahora bien, dada la trascendencia de los valores constitucionales en juego en la aplicación del Derecho penal, hemos señalado que el estándar de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso en estos casos, por tratarse de supuestos en los que están en juego otros derechos fundamentales, ya que, en efecto, no puede desconocerse que la decisión judicial desestimatoria de la prescripción extintiva de una infracción penal abre paso a la posibilidad de dictar una Sentencia condenatoria que, por su propio contenido, supone la privación de bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, pues descarta que concurra uno de los supuestos en los que el legislador ha establecido una renuncia o autolimitación del Estado al *ius puniendi* por el transcurso del tiempo. La trascendencia de aquellos valores en juego exige, en este ámbito, tanto la exteriorización del razonamiento por el que se estima que no concurre el supuesto previsto en la ley, como que el mismo se manifieste a través de una motivación en la que, más allá de su carácter razonado, sea posible apreciar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución. Por lo tanto, la decisión, por la que se desestima una pretensión de prescripción de una infracción penal no puede, pues, limitarse a una simple verificación o cómputo del tiempo transcurrido desde la comisión del hecho delictivo en cuestión, ni a un mero cotejo de ese lapso temporal con el plazo de prescripción legalmente establecido, sino que, al afectar a los derechos fundamentales a la libertad y a la legalidad penal de quien invoca la causa extintiva de la responsabilidad penal, debe contener un razonamiento expresivo de los elementos tomados en cuenta por el órgano ju-

dicial al interpretar las normas relativas a la institución —que, por otra parte, distan mucho de ser diáfanas—, en el entendimiento de que esa interpretación debe estar presidida por la *ratio legis* o fin de protección de dichas normas. De manera que no resultará suficiente un razonamiento exclusivamente atento a no sobrepasar los límites marcados por el tenor literal de los preceptos aplicables, sino que es exigible una argumentación axiológica que sea respetuosa con los fines perseguidos por el instituto de la prescripción penal (SSTC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3; 29/2008, de 20 de febrero, FJ 7; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 8; 79/2008, de 14 de julio, FJ 2; 129/2008, de 27 de octubre, FJ 8).

c) En relación con los fines de la institución, este Tribunal tiene declarado que lo que el establecimiento de un plazo temporal para que el Estado pueda proceder a perseguir las infracciones penales persigue a su vez es que no se produzca una latencia *sine die* de la amenaza penal que genere inseguridad en los ciudadanos respecto del calendario de exigencia de responsabilidad por hechos cometidos en un pasado más o menos remoto; o, dicho con otras palabras, el plazo de prescripción toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculpado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal. De manera que lo que la existencia de la prescripción penal supone es que la infracción penal tiene un plazo de vida, pasado el cual se extingue toda posibilidad de exigir responsabilidades por razón de su comisión. Pero también obedece a la esencia de la propia amenaza penal, que requiere ser actuada de forma seria, rápida y eficaz, a fin de lograr satisfacer las finalidades de prevención general y de prevención especial que se le atribuyen. Para lograr esa inmediatez no basta con la prohibición de dilaciones indebidas en el procedimiento sino que el legislador penal ha acudido a un instrumento más conminatorio, por el que se constriñe a los órganos judiciales a iniciar el procedimiento dentro del término previa y legalmente acotado o a olvidarlo para siempre.

Los plazos de prescripción responden pues, esencialmente, a un deseo de aproximación del

momento de la comisión de la infracción penal al momento de imposición de la pena legalmente prevista, dado que sólo así pueden satisfacerse adecuada y eficazmente las finalidades antes mencionadas. Ni que decir tiene que ese deseo conlleva una incitación a los órganos judiciales y a los acusadores públicos y privados a actuar diligentemente a fin de no demorar el inicio de la persecución penal. La diligencia del Juez y de la parte acusadora también es, por consiguiente, una de las finalidades que con carácter inmediato persigue la prescripción penal, en el entendimiento de que toda negligencia de uno y otra conduce a favorecer al supuesto delincente con la eventual impunidad de su conducta (SSTC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 4; 79/2008, de 14 de julio, FJ 2).

(...)

4. Dos elementos fácticos han de destacarse del precedente relato de las actuaciones judiciales. De una parte, como se afirma expresamente en la Sentencia de apelación, que entre la fecha de comisión de los hechos constitutivos de infracción penal —3 de julio de 2000— y la presentación de la querrela por la acusación particular —1 de marzo de 2002— y su admisión a trámite —15 de abril de 2002— habían transcurrido casi dos años, o, con otras palabras, se había sobrepasado con creces el plazo de seis meses que para la prescripción de las faltas establece el art. 131.2 CP. De otra parte, que la causa se tramitó por el procedimiento abreviado para delitos (libro IV, título II LECrim), aunque el demandante de amparo fuese finalmente condenado como autor de una falta prevista y tipificada en el art. 621.3 CP.

La Audiencia Provincial incurre en el razonamiento que dedica a la prescripción alegada por el demandante de amparo en un error material, al considerar que el Ministerio Fiscal había calificado inicialmente los hechos como constitutivos de delito y que fue en el acto del plenario, al elevar sus conclusiones a definitivas, cuando los calificó como constitutivos de un falta de imprudencia del art. 621.3 CP, pues consta en las actuaciones, y así se recoge en la Sentencia del Juzgado de lo Penal, que el Ministerio Fiscal ya en el escrito de acusación calificó los hechos imputados al recurrente como

constitutivos de una falta. Sin embargo, a este error no puede conferírsele trascendencia constitucional alguna, ya que no constituye la *ratio decidendi* de la desestimación de la prescripción de la falta por la que ha sido condenado el recurrente. La decisión de la Audiencia Provincial se funda en la consideración de que al habersele imputado al demandante de amparo un delito y seguirse la causa por el procedimiento para los delitos el plazo de prescripción es el correspondiente al delito inicialmente imputado, aunque los hechos hayan sido finalmente considerados y penados por los órganos judiciales como constitutivos de una falta. En apoyo de este razonamiento cita la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1997.

Ahora bien, no sólo son distintos los supuestos objeto de la Sentencia recurrida en amparo y de la Sentencia del Tribunal Supremo que se cita en ésta, como permite apreciar su lectura, pues en aquélla el motivo de casación basado en la prescripción de la falta devino superfluo, sino que además y principalmente ha de señalarse que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo viene manteniendo sobre la prescripción de las faltas cuando se persiguen en un procedimiento por delito una doctrina consolidada, radicalmente distinta a la reflejada en la Sentencia impugnada en amparo. En efecto, en supuestos como el que nos ocupa —plazo de prescripción desde la fecha de comisión de la infracción hasta que se dirige el procedimiento contra el culpable—, el Tribunal Supremo viene manteniendo que las faltas prescriben a los seis meses, plazo que establece el art. 131.2 CP, sin que a ello sea óbice la presentación posterior de una querrela por supuesto delito o la deducción de posterior testimonio, pues si la falta prescribió por el transcurso de seis meses desde su comisión sin que se hubiese iniciado procedimiento alguno contra sus autores, la formulación ulterior de una querrela o la deducción de un testimonio calificándolo como delito no puede revivir una responsabilidad penal que ya se ha extinguido por imperativo legal, de modo que si la Sentencia definitiva declara el hecho falta habrá que considerarlo prescrito por estarlo ya cuando el procedimiento se inició (STS 1444/2003, de 6 de noviembre, con cita de las

SSTS 1181/1987, de 3 de octubre, y 879/2002, de 17 de mayo. En el mismo sentido, SSTS 1384/1999, de 8 de octubre; 505/2005, de 14 de abril; 592/2006, de 28 de abril; 311/2007, de 20 de abril, por todas).

Es evidente, como el Ministerio Fiscal pone de manifiesto, la falta de acomodación de la Sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo sobre el plazo de prescripción de las faltas cuya prosecución se lleva a cabo por el procedimiento para los delitos, pues en este caso la prescripción se denunciaba por haber transcurrido el plazo de prescripción legalmente establecido desde la comisión de la infracción hasta que el procedimiento se dirigió contra el demandante de amparo, esto es, por no haberse iniciado el procedimiento antes de que hubiese transcurrido el plazo legalmente establecido de prescripción de la falta, de modo que, de conformidad con referida jurisprudencia, la falta habría de considerarse prescrita por el transcurso del plazo de prescripción de seis meses que establece el art. 131.2 CP. La Audiencia Provincial incurre en el error de aplicar al caso enjuiciado la doctrina del Tribunal Supremo para el supuesto del cómputo de la prescripción por paralización del procedimiento cuando éste se ha iniciado antes de que hubiera transcurrido el plazo de prescripción de la falta, en el que, a tenor de dicha doctrina, ha de estarse al título de imputación. No obstante, la evidente falta de adecuación de la Sentencia de la Audiencia Provincial a la doctrina del Tribunal Supremo no es por sí misma motivo suficiente para estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente en amparo, de acuerdo con el canon de constitucionalidad aplicable a las decisiones judiciales sobre prescripción penal anteriormente determinado.

5. La Audiencia Provincial desestima la denunciada prescripción de la falta a la que ha sido condenado el recurrente en amparo, que ésta fundó en el transcurso del plazo de prescripción de seis meses que para faltas establece el art. 131.2 CP desde la comisión de la infracción penal hasta que el procedimiento se dirigió contra él (art. 132 CP), al considerar que al haberse seguido la falta por el procedimiento previsto para los delitos debía de estarse

al plazo de prescripción del delito inicialmente imputado.

Desde la perspectiva que nos es propia, citando nuestras consideraciones exclusivamente al concreto caso suscitado en la vía judicial previa, esto es, la posible prescripción de una falta cuando su persecución se realiza en un procedimiento por delito por el transcurso del plazo de prescripción legalmente establecido desde la fecha de comisión de la infracción penal hasta que el procedimiento se dirige contra el culpable, esto es, por la no iniciación del procedimiento penal antes de que hubiera transcurrido el plazo legalmente establecido para la prescripción de la falta, ha de señalarse que el criterio interpretativo mantenido por la Audiencia Provincial no se compadece, de acuerdo con la doctrina constitucional de la que se ha dejado constancia en el fundamento jurídico 2, con la esencia y fundamento de la prescripción, ni satisface la exigencia constitucional de que toda decisión judicial adoptada en esta materia manifieste un nexo de coherencia con la norma que le sirve de fundamento y con los fines que justifican la existencia de esa causa extintiva de la responsabilidad penal.

El referido criterio interpretativo convierte en ilusorias las previsiones del art. 131.2 CP, que dispone que «las faltas prescriben a los seis meses», y del art. 132 CP que establece, a los efectos que ahora interesan, que dicho término se computará «desde que se haya cometido la infracción punible», y que «la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable». Aunque no puede ser calificado como arbitrario, dicho criterio excede del propio tenor literal de aquellos preceptos, que en modo alguno condicionan el plazo de prescripción de las faltas y su cómputo al procedimiento que se hubiera seguido para su enjuiciamiento. La interpretación judicial plasmada en la Sentencia recurrida excede del más directo significado gramatical del tenor de los preceptos legales en este caso concernidos.

Se trata además de un criterio interpretativo que no resulta coherente con los fines que justifican la existencia de la prescripción. Hemos declarado en resoluciones anteriores que

el establecimiento de un plazo de prescripción de los delitos y faltas no obedece a la voluntad de limitar temporalmente el ejercicio de la acción penal de denunciantes y querrelados (configuración procesal de la prescripción), sino a la voluntad inequívocamente expresada por el legislador penal de limitar temporalmente el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado en atención a la consideración de que el simple transcurso del tiempo disminuye las necesidades de respuesta penal (configuración material de la prescripción) [SSTC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 6; 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12]. Si el fin o fundamento de la prescripción en materia punitiva reside en la «autolimitación del Estado en la persecución de los delitos o faltas», o, en otras palabras, si constituye «una renuncia o autolimitación del Estado al *ius puniendi*», que tiene como efecto no la prescripción de la acción penal para perseguir la infracción punitiva, sino la de esta misma, lógicamente, en supuestos como el que ahora nos ocupa, la determinación de las previsiones legales aplicables sobre la prescripción han de ser las correspondientes no al título de imputación, esto es, a la infracción penal que se imputa al acusado, inicialmente o a lo largo del procedimiento, sino a la infracción de la que resulta penalmente responsable, es decir, la infracción penal que hubiera cometido y por la que habría de ser condenado de no concurrir la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad penal. De lo contrario, se haría recaer y soportar sobre la persona sometida a un proceso penal los plazos de prescripción correspondientes a una infracción penal que no habría cometido y de la que, por lo tanto, tampoco habría de ser responsable. La interpretación de la normativa reguladora de la prescripción efectuada por la Audiencia Provincial no resulta por tanto coherente con el fundamento material de la prescripción en los principios de seguridad jurídica, intervención mínima y necesidad preventivo-general y preventivo-especial de la pena.

Tampoco puede considerarse razonable una interpretación como la mantenida en la Sentencia de apelación que viene a dejar en última instancia la determinación de los plazos de prescripción en manos de los denunciantes o querellantes. En efecto, como señala el Mi-

nisterio Fiscal, la argumentación en la que la Audiencia Provincial funda la desestimación de la prescripción en este caso permite que por la mera circunstancia de que los denunciantes o querellantes califiquen los hechos objeto de denuncia o querrela como constitutivos de una infracción penal de mayor gravedad que la que realmente constituyen son de aplicación unos plazos de prescripción que permiten la iniciación y prosecución del proceso cuando los hechos ya están prescritos, otorgando de este modo a los denunciantes y querellantes la virtualidad de formular de forma extemporánea sus pretensiones punitivas, obviando, en contra del inculpado, los plazos de prescripción legalmente establecidos. La falta de coherencia de la situación a la que conduce el razonamiento de la Sentencia de apelación con los fines o fundamentos de la prescripción penal resulta en este extremo evidente a la vista de nuestra doctrina, según la cual los «plazos de prescripción de los delitos y de las penas son —como en forma unánime y constante admite la jurisprudencia— una cuestión de orden público, no estando por consiguiente a disposición de las partes acusadoras para que sean éstas quienes los modulen» (STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 10), resultando, por lo tanto, indisponibles para las partes actantes en el procedimiento penal, toda vez que lo que prescribe, como ya hemos tenido ocasión de señalar, no es la acción penal para perseguir la infracción, sino esta misma.

Además no resulta una interpretación constitucionalmente admisible en cuanto es una interpretación restrictiva contra reo carente del necesario rigor en relación con el tenor literal de la norma que le sirve de fundamento y con los fines de la prescripción. En este sentido, en modo alguno resulta ocioso recordar que este Tribunal tiene declarado que por estar en juego el principio de legalidad por imposición de la propia Constitución (art. 25.1 CE), «resulta patente que los términos en que el instituto de la prescripción ... venga regulado han de ser interpretados con particular rigor en tanto que perjudiquen al reo», «sin posibilidad de interpretaciones *in malam parte*» de la normativa reguladora de la prescripción (art. 25.1 CE), «que está al servi-

cio de la seguridad jurídica de los imputados y que implica ... una limitación al ejercicio del *ius puniendi* del Estado como consecuencia de la renuncia del mismo» (STC 29/2008, de 20 de febrero, FFJJ 10 y 12).

Con base en las precedentes consideraciones hemos de concluir que la interpretación realizada por la Audiencia Provincial de la norma contenida en el art. 132.2 CP no satisface el canon de motivación reforzada exigible en toda decisión judicial acerca de si los hechos denunciados están prescritos o no, al oponerse al fundamento material de dicho instituto, ignorar la *ratio* que lo inspira y no resultar, por ello, coherente con el logro de los fines que con él se persiguen. La Sentencia recurrida, por lo tanto, ha vulnerado el derecho del demandante de amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), al haber desestimado su pretensión de que la falta por la que fue condenado se encontraba ya prescrita en función de una interpretación del mencionado precepto legal que no resulta coherente con el canon constitucional aplicable.

6. La estimación de la denunciada lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), nos ha de llevar necesariamente en este caso a considerar también vulnerado el art. 25.1 CE, al no haber apreciado los órganos judiciales la prescripción de la falta por la que el demandante de amparo ha sido condenado, por lo que el restablecimiento en la integridad de sus derechos requiere la declaración de nulidad no sólo de la Sentencia de la Audiencia Provincial, sino también la del Juzgado de lo Penal núm. 15 de Madrid, que le condenó como autor de una falta de imprudencia médica de carácter leve (art. 621.3 CP), sin que para ello sea óbice que la demanda de amparo no se haya dirigido formalmente contra esta Sentencia, pues, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, ha de entenderse impugnada esta última resolución judicial en cuanto ha sido lógica y cronológicamente presupuesto de la Sentencia de apelación (por todas, STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 1) y a ella es imputable en su origen la lesión del derecho fundamental invocado en la demanda por haber sido condenado el recurrente como autor de una falta prescrita.

Sentencia 41/2010 del Pleno del TC, de 22 de julio

Ponente: **Javier Delgado Barrio**

Resumen: **Violencia de género**

Artículos: **148.4 Código Penal**

Se reitera la doctrina expuesta en las SSTC 59/2008 y 45/2009 (recogidas, respectivamente, en los números 25 y 27 de la *Revista de Derecho Penal*) y otras concordantes, en el sentido de rechazar que la agravación introducida en el delito de lesiones por la Ley Orgánica 1/2004, de Protección Integral contra la Violencia de Género conculque el principio de igualdad. Recogemos también los votos particulares discrepantes. Se reitera la misma doctrina (y votos particulares) en las SSTC 45/2010, de 28 de julio (BOE de 12 de agosto) y 52/2010, de 4 de octubre (BOE del 29).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

4. Una vez sentado lo anterior procede abordar las alegaciones formuladas en los Autos de interposición de las presentes cuestiones de inconstitucionalidad, para cuya correcta comprensión es preciso tener en cuenta las siguientes consideraciones:

a) La primera de las dudas vertidas por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete respecto de la constitucionalidad del art. 148.4 CP se refiere a su eventual incompatibilidad con el principio de igualdad (art. 14 CE), por introducir una injustificada diferencia de trato por razón de sexo, que conlleva una discriminación para el varón al ver agravada la pena de dos a cinco años de prisión por el delito de lesiones cuando sea sujeto activo del hecho y éste se cause a una mujer que sea o haya sido su esposa o haya mantenido análoga relación de afectividad, frente a la pena más leve, de seis meses a tres años, que correspondería a la mujer por hechos idénticos cometidos sobre un varón.

b) Por otro lado, las quejas relativas a la vulneración de los arts. 1 y 10 CE, que fundan los Autos en que tal discriminación supondría una conculcación de los valores de la libertad, la dignidad de la persona y la justicia, deben entenderse tributarias de la primera y principal denuncia, quedando englobadas en ella a los efectos de su estudio conjunto. Lo mismo ocurre en el caso de la alegación relativa al art. 9 CE,

tanto por lo que respecta a la supuesta «discriminación positiva» de la mujer respecto al varón, como en lo que atañe a la vulneración del principio de seguridad jurídica, que en los Autos se considera una derivación de la lesión del valor de la justicia como consecuencia del tratamiento diferente que la norma dispensa a los hombres y a las mujeres.

c) En segundo lugar, el art. 148.4 CP generaría, además, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y del principio de culpabilidad, al presumir, sin posibilidad de prueba en contrario, que toda acción lesiva del varón hacia la mujer posee una finalidad discriminatoria, razón que justificaría la mayor gravedad de la conducta.

d) La queja relativa a la vulneración del principio de legalidad (art. 25.1 CE) se fundamenta en la indeterminación semántica de la expresión «personas especialmente vulnerables», si bien la misma no forma parte del precepto cuestionado, el art. 148.4 CP, sino del apartado siguiente, que, de modo independiente de la anterior, establece una agravación facultativa de la pena en caso de que las lesiones se ocasionen a personas que reúnan tal particular circunstancia y que convivan con el autor. Sin embargo, ni la constitucionalidad de este apartado quinto ha sido cuestionada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete, ni sus Autos contienen tampoco una argumentación específica dirigida a justificar su aplicabilidad y relevancia (art. 35.1

LOT), motivos por los cuales no procede analizar el fondo de la alegación relativa a la vulneración del principio de legalidad (art. 25.1 CE).

e) En definitiva, al igual que hemos señalado en recientes pronunciamientos de este Tribunal en los que se han resuelto las dudas planteadas sobre la constitucionalidad de diversos preceptos penales incorporados al Código Penal, como el que ahora nos ocupa, por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (así, las SSTC 59/2008, de 14 de mayo, u 81/2008, de 17 de julio, entre otras, que resuelven diversas cuestiones de inconstitucionalidad interpuestas respecto al primer inciso del art. 153.1 CP, precepto que recoge el delito de maltrato ocasional; la STC 45/2009, de 19 de febrero, en la que la posible objeción de constitucionalidad se dirigía al art. 171.4 CP, sobre el delito de amenazas leves; o la STC 127/2009, de 26 de mayo, respecto del delito de coacciones leves recogido en el art. 172.2 CP), son dos las dudas centrales de constitucionalidad que formula aquí el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete: la primera es si el precepto incorpora un tratamiento punitivo diferente de la misma conducta en función del sexo de los sujetos activo y pasivo que sería contrario al art. 14 CE y, por extensión, a los arts. 1.1, 9 y 10.1 CE; y la segunda es si el precepto contiene una presunción contraria al derecho a la presunción de inocencia y al principio de culpabilidad consistente en que las agresiones de los hombres a las mujeres que son o fueron su pareja constituyen una manifestación de discriminación. Procede a continuación analizar cada una de ellas.

5. En relación con la duda relativa a si el precepto cuestionado vulnera o no el derecho a la igualdad reconocido en el art. 14 CE, nuestro análisis debe partir de las siguientes consideraciones de alcance general;

a) Por un lado, hemos de comenzar recordando que la duda se refiere a la selección legislativa de una determinada conducta para su consideración como delictiva con una determinada pena, y que esta labor constituye una competencia exclusiva del legislador para la que «goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva

de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática» (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre, FJ 4). Es al legislador al que compete «la configuración de los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo» (SSTC 55/1996, FJ 6; 161/1997, FJ 9; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23)». Por ello, nuestro análisis del precepto cuestionado «no puede serlo de su eficacia o de su bondad, ni alcanza a calibrar el grado de desvalor de su comportamiento típico o el de severidad de su sanción. Sólo nos compete enjuiciar si se han respetado los límites externos que el principio de igualdad impone desde la Constitución a la intervención legislativa» (STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 6; en idéntico sentido, SSTC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 3; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 3).

b) Por otro lado, debe también precisarse que el canon de enjuiciamiento a aplicar es el propio del principio general de igualdad y no el de la prohibición de discriminación por razón de sexo, que es el que utiliza el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete al expresar su duda, puesto que, tal y como hemos señalado en relación con otros preceptos del Código penal modificados por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, tampoco en el caso del art. 148.4 CP «constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados ... La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa ... que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada» (STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7; en idéntico sentido, SSTC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 3; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 3).

c) Finalmente, resta señalar que, desde la perspectiva que se deriva del principio general de igualdad, la constitucionalidad de la norma cuestionada exige «que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas» (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4). Al igual que ocurría en el caso de las Sentencias de este Tribunal a las que se ha hecho referencia, la aplicación de este canon de constitucionalidad al art. 148.4 CP exige verificar sucesivamente que la norma que incorpora la diferenciación persigue un fin legítimo, que el establecimiento de ese tratamiento diferenciado resulta adecuado para la satisfacción del citado fin y que las consecuencias que se derivan de la diferencia superan un control de proporcionalidad (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

6. El primero de los presupuestos de la razonabilidad de la diferenciación es el relativo a la legitimidad del fin que persigue la norma que la incorpora.

a) Al igual que hemos afirmado en resoluciones anteriores sobre otros preceptos del Código penal modificados por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de la exposición de motivos y del articulado de esta última se deduce que el art. 148.4 CP «tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales» (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

b) En esas mismas resoluciones hemos declarado que, «tanto en lo que se refiere a la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, que el legislador entiende como insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja, como en lo relativo a la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito, que es una lacra que se imbrica con dicha lesividad, es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley, y en concreto del precepto penal ahora cuestionado, y la suficiencia al respecto de las razones aportadas por el legislador» (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

7. El segundo presupuesto de la razonabilidad de la diferenciación normativa cuestionada se refiere a la adecuación o funcionalidad de la medida que la incorpora respecto de la consecución del fin perseguido por el legislador, que se producirá si resulta razonable el entendimiento del legislador de que concurre un mayor desvalor en las lesiones cuando éstas son cometidas por un varón contra quien es o fue su mujer, o tenga o haya tenido análoga relación afectiva, pues sólo entonces resultará razonable que deba imponerse una pena más grave para prevenirlas.

Aplicando este criterio al precepto cuestionado también debemos considerar satisfecho este segundo requisito porque, de acuerdo con nuestra doctrina, «no resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural —la desigualdad en el ámbito de la pareja— generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en

el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado. No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece» (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 9; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

8. Además de la razonabilidad de la diferenciación, que se concreta en los dos presupuestos anteriores, el principio general de igualdad exige también que la misma no conduzca a consecuencias desproporcionadas que deparen que dicha razonable diferencia resulte inaceptable desde la perspectiva constitucional.

a) Con carácter general, es preciso tener en cuenta, por una parte, que este control de proporcionalidad que se deriva del art. 14 CE exige valorar «tanto la razón de la diferencia como la cuantificación de la misma: habrá de constatar la diferencia de trato que resulta de la norma cuestionada y relacionarla con la finalidad que persigue» (STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 10).

b) Por otra parte, el «baremo de esta relación de proporcionalidad ha de ser de “contenido mínimo”, en atención de nuevo a la exclusiva potestad legislativa en la definición de los delitos y en la asignación de penas, y en convergencia con el baremo propio de la proporcionalidad de las penas (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 12)», de manera que «[s]ólo concurrirá una desproporción constitucionalmente reprochable *ex principio* de igualdad entre las consecuencias de los supuestos diferenciados cuando quepa apreciar entre ellos un “desequilibrio patente y excesivo o irrazonable ... a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles

y de su concreción en la propia actividad legislativa” (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9; 161/1997, FJ 12; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23)» (STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 10).

c) Conviene recordar, en fin, que el presente es «un juicio de constitucionalidad, que es el único que nos compete, y que el mismo nada dice acerca de la oportunidad de la norma ni de su calidad, ni siquiera en términos de axiología constitucional» (SSTC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

9. A la vista de todo ello, la norma cuestionada tampoco ha de merecer reproche constitucional alguno en relación con esta tercera exigencia del principio de igualdad. El art. 148.4 CP establece una pena mínima de dos años de prisión que, ciertamente, supone una considerable agravación con respecto a la mínima de seis meses de prisión que prevé el tipo básico, recogido en el art. 147.1 CP; y su límite máximo se eleva hasta los cinco años, frente al máximo de tres años de prisión que contempla la modalidad básica de lesiones. Sin embargo, al igual que hemos afirmado ante la agravación de falta a delito prevista en los arts. 171.4 CP para las amenazas leves y 172.2 CP para las coacciones leves, dicha diferencia no genera como consecuencia un «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable» del tratamiento penal contemplado en ambos supuestos, en virtud de los tres motivos que a continuación se exponen.

a) En primer lugar, debe insistirse, siguiendo lo declarado en las ya citadas Sentencias, en la particular trascendencia de la finalidad de la diferenciación incorporada por la norma, que, como hemos señalado, se encuentra razonablemente encaminada a la tutela de la libertad, la integridad y la dignidad de las mujeres, que el legislador entiende insuficientemente protegidas en el ámbito de las relaciones de pareja, así como a combatir la desigualdad y neutralizar la subordinación a la que las mujeres han estado sometidas tradicionalmente en dicho ámbito (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FFJJ 8 y 10; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

b) En segundo lugar, ha de señalarse también que el art. 148.5 CP incorpora una modalidad agravada de lesiones, con idéntica pena que

la anterior, para los casos en que la víctima sea persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, lo que permite, eventualmente, equiparar la respuesta penal dispensada a las lesiones realizadas por el varón hacia quien es o fue su pareja femenina a la prevista para otras lesiones graves acontecidas «en el seno de tales relaciones: las que reciba una persona especialmente vulnerable (hombre o mujer) que conviva con el autor o con la autora» (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 10; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

c) En tercer lugar, a los efectos del juicio de proporcionalidad no puede desconocerse la opción seguida por el legislador de dejar al arbitrio del juez la aplicación de la agravante, siendo la misma, a tenor de su redacción típica, de imposición facultativa, debiendo atenderse para ello «al resultado causado y al riesgo producido». Ello supone que para la aplicación del art. 148.4 CP no sólo habrían de concurrir las circunstancias específicas descritas —que la víctima sea mujer que sea o haya sido pareja del autor—, sino que, junto a ello, sería preciso que los hechos expresaran un injusto cualificado, un mayor desvalor derivado ya de la intensidad del riesgo generado por la acción del autor, ya de la gravedad del resultado causado. Expresado en otros términos, la mayor gravedad de la pena en el precepto cuestionado no vendría dada exclusivamente por la existencia presente o pasada de una relación de pareja entre el sujeto activo hombre y la mujer, sino por la concurrencia añadida de una particular gravedad de la conducta para el bien jurídico protegido, pudiendo optar el juzgador por no imponer la agravación si, aun estando ante un supuesto de violencia de género, no se apreciara tal particular intensidad lesiva en el riesgo o en el resultado.

En definitiva, los tres motivos señalados conducen a descartar que las consecuencias derivadas del tratamiento diferenciado previsto por el art. 148.4 CP sean desproporcionadas y, por tanto, a rechazar la alegación relativa a su inconstitucionalidad por vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE).

10. Esta conclusión ha de extenderse a otras alegaciones que, según se ha indicado ya, los Autos de promoción de las cuestiones

de inconstitucionalidad hacen descansar en las consecuencias que se derivarían del tratamiento diferente que la norma dispensa a los hombres y a las mujeres en relación con otros preceptos.

a) Por una parte, una vez descartada la alegación relativa a la vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE), cabe hacer lo mismo, por los mismos motivos, respecto de la vulneración del art. 9 CE, y ello tanto por lo que se refiere a la supuesta «discriminación positiva» de la mujer respecto del varón, como por lo que respecta a la vulneración del principio de seguridad jurídica a raíz del carácter supuestamente discriminatorio del precepto impugnado.

b) Por otra parte, en el marco de la argumentación de la duda relativa al principio de igualdad (art. 14 CE), los Autos de cuestionamiento también aluden a la posible oposición del art. 148.4 CP a los valores relativos a la justicia y la dignidad de la persona (arts. 1.1 y 10.1 CE) en cuanto que presumiría que la mujer es en todo caso una persona especialmente vulnerable y el hombre «un maltratador nato». Esta objeción no puede ser acogida, no sólo porque ya se ha rechazado la lesión principal a la que se vincula, relativa al derecho a la igualdad, sino también porque no cabe acoger su presupuesto. Por un lado, el precepto cuestionado no cataloga a la mujer como persona especialmente vulnerable, ni presume que lo sea. Y, por otro lado, tampoco contiene consideración alguna acerca de la mayor agresividad de los hombres o de ciertos hombres. Según hemos afirmado recientemente en relación con otras disposiciones del Código penal modificadas a raíz de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, la disposición impugnada «[p]rocede, simple y no irrazonablemente, a apreciar la especial gravedad de ciertos hechos “a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad” (STC 59/2008, FJ 9; STC 81/2008, de 17 de julio, FJ 5)» (STC 127/2009, de 26 de mayo, FJ 5).

11. Por último, tampoco podemos compartir que la previsión normativa analizada desconozca el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y el principio de culpabilidad, puesto que, frente a lo alegado en los Autos de promoción de estas cuestiones, el art. 148.4 CP

no se sustenta en la existencia de una presunción legislativa de que en las agresiones del hombre hacia quien es o ha sido su mujer o su pareja femenina afectiva concurre una manifestación de discriminación, sino que, tal y como hemos señalado en relación con otros preceptos penales cuyo origen se encuentra en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, «[l]o que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas» (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 11; 81/2008, de 17 de julio, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 6).

De igual modo, tampoco cabe considerar que se castigue al concreto autor por hechos cometidos por otras personas, al modo de una culpa colectiva, ni tampoco cabe estimar la alegación, inserta en la duda sobre el principio de igualdad, relativa a que la medida penal cuestionada es propia de un «Derecho penal de autor». Tal y como afirmamos en la STC 59/2008, de 14 de mayo, para rechazar idéntica alegación, «que en los casos cuestionados el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta que se esté sancionado al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquella en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción» (FJ 11).

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO DON JAVIER DELGADO BARRIO
RESPECTO DE LA SENTENCIA DE 22 DE JULIO
DE 2010, DICTADA EN LAS CUESTIONES DE
INCONSTITUCIONALIDAD ACUMULADAS NÚMS.
2755-2007 Y 7291-2008 Y AL QUE SE ADHIERE
DON VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS

La indicada Sentencia reitera la doctrina establecida por este Tribunal a partir de la STC 59/2008, de 14 de mayo, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5939-2005, por lo que, puesto que mantengo mi discrepancia, me

remito al Voto particular que formulé respecto de esta última.

Y en éste es mi parecer, del que dejo constancia con el máximo respeto a mis compañeros.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO DON JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA
PÉREZ A LA SENTENCIA DEL PLENO DE 22
DE JULIO DE 2010 QUE RESUELVE LAS
CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD
ACUMULADAS NÚMS. 2755-2007 Y 7291-2008,
SOBRE EL ART. 148.4 DEL CÓDIGO PENAL,
EN LA REDACCIÓN DADA POR LA LEY
ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE

Haciendo uso de la facultad atribuida por el art. 90.2 LOTC expreso en este Voto particular mi discrepancia con la Sentencia aprobada por el Pleno, en la medida en que aplica la doctrina fijada en las SSTC 59/2008, de 14 de mayo; 45/2009, de 19 de febrero; y 127/2009, de 26 de mayo, a las que formulé Voto particular («Boletín Oficial del Estado» de 4 de junio de 2008, 14 de marzo de 2009 y 20 de junio de 2009).

Sostuve entonces y reitero ahora que nuestra cultura jurídica se asienta en buena medida en principios forjados por la Revolución francesa. El art. 1 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789 proclama que «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos»; su art. 6 declara que «La ley es la expresión de la voluntad general ... Debe ser igual para todos, tanto cuando proteja como cuando castigue. Todos los ciudadanos son iguales ante sus ojos»; y su art. 9 añade, en fin, que «todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable».

Estos principios son reconocibles en la Constitución española, cuyo art. 10.1 destaca la dignidad de la persona como fundamento de nuestro sistema constitucional; el art. 14 consagra el principio/derecho de igualdad; y el art. 24.2 reconoce el derecho a la presunción de inocencia.

¿Respeto estos principios el art. 148.4 del Código penal? La posición que expreso en el presente Voto particular exige diferenciar tres niveles de enjuiciamiento, referidos a la compatibilidad de la Constitución con una sanción agravada de la violencia de género, la constitucionalidad de la concreta fórmula empleada por

el legislador en el art. 148.4 CP y los fundamentos que acoge la Sentencia para declarar la constitucionalidad del precepto cuestionado.

1. Constitucionalidad de la punición agravada de la violencia de género.

No admite discusión la existencia de una forma específica de violencia que viene denominándose violencia de género, así como tampoco el que la sociedad se muestra justamente indignada y alarmada ante la constante sucesión de actos violentos protagonizados por quienes actúan creyéndose con derecho a disponer de la vida de su pareja. Ello demanda un tratamiento penal específico, cauces procesales ágiles y medidas cautelares eficaces. Más aún, es necesario transmitir a las víctimas de esta violencia que, todos en general y las instituciones en particular, estamos comprometidos en erradicarla.

En las dos últimas décadas el legislador español ha venido aprobando diversas medidas penales con el propósito de prevenir y sancionar esta modalidad de violencia y, a mi juicio, no se incurre en inconstitucionalidad por incorporar una penalidad agravada para combatirla, porque lo relevante no son las concretas consecuencias físicas de la agresión sino su inserción en un proceso que provoca la subordinación de la mujer, la desestabilización de la personalidad y del equilibrio psíquico de la víctima, extendiendo sus efectos sobre el desarrollo integral de los hijos menores que puedan convivir con la mujer maltratada. Por tanto, sostengo la constitucionalidad de las medidas penales que proporcionen un tratamiento diferenciado y agravado de la violencia de género.

2. Problema de taxatividad que suscita la fórmula empleada por el legislador en el art. 148.4 CP.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, señala en su art. 1.1 que constituye su objeto actuar contra la violencia que, «como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia».

Sin embargo, en el art. 148.4 CP ese elemento finalista no se ha incorporado al texto finalmente aprobado por el legislador —y los trabajos parlamentarios permiten entender que tal omisión ha sido deliberada— por lo que el precepto, aplicado en sus propios términos, sólo atiende al hecho objetivo de que se cause una lesión que menoscabe la integridad corporal o la salud física o mental y requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico, cualquiera que sea la causa y el contexto de dicha acción. Esta falta de identidad entre la redacción dada al precepto cuestionado y el propósito declarado por la Ley que lo introduce en el Código penal, genera una duda razonable acerca de cuál sea la conducta tipificada por el legislador, duda que ya por sí misma es incompatible con el imperativo de taxatividad —*lex certa*— que deriva del art. 25.1 CE, puesto que el principio de legalidad penal, cuando se proyecta sobre la función legislativa, obliga a configurar las leyes sancionadoras llevando a cabo el máximo esfuerzo posible para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones (por todas, STC 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5).

3. La interpretación del precepto que la Sentencia estima conforme con la Constitución.

Si nos adentramos en el verdadero sentido y alcance de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, se advierte que lo que se pretende combatir a través de la tutela penal que dispensa es un tipo de comportamiento social identificado como machismo, cuando se manifiesta, en este caso, a través de una agresión. Si lo que hubiera que someter a comparación fueran las agresiones que hombre y mujer pueden realizarse recíprocamente, ciertamente habría que concluir que el art. 148.4 CP lesiona el art. 14 CE. Pero si se advierte que lo sancionado es el sexismo machista (cuando se traduce en la conducta agresiva) es cuando se comprende que estamos ante un delito especial que sólo puede ser cometido por el varón y del cual sólo puede ser víctima la mujer. En este sentido, no me parece que lesionara el principio de igualdad que el legislador configurase círculos concéntricos de protección (sexismo

violento, intimidatorio o coactivo contra cualquier mujer, en el ámbito familiar o doméstico y contra la pareja) puesto que los efectos de la acción punible se prolongan e irradian con diferente intensidad en cada uno de estos ámbitos.

Sin embargo, lo que a mi juicio resulta incompatible con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) es la presunción adversa de que toda agresión cometida por un varón contra su pareja o ex pareja sea siempre una manifestación de sexismo que deba poner en actuación la tutela penal reforzada del art. 148.4 CP.

Esta cuestión capital sólo obtiene una respuesta elusiva en la Sentencia, cual es entender que el legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones sino que «lo que hace el legislador ... es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas» (FJ 11). Obsérvese que, para la Sentencia, no es el Juez quien en cada caso debe apreciar el desvalor o constatar la lesividad de la conducta, sino que es el legislador quien lo ha hecho ya. Lo cierto es que una lectura atenta o repetida de la Sentencia pone de manifiesto que, desde la perspectiva de la misma, el art. 148.4 CP contiene una definición de violencia de género que parte de entender, como dato objetivo, que los actos violentos que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen siempre actos de poder y superioridad frente a ella, con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad, porque lo relevante es que el autor inserta su conducta en una pauta cultural (FJ 11), lo que implica un especial desvalor de la acción, que justifica la punición agravada. En realidad, para la Sentencia, aunque formalmente lo niegue, el autor del referido delito debe ser sancionado con arreglo al plus de culpa derivado de la situación discriminatoria creada por las generaciones de varones que le precedieron, de cuyas consecuencias penales no puede desprenderse aun cuando la agresión cometida obedezca a motivos distintos o aunque su concreta relación de pareja no se ajuste al patrón sexista que se trata de erradicar.

A mi juicio, esta presunción es incompatible con los principios del Derecho penal moderno, que ha desarrollado criterios de atribución de responsabilidad «concretos», por el hecho propio y

no por hechos ajenos. Entiendo que el principio de culpabilidad resulta infringido cuando indiscriminadamente se aplica el referido art. 148.4 CP a acciones que tengan su origen en otras posibles causas y, lo que es más grave, sin que conlleve la necesidad de probar que se ha actuado abusando de esa situación de dominación.

4. La posición jurídica de la mujer como sujeto pasivo del delito tipificado en el art. 148.4 CP.

La Sentencia, quizá sin quererlo, se suma a un superado Derecho penal paternalista que promueve una concepción de la mujer como «sujeto vulnerable» que, por el solo hecho de iniciar una relación afectiva con un varón, incluso sin convivencia, se sitúa en una posición subordinada que requiere de una específica tutela penal, equiparada a la que el mismo art. 148.5 CP dispensa a la «persona especialmente vulnerable». Este enfoque resulta inaceptable en la sociedad actual, que no admite el viejo rol de la mujer como «sexo débil» que históricamente le colocaba en una posición equivalente a la de los menores e incapaces, de quienes se presume una posición de debilidad sin posibilidad de prueba en contrario. Esta perspectiva resulta contraria al art. 10.1 de la Constitución, que consagra la dignidad de la persona como uno de los fundamentos de nuestro sistema constitucional y cuya noción se halla en la base del concepto de derechos fundamentales (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 4), debiéndose recordar que la dignidad de la persona, que encabeza el título I de la Constitución, constituye un primer límite a la libertad del legislador (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3).

No en vano todas las reformas penales realizadas desde la década de los años ochenta han procurado la apertura de los tipos penales a modalidades de comisión en las que el sexo de los sujetos no fuera relevante. Así, desde la reforma penal de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, no existe la agravante de «desprecio de sexo», justificándose su eliminación durante los debates parlamentarios de abril de 1983 en la necesidad de «acabar con el mito de la debilidad de la mujer» porque hombres y mujeres nacen y viven radicalmente iguales en derechos, como proclama el art. 14 de nuestra Constitución y, como creo, es

norma esencial —diría que de «orden público»— en cualquier ámbito de nuestro ordenamiento jurídico. Al tiempo, resulta profundamente injusto considerar que todas las mujeres tienen el mismo riesgo de opresión, como si sólo el sexo incidiera en el origen del maltrato, cuando lo cierto es que las condiciones socio-económicas desempeñan un papel que la Sentencia silencia.

5. Expreso, por último, mi deseo de que estas sentencias no marquen el inicio en nuestro ordenamiento del cumplimiento del sueño de Mezger: dos Derechos penales; un Derecho penal para la generalidad, en el que, en esencia, seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora. Y, junto a él, un Derecho penal completamente diferente, para grupos especiales de determinadas personas.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO DON RAMÓN RODRÍGUEZ
ARRIBAS, RESPECTO A LA SENTENCIA DEL
PLENO DE FECHA 22 DE JULIO DE 2010 DICTADA
EN LAS CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD
NÚMS. 2755-2007 Y 7291-2008

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de LOTC y con el pleno respeto a

la opinión de la mayoría, expreso mi discrepancia con la Sentencia que fundo en las siguientes consideraciones:

Único.—Parto de la base de que la cuestión planteada ante este Tribunal por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete, respecto al art. 148.4, del Código penal, por su posible contradicción con los arts. 1.1, 9, 10, 14, 17, 24.2 y 25.1 CE, en la redacción dada por la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, está formulada con gran rigor jurídico y asentada en sólidos argumentos, hasta el punto de que si la interpretación del precepto, que se hace razonablemente en el correspondiente Auto, fuera la única posible, conduciría inexorablemente a la declaración de inconstitucionalidad; conclusión a la que también llega la Sentencia de la mayoría.

Discrepo abiertamente del Fallo de la Sentencia en cuanto a la desestimación de las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 2755-2007 y 7291-2008, en sentido contrario, remitiéndome al Voto particular que formulé en la cuestión de inconstitucionalidad 5939-2005, concretamente en los ordinales 2 a 4.

Sentencia 60/2010 del Pleno del TC, de 7 de octubre

Ponente: **Javier Delgado Barrio**

Resumen: **Alejamiento forzoso de la víctima**

Artículos: **57.2 Código Penal**

Se declara la constitucionalidad del artículo 57.2 del Código Penal, cuestionada en la medida en que el alejamiento que allí se establece resulta de obligada imposición, sin atender al parecer de la víctima.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURIDICOS

3. Una vez comprobada la concurrencia de los presupuestos del art. 35 LOTC, conviene ahora delimitar con precisión el objeto exacto de la cuestión que se somete a nuestro enjuicia-

miento, así como las vulneraciones constitucionales aducidas:

a) Por un lado, la duda sobre la constitucionalidad del art. 57.2 CP formulada en el Auto de planteamiento se refiere a la imposición obligatoria —la expresión «en todo caso»— de la

pena de prohibición de aproximación a la víctima —también denominada en el lenguaje forense «pena de alejamiento»— y de suspensión del régimen de visitas respecto de los hijos comunes menores, sin atender a los presupuestos de gravedad y peligrosidad establecidos como criterio general en el art. 57.1 CP, prescindiendo de la solicitud o deseo de la víctima y demás familiares, y con independencia de la existencia de una amenaza real o potencial a su integridad. El precepto cuestionado, tras la modificación introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, habría convertido una pena de aplicación potestativa, cuya imposición se hacía depender de un juicio de pronóstico sobre la reiteración delictiva efectuado a partir de la gravedad del hecho o de la peligrosidad del autor, en una pena de imposición forzosa, puesto que obliga al Juez o Tribunal a acordarla «en todo caso» si la condena lo es por alguno de los delitos mencionados en el art. 57.1 CP y el sujeto pasivo del mismo es una de las personas descritas en el art. 57.2 CP, con abstracción, pues, de la mayor o menor entidad de los hechos o del peligro que represente el delincuente y, además, sin tener en consideración la voluntad de los afectados.

A pesar de que el núcleo de la duda de inconstitucionalidad se refiere al inciso «en todo caso», la impugnación ha de entenderse referida al precepto en su conjunto, puesto que el art. 57.2 CP establece una regla particular para determinados supuestos en la que la especialidad se limita a configurar como obligatorio lo que el art. 57.1 CP contempla como facultativo, de tal modo que si el inciso controvertido se declarase inconstitucional el art. 57.2 CP quedaría privado de contenido por entero.

b) Por otro lado, la duda de constitucionalidad del art. 57.2 CP descansa sobre las cuatro alegaciones siguientes. En primer lugar, la Sala estima que el precepto cuestionado infringe el principio de personalidad de las penas (art. 25.1 CE). La imposición del alejamiento en contra de la voluntad de la víctima supondría la aplicación de una pena a quien no ha cometido ilícito penal alguno, puesto que, dada su inescindible bilateralidad, se haría imposible la efectividad del alejamiento sin afectar a la libre determinación de la víctima.

En segundo término, la imposición forzosa de la pena de alejamiento lesionaría el derecho de la víctima a no padecer indefensión (art. 24.1 CE), puesto que se le impondría una medida que indefectiblemente le afecta sin haber sido oída, sin haber participado en el proceso, e, incluso, con independencia de su eventual participación, ya que el órgano judicial estaría obligado a aplicarla por encima de las razones que la víctima hubiera podido exponer.

En tercer lugar, la Sala aduce que el art. 57.2 CP vulnera el principio de proporcionalidad de las penas (art. 25.1 CE en relación con el art. 9.3 CE). La pena de alejamiento, en la forma en que es regulada en el art. 57.2 CP, sería innecesaria puesto que las funciones de esta pena serían las que justifican la imposición de las penas principales previstas para cada uno de los distintos delitos y, además, el art. 57.1 CP permite ya a los Tribunales aplicar la pena si lo consideran conveniente para proteger a la víctima, incluso contra su propia opinión, en atención a la gravedad del hecho y al pronóstico de reincidencia; sería, además, inidónea porque la prohibición de acercamiento sólo tendría sentido si se vincula a fines preventivo-especiales y cautelares de protección, por lo que su aplicación automática, al margen del peligro y de la necesidad de proteger a la víctima, le privaría de explicación racional y la convertiría en arbitraria; y también sería, finalmente, desproporcionada en cuanto su imposición forzosa impediría al juez ejercer su función básica de determinar y adecuar la pena a las condiciones del hecho castigado y a la efectiva protección de la víctima. Todo ello haría, en fin, del art. 57.2 CP una norma penal desproporcionada y, por tanto, arbitraria (art. 25.1 CE en relación con el art. 9.3 CE).

Finalmente, el precepto cuestionado afectaría a la libertad de elegir residencia y circular libremente por el territorio nacional (art. 19.1 CE), produciendo también una vulneración del art. 18.1, en relación con los arts. 10 y 1.1 CE, ya que la imposición obligatoria del alejamiento tendría una directa incidencia en el derecho a la intimidad familiar que, como consecuencia y derivado del derecho al desarrollo de la personalidad, supone una manifestación de la autodeterminación personal que no puede ser invadida

por los poderes públicos salvo en los supuestos estrictamente necesarios para la preservación de otros valores superiores, siendo así que en este caso el precepto impone el alejamiento sin tener en cuenta ni el tipo de delito, ni su gravedad, ni su influencia en las relaciones de convivencia, ni la peligrosidad del condenado y sin posibilidad de ponderar la opinión de la víctima y el juicio que le merezca al Tribunal sentenciador.

4. La Sala imputa al art. 57.2 CP, en primer lugar, la infracción del principio de personalidad de la pena (art. 25.1 CE), al imponerse a la víctima una sanción penal sin haber cometido hecho punible alguno.

El principio de personalidad de las penas, que forma parte del de legalidad penal y se encuentra, por tanto, comprendido en el derecho reconocido en el art. 25.1 CE, «implica que sólo se puede responder penalmente por los actos propios y no por los ajenos [SSTC 131/1987, de 20 de julio, FJ 6; 219/1988, de 22 de noviembre, FJ 3; 254/1988, de 21 de diciembre, FJ 5; 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2; 146/1994, de 12 de mayo, FJ 4.b); 93/1996, de 28 de mayo, FJ 1, y 137/1997, de 21 de julio, FJ 5]» (STC 125/2001, de 4 de junio, FJ 6). Sin embargo, conforme a nuestra doctrina los postulados del art. 25.1 CE únicamente resultan aplicables a aquellas medidas que sean auténtica manifestación del ejercicio del *ius puniendi*, siendo impropio su aplicación, «como resulta de las SSTC 73/1982, 69/1983 y 96/1988, a supuestos distintos o a actos, por su mera condición de ser restrictivos de derechos, si no representan el efectivo ejercicio del *ius puniendi* del Estado o no tienen un verdadero carácter sancionador» (STC 164/1995, de 8 de noviembre, FJ 4; 125/2001, de 4 de junio, FJ 6).

Procede partir aquí de la diferencia esencial entre los efectos propios —por directos e inmediatos— de la pena sobre los derechos cuya privación o restricción implica la medida en la que se concreta, de los efectos externos —que, por contraste con los anteriores, podrían calificarse como indirectos o mediatos— que esa misma medida pueda tener sobre otros derechos o intereses legítimos, tanto del responsable del hecho punible como de terceros, y que, por más que deban tomarse en consideración, según se

comprobará posteriormente, en el análisis de la proporcionalidad de la norma cuestionada, no constituyen por sí mismos el objeto de una sanción en sentido estricto. En el caso que nos ocupa, el objeto de la pena de prohibición de aproximación prevista en el art. 57.2 CP no restringe el derecho de la víctima sino del autor del delito o, dicho en otros términos, la pena de prohibición de aproximación no se impone a la víctima sino exclusivamente al autor del hecho punible, siendo meridiana en este sentido la dicción del art. 48.2 CP («La prohibición de aproximarse...impide al penado...»). Cuestión diversa, como observa el Abogado del Estado, es que esta pena, como ocurre, por lo demás, con todas, pueda tener una repercusión negativa sobre terceros. Y si en algunas ocasiones es el patrimonio y por ello el nivel económico familiar el que puede resultar afectado, según ocurre, por ejemplo, con la pena de multa o la de inhabilitación, en otras ocasiones la consecuencia de la pena es la separación física y la ruptura de la convivencia cotidiana, tal y como sucede con la pena de prisión o, en fin, con la aquí debatida prohibición de aproximación. Esa separación física representa un efecto externo de la pena controvertida que podrá ser tanto más intenso cuanto más próximos sean el vínculo o los afectos de aquellas personas con el penado, y que se producirá, por cierto, con independencia de que su imposición tenga lugar en el marco del art. 57.2 CP o sea fruto del margen de arbitrio que al juez reconoce el art. 57.1 CP.

En definitiva, pese a la distinta naturaleza y entidad de la secuela que puede originar cada una de las penas contempladas en la legislación penal, no puede acogerse la alegación del órgano promotor de la cuestión, en el sentido de que en el caso concreto de la pena de alejamiento el efecto de la quiebra de la vida en común constituye, en sí mismo, una pena impuesta a la víctima en cuanto supone una carga directa sobre ella. Y ello por el esencial razonamiento de que la restricción de derechos que al ofendido puede irrogarle la ejecución de la prohibición de aproximación es, en todo caso, una consecuencia anudada al sentido propio de la pena impuesta al condenado, pero no es resultado de una manifestación del ejercicio del *ius puniendi* del Estado sobre el ofendido, puesto que, de

un lado, no son sus derechos sino los del autor del delito los que resultan restringidos mediante la imposición de la pena de prohibición de aproximación *ex art. 57.2 CP*, ni ésta se impone a la víctima, de otro, como una medida represiva que «castig[ue] una conducta realizada porque sea antijurídica», una propiedad esta que, en lo que ahora importa, ha destacado este Tribunal como específica de las sanciones, ni tampoco cumplen, en fin, esos efectos sobre el ofendido ninguna de las finalidades retributivas y preventivas propias de éstas (SSTC 239/1988, de 14 de diciembre, FJ 2; 164/1995, de 8 de noviembre, FJ 4 y 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 3). Por estas razones ha de descartarse una posible infracción del principio de personalidad de la pena (art. 25.1 CE).

5. Tampoco cabe apreciar que la imposición forzosa de la pena ocasione al ofendido la indefensión prohibida por el art. 24.1 CE. Ante todo, es preciso observar que, al tener su origen en la posibilidad de que se le imponga una medida que le afecta sin haber sido oída y sin haber participado en el proceso, la supuesta vulneración constitucional se produciría también en el ámbito del art. 57.1 CP, que contempla la posibilidad de imponer la misma pena accesoria.

Pero es que, además y sobre todo, no hay tal lesión: en el sistema procesal penal español, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos en los que existe un monopolio estatal del ejercicio de la acción penal, la víctima puede constituirse en parte en el proceso y, por consiguiente, puede ejercer los derechos asociados a esa situación jurídica, entre los que se encuentra el derecho a no padecer indefensión (art. 24.1 CE) y a disfrutar de un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). En los términos de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, la víctima tiene reservado un papel efectivo y adecuado en el sistema judicial penal (art. 2.1) y garantizada la posibilidad de ser oída durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba (art. 3). En este orden de cosas, la norma cuestionada en absoluto restringe las facultades de las partes en general, y de la víctima en particular, para intervenir en el proceso y formular actos de alegación y de

defensa de sus pretensiones, lo cual excluye la vulneración del derecho fundamental invocado. En definitiva, no es, sencillamente, cierto que la pena de alejamiento se imponga sin que el sistema garantice a la víctima el derecho a ser oída y a participar en el proceso.

Añade en este punto el órgano judicial que la indefensión de la víctima se ve acentuada porque, aunque su opinión contraria a la imposición de la pena hubiera sido oída, el juez o tribunal vendría obligado, desatendiendo la misma, a imponer la prohibición de aproximación. Tal consideración, sin embargo, es de todo punto ajena a la indefensión constitucionalmente proscrita, que no se produce porque la voluntad contraria de la víctima no sea impeditiva de la aplicación de la pena de alejamiento, pues como se acaba de notar, la víctima puede constituirse en parte y aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes, así como alegar lo que a su derecho convenga, sin que ello conlleve, claro está, la exigencia de que sus tesis sean asumidas necesariamente por el órgano judicial. El órgano promotor de la cuestión de inconstitucionalidad equipara indebidamente, por tanto, el derecho de la víctima a no padecer indefensión con un supuesto derecho a que la Ley acoja su criterio respecto del modo en que el Estado debe ejercer su poder punitivo.

6. Se aborda a continuación en el Auto de planteamiento, introduciendo así el núcleo central del razonamiento sobre la inconstitucionalidad del art. 57.2 CP, la posible infracción del principio de proporcionalidad (art. 25.1 CP en relación con el art. 9 CE), en tanto la imposición obligatoria de la pena de prohibición de aproximación, en la forma en que es recogida en ese precepto, resultaría innecesaria, inidónea y desproporcionada. La Sala añade que la pena de alejamiento afecta a la libertad de elegir residencia y a circular libremente por el territorio nacional (art. 19.1 CE), y que tiene, además, una directa incidencia en el derecho a la intimidad familiar que, como consecuencia y derivado del libre desarrollo de la personalidad, supone una manifestación de la autodeterminación personal que no puede ser invadida por los poderes públicos salvo en los supuestos estrictamente necesarios para la preservación de otros valores superiores

(art. 18.1 CE en relación con los arts. 1.1 y 10 CE, y art. 8.1 CEDH). Aunque en el Auto de planteamiento estas alegaciones se formulan de manera separada, razones de orden sistemático aconsejan examinarlas junto a la relativa a la vulneración del principio de proporcionalidad.

7. El control de la proporcionalidad de las normas penales por este Tribunal debe partir necesariamente de las dos consideraciones preliminares que se realizan a continuación:

a) La primera se refiere al alcance de nuestro enjuiciamiento, que, según hemos advertido ya al comienzo de nuestra fundamentación, resulta limitado por el reconocimiento «en esta sede de la “potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo”, y que en esta configuración, que supone “un complejo juicio de oportunidad”, el legislador goza de un amplio margen de libertad. El juicio que procede en esta sede jurisdiccional “debe ser por ello muy cauteloso. Se limita a verificar que la norma penal no produzca un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho” (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23; también, SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6 y ss.; 161/1997, de 2 de octubre, FFJJ 9 y ss.; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre, FJ 4)» (STC 127/2009, de 26 de mayo, FJ 8).

En términos semejantes nos hemos pronunciado, más en concreto, a propósito del control de proporcionalidad realizado en el marco del principio de igualdad, que también «ha de ser de “contenido mínimo”, en atención de nuevo a la exclusiva potestad legislativa en la definición de los delitos y en la asignación de penas, y en convergencia con el baremo propio de la proporcionalidad de las penas (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 12)», de manera que «[s]ólo concurrirá una desproporción constitucionalmente reprochable *ex* principio de igualdad entre las consecuencias de los supuestos diferenciados cuando quepa apreciar entre ellos un

“desequilibrio patente y excesivo o irrazonable ... a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa” (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9; 161/1997, FJ 12; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23)» (STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 10).

Siendo ello así, en la perspectiva institucional propia de la delimitación de las funciones respectivas del legislador penal y de este Tribunal Constitucional, debe precisarse a continuación, con otra perspectiva, que la propia Constitución, lejos de someter la acción del legislador a los mismos límites sustantivos con independencia del objeto sobre el que ésta se proyecte o del tipo de decisiones que incorpore, contempla límites más exigentes en el caso de las normas penales que en el de otras decisiones de aquél, debido, precisamente, al alcance de los efectos que de aquéllas se derivan, puesto que cuanto más intensa sea la restricción de los principios constitucionales y, en particular, de los derechos y libertades reconocidos en el texto constitucional, tanto más exigentes son los presupuestos sustantivos de la constitucionalidad de la medida que los genera. Nuestro enjuiciamiento debe, por tanto, partir simultáneamente de estos dos planteamientos: uno, de carácter sustantivo, que se refiere a la intensidad de los límites que la Constitución impone a la ley, y el otro, de naturaleza formal, que alude a la posición de este Tribunal a la hora de comprobar la satisfacción de aquéllos.

b) La segunda observación preliminar aludida se refiere al sentido y fundamento del control de la proporcionalidad de las normas penales. Un presupuesto lógico de la aplicación del principio de proporcionalidad es la identificación de los principios constitucionales que se ven limitados por obra de la medida impugnada y cuya constitucionalidad es objeto de controversia. Así lo hemos reiterado en nuestra doctrina, ya desde la STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 3, en la que advertíamos que «el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales ... Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero

y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad» (en idéntico sentido, STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 22).

Este planteamiento es, por lo demás, coherente con la función institucional del principio de proporcionalidad que, como es conocido, opera como presupuesto de constitucionalidad de las medidas que restringen principios constitucionales y, más concretamente, como límite de las normas y actos que limitan los derechos fundamentales, de ahí que sea en las disposiciones constitucionales que los reconocen donde debe encontrarse el fundamento normativo de este presupuesto de constitucionalidad de la ley. El de los derechos reconocidos en la Constitución es, en efecto, el ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad: «[a]sí ha venido reconociéndolo este Tribunal en numerosas Sentencias en las que se ha declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5; 66/1985, fundamento jurídico 1; 19/1988, fundamento jurídico 8; 85/1992, fundamento jurídico 5; 50/1995, fundamento jurídico 7)» (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 3; 136/1999, de 20 de julio, FJ 22).

8. De lo anterior se deriva que la primera cuestión que debe ser analizada como presupuesto de la comprobación de la proporcionalidad de una medida, también cuando ésta constituye una norma penal, es la de cuáles son los principios o derechos constitucionales cuyo contenido se ve restringido como consecuencia de su adopción, puesto que, en caso de que no se produjera una restricción de esa naturaleza, carecería de sentido la exigencia de que la norma fuera proporcionada.

a) De un lado, al limitarse, en el caso que nos ocupa, el objeto de la duda de constitucionalidad a la norma que prevé la imposición obliga-

toria de la pena de prohibición de aproximación en relación con determinados tipos penales de cuya constitucionalidad, en sí mismos considerados, no se hace cuestión, nuestro análisis habrá de dejar a un lado las posiciones jurídicas afectadas por las prohibiciones contenidas en las correspondientes normas de conducta, para centrarse exclusivamente en aquellas otras situaciones jurídicas sobre las que se proyecta la norma de sanción contenida en el art. 57.2 CP. En efecto, cuando el objeto de nuestro enjuiciamiento es una norma que contempla la amenaza de la privación o restricción de ciertos bienes, la supuesta «desproporción afectará al tratamiento del derecho cuyo ejercicio queda privado o restringido con la sanción» (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 22).

Pues bien, al igual que en el caso de la pena de prisión, la que ahora nos ocupa es una pena que tiene por objeto la restricción de la libertad del penado, por más que no se refiera tanto a su manifestación de libertad deambulatoria (art. 17 CE), que es la que resulta afectada por aquélla (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 22), como a la relativa a la libertad de residencia y circulación por el territorio nacional (art. 19.1 CE). A la misma conclusión hemos llegado en relación con la medida cautelar que se concreta en la obligación de residir en un lugar determinado (STC 260/2007, de 20 de diciembre, FJ 5). En efecto, el ámbito vital consistente en fijar libremente el lugar donde estar de manera transitoria o permanente resulta, si no radicalmente suprimido, sí parcialmente limitado como consecuencia de la imposición de la prohibición de aproximarse a la víctima, a cualquier lugar donde se encuentre, así como de acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, de manera que será la restricción de este derecho la que habrá de satisfacer las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad.

b) En conexión con tales libertades fundamentales, ha de señalarse que la imposición de la pena de alejamiento, al impedir al penado y a la víctima mantener o reiniciar la relación afectiva, familiar o de convivencia que les unía, también afecta negativamente a un principio cuya restricción ha de ser tenida en cuenta, en

los términos que después indicaremos, en el control de constitucionalidad de la disposición impugnada. Se trata del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), un principio que protege la configuración autónoma del propio plan de vida y que, por más que pueda someterse, como ocurre con otras normas de la Constitución, a límites o exclusiones a raíz de su ponderación con otras normas constitucionales, se proyecta sobre la decisión de continuar o no la relación afectiva o de convivencia que resulta impedida o entorpecida como consecuencia de la prohibición de aproximación. Así lo hemos reconocido en nuestra STC 215/1994, de 14 de julio, FJ 4, respecto de la libertad de procreación, que constituye, al igual que la relativa a la decisión de continuar o no una relación afectiva o de convivencia, una manifestación del libre desarrollo de la personalidad naturalmente afectada como consecuencia de la imposición de la pena de prohibición de aproximación.

c) Por el contrario, y frente a lo aducido por la Sala en su Auto de planteamiento, en el que se alega la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el denominado «derecho a la vida familiar» [art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y, en la misma línea, art. 7 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea en relación con el art. 6 del Tratado de la Unión Europea], la pena de alejamiento no incide en el contenido del derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE). Según hemos precisado en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, este último precepto citado «regula la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal, y así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia. Hemos entendido, en efecto, que el derecho a la intimidad personal del art. 18 CE implica “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 la vida humana” (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3). Y precisado que el derecho a la intimidad “se extiende no sólo a los aspectos de la vida propia personal, sino también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o

vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 CE protegen. ‘No cabe duda que ciertos eventos que pueden ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho —propio y no ajeno— a la intimidad, constitucionalmente protegido’ (STC 231/1988)” (STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3). En suma, el derecho reconocido en el art. 18.1 CE atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida (STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 5; STC 115/2000, de 5 de mayo, FJ 4)» (FJ 11).

La imposición de la pena de alejamiento afecta, pues, al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) pero no a la intimidad familiar, porque lo que el derecho reconocido en el art. 18.1 CE protege «es la intimidad misma, no las acciones privadas e íntimas de los hombres» (STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2), y ello por más que en ocasiones estas dos posiciones jurídicas, la libertad para actuar en un determinado sentido y el derecho a resguardar ese ámbito vital de la acción y el conocimiento de los demás, puedan aparecer solapadas en caso de que una misma injerencia procedente del Estado o de terceros suponga una intromisión en el espacio protegido por ambas (así, en el asunto resuelto por la STC 151/1997, de 29 de septiembre).

Por lo demás, la distancia entre la doctrina expuesta y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 8.1 CEDH, que, tal y como afirma la Sala en el Auto de cuestionamiento, ha deducido de este precepto un «derecho a la vida familiar», debe relativizarse en gran medida. En efecto, en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, hemos señalado que «nuestra Constitución no reconoce un “derecho a la vida familiar” en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el art. 8.1 CEDH» (FJ 11). Sin embargo, según se ha advertido ello en modo alguno supone que el espacio vital protegido por ese «derecho a la vida

familiar» derivado de los arts. 8.1 CEDH y 7 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, y, en lo que aquí importa, la configuración autónoma de las relaciones afectivas, familiares y de convivencia, carezca de protección dentro de nuestro ordenamiento constitucional.

9. Como consecuencia del precepto impugnado sufren, por tanto, una restricción inmediata los derechos a elegir libremente el lugar de residencia y a circular por el territorio nacional (art. 19.1 CE), pues son éstas las posiciones jurídicas del autor sobre las que opera directamente la prohibición de aproximación o, si se prefiere, las que constituyen su objeto. Asimismo, y en conexión con los anteriores, la imposición de esta pena puede incidir de manera indirecta o mediata en el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), ahora tanto del autor como de la víctima del delito, al restringir el espacio de autonomía respecto de la decisión de continuar o no la relación afectiva o de convivencia que este principio constitucional protege.

Sin embargo, de ello no se deriva sin más, como es obvio, la inconstitucionalidad de la norma penal impugnada, sino más bien su sujeción a un canon de control que, aunque no se agota en ellos (art. 53.1 CE), comprende la satisfacción por parte de la medida que incorpora de los dos presupuestos de constitucionalidad que resultan controvertidos en este proceso constitucional: de un lado, el consistente en perseguir una finalidad constitucionalmente legítima, en los términos que se expondrán a continuación, y, de otro, el relativo al cumplimiento del principio de proporcionalidad, cuya verificación exige, conforme a nuestra doctrina (STC 66/1995, de 8 de mayo, FFJJ 4 y 5; 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6 y ss.; 161/1997, de 2 de octubre, FFJJ 8 y ss.; y 136/1999, de 20 de julio, FJ 23), comprobar sucesivamente el cumplimiento de los tres requisitos siguientes. En primer lugar, la medida debe ser idónea o adecuada para la consecución de los fines que persigue, o, según afirmamos en la STC 136/1999, de 20 de julio, la pena ha de ser «instrumentalmente apta para dicha persecución» (FJ 23). En segundo lugar, la medida debe ser también necesaria, de tal manera que no resulte evidente la existencia de medidas menos restrictivas de los principios y

derechos constitucionales que resultan limitados como consecuencia del art. 57.2 CP «para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador» (*loc. cit.*). Y, finalmente, la medida debe ser proporcionada en sentido estricto, de modo que no concorra un «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable» (*loc. cit.*) entre el alcance de la restricción de los principios y derechos constitucionales que resultan afectados, de un lado, y el grado de satisfacción de los fines perseguidos con ella por el legislador, de otro.

10. Procede a continuación verificar si el art. 57.2 CP satisface el primero de los dos presupuestos que integran el canon de control descrito, conforme al cual sólo cabe afirmar la proporcionalidad de una norma penal cuando ésta persiga la preservación de bienes o intereses constitucionalmente legítimos: «para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, debemos indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma, son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento del análisis “si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes” (STC 55/1996, fundamento jurídico 7; en el mismo sentido, STC 111/1993, fundamento jurídico 9)» (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23).

El presupuesto del que parte la argumentación contenida en el Auto consiste en que «la prohibición de acercamiento sólo tiene sentido si se vincula a fines preventivo-especiales y cautelares de protección de la víctima y disminución del riesgo de reiteración delictiva». A partir de esta consideración, la Sala denuncia que el art. 57.2 CP contempla la imposición del alejamiento «a los delitos contra el honor o contra el patrimonio, en los que no ha existido peligro para la indemnidad de la víctima», que «se desentiende de la gravedad del hecho y de la peligrosidad del delincuente», que resulta in-

necesaria porque el art. 57.1 CP permitiría ya proteger a la víctima, y que es inidónea para la consecución de esa finalidad cuando se impone en contra de la voluntad de ésta.

Frente a ello, conviene aclarar que la identificación de la función de una medida adoptada por el legislador no es presupuesto sino resultado de la integración de su régimen jurídico, de tal manera que habrá que estar a la concreta disciplina jurídica a la que la ley ha sometido la prohibición de aproximación, en cada una de sus posibles modalidades, para determinar con precisión cuál sea su función institucional en cada caso. Así, es claro que la prohibición de aproximación tiene una función de pura protección subjetiva de la víctima cuando se impone como medida cautelar (art. 544 bis LECrim) o como medida de seguridad (art. 96.3.9 CP), puesto que en estos casos la prohibición sólo puede acordarse motivadamente si el órgano judicial considera que el alejamiento «result[a] estrictamente necesario al fin de protección de la víctima» (art. 544 bis LECrim), o si «del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pued[e] deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos» (art. 95.1.2 CP). También prima la función de protección subjetiva de la víctima en el caso del alejamiento que se puede imponer como pena accesoria facultativa de conformidad con el art. 57.1 CP, puesto que, en cuanto tal, no habrá de acordarse en todo caso sino «atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente presente».

Sin embargo, por más que su objeto sea idéntico, la finalidad de la prohibición de aproximación no puede considerarse inalterada cuando la ley la configura como pena accesoria y contempla su imposición «en todo caso». En particular, junto a la función asegurativo-cautelar que indudablemente tiene la pena cuestionada, y que no es exclusiva de ella sino predicable también del resto de las penas asociadas a estos tipos penales, la medida contenida en la disposición impugnada tiene como finalidad inmediata o directa la de proteger los bienes jurídicos tutelados por los tipos penales en relación con los cuales se contempla la imposición obligatoria de la pena de alejamiento, una función esta que no sólo co-

rresponde a la norma que prohíbe la realización de la conducta típica, sino también a la que prevé para tal caso la imposición de una determinada pena o de una concreta combinación de penas. Puede, aún, precisarse, desde la perspectiva constitucional que nos es propia, que aquella función asegurativo-cautelar de protección subjetiva de la víctima no deja de ser una manifestación de esta última, más general y que la comprende, puesto que las finalidades preventivas de la pena, en sus diversas modalidades, no representan objetivos distintos e independientes, sino que constituyen los modos en los que las normas penales cumplen su finalidad principal de protección de bienes jurídico-constitucionales.

A propósito de la vinculación de los fines del art. 57.2 CP con los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales a los que se remite el art. 57.1 CP, el órgano judicial denuncia que el precepto cuestionado «no identifica con suficiente nitidez el bien jurídico que trata de proteger dada la multiplicidad de delitos a los que se aplica, no sólo los delitos de lesiones o maltratos habituales, sino también a los delitos contra el honor, contra el patrimonio, en los que no ha existido peligro para indemnidad de la víctima». Dejando a un lado la afirmación, ciertamente discutible, de que los delitos contra el honor y contra el patrimonio no alteran la indemnidad de la víctima, conviene precisar que en nada afecta a su constitucionalidad el hecho de que el precepto contemple la imposición de una determinada pena accesoria en relación con una multiplicidad de delitos, a su vez definidos mediante las correspondientes disposiciones del Libro II del Código penal que tipifican cada uno de ellos. Mientras que estas últimas contienen más elementos a partir de los cuales identificar el bien jurídico protegido por la norma de conducta —por más que en ocasiones puedan no ser suficientes—, la finalidad a la que sirven las normas que, como la aquí cuestionada, tienen un carácter horizontal o transversal ha de integrarse acudiendo a las disposiciones normativas a las que ellas mismas se remiten o en relación con las cuales deben interpretarse sistemáticamente. Así ocurre con el grueso de las disposiciones contenidas en el Título III del Libro I del Código penal, y, en particular, con los arts. 54 CP y ss., que regulan con carácter general las penas accesorias.

La finalidad inmediata perseguida por el legislador mediante el art. 57.2 CP es, por tanto, la de proteger los bienes jurídico-constitucionales tutelados por los tipos penales a los que se refiere el art. 57.1 CP —vida, integridad física, libertad, patrimonio, etc.— mediante la evitación de futuros ataques que no se individualizan ni sólo ni principalmente por el hecho de ser violentos —ya que no todos esos delitos lo son—, sino sobre todo por materializarse en el seno de las relaciones afectivas, de convivencia, familiares o cuasifamiliares definidas en el propio art. 57.2 CP. Por su parte, la protección subjetiva de la víctima frente a la futura reiteración delictiva por el condenado, a la que indudablemente sirve la prohibición de aproximación, al igual —según se verá— que su contribución a las diversas manifestaciones de la función de prevención de la pena, no son sino los caminos a través de los cuales el precepto cuestionado persigue ese propósito de protección de aquellos bienes jurídicos. Asimismo, junto a esta finalidad directa o inmediata, la configuración que del alejamiento realiza el art. 57.2 CP tiene también otras finalidades secundarias como la creación de un espacio de confianza capaz de generar libertad en el disfrute de las posiciones en las que se concretan esos bienes jurídicos, así como la de eliminar la venganza privada y, con ello, evitar futuras lesiones de esos u otros bienes jurídicos.

11. Una vez identificados los fines perseguidos por el legislador mediante la norma cuestionada, la siguiente cuestión a analizar es la de si esos fines son o no constitucionalmente legítimos desde el punto de vista de la aplicación del canon de control expuesto, ya que el sacrificio de libertad que genera el art. 57.2 CP sólo será inconstitucional «si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses, no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes» (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 7).

A este respecto conviene precisar, con carácter preliminar, que en el Auto de planteamiento la Sala no cuestiona la licitud constitucional del fin que persigue la norma, sino más bien la proporcionalidad de esta última en cuanto medio para su consecución, y, especialmente, su adecuación

al fin relativo a la protección de la víctima frente a la futura reiteración de la conducta punible por el autor. Pero es que, además, y sobre todo, difícilmente puede negarse que, considerados en abstracto, y por tanto con independencia de los términos en los que la medida ha sido configurada por el legislador, esos fines son legítimos en cuanto capaces de justificar la restricción de los derechos afectados mediante la norma en cuestión, puesto que su tutela no sólo no está constitucionalmente prohibida, sino que incluso responde a la tutela de posiciones jurídicas protegidas por derechos fundamentales como son los derechos a la vida, a la integridad física o a la libertad personal. Finalmente, la legitimidad constitucional del fin no sólo se aprecia considerando en abstracto los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales en relación con los cuales el art. 57.2 CP contempla la imposición obligatoria de la pena de alejamiento, sino también a la luz de las concretas agresiones frente a las cuales la norma trata de protegerlos, que, según se ha señalado, se caracterizan por materializarse en el seno de las relaciones afectivas, de convivencia, familiares o cuasifamiliares.

Debemos, pues, concluir que la norma cuestionada, por más que suponga una restricción de posiciones jurídicas constitucionalmente protegidas, sirve a la protección de fines constitucionalmente legítimos; otro problema distinto es el de la intensidad y los términos en los que se producen aquellos efectos, cuestión ésta que corresponde analizar a continuación.

12. El otro elemento integrante del canon de control expuesto consiste, efectivamente, en el cumplimiento por parte de la norma penal del principio de proporcionalidad, en virtud del cual la medida que ésta incorpora debe ser adecuada, necesaria y proporcionada en sentido estricto. Por lo que respecta a la exigencia de adecuación, que procede comprobar en primer lugar, de nuestra doctrina se deriva que la norma cuestionada ha de ser idónea o adecuada en punto a la satisfacción de la finalidad a la que pretendidamente sirve, o en los términos de la STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23, «instrumentalmente apta para dicha persecución». El principio de adecuación reclama, por tanto, la existencia de una relación de congruencia objetiva entre el

medio adoptado por el legislador y el fin que con él se persigue, entendiéndose que tal circunstancia se producirá si la medida que se deriva del precepto cuestionado puede contribuir positivamente a la realización del fin perseguido. Por el contrario, la medida habrá de reputarse inidónea o inadecuada si entorpece o, incluso, si resulta indiferente en punto a la satisfacción de su finalidad. Finalmente, la necesaria consideración del espacio de libertad de configuración política que corresponde al legislador democrático obliga a precisar que para apreciar la adecuación del art. 57.2 CP, desde la posición que corresponde a este Tribunal, es suficiente con que la disposición cuestionada contribuya en alguna medida a la realización del fin que persigue, de tal modo que sólo cabría declarar la inconstitucionalidad de aquélla en este estadio del control de proporcionalidad si resultara manifiesto que la imposición obligatoria de la pena de alejamiento entorpece o, cuando menos, es indiferente desde la perspectiva del cumplimiento de sus fines.

En su Auto de planteamiento niega la Sala que el art. 57.2 CP satisfaga el presupuesto relativo a la adecuación de la medida que contiene: «el alejamiento forzoso en contra de los deseos de la víctima no es una pena idónea para los fines pretendidos. La prohibición de acercamiento sólo tiene sentido si se vincula a fines preventivo-especiales y cautelares de protección de la víctima y disminución del riesgo de reiteración delictiva. Ello exige —continúa el Auto— un juicio de pronóstico que los sustente, como dice el apartado primero del propio art. 57 CP. La aplicación automática de la pena al margen del peligro y de la necesidad de proteger a la víctima carece de explicación racional. Como la pena tiene una consecuencia directa para la víctima, la ruptura de la convivencia, ya matrimonial, de pareja o familiar, contra su voluntad está inclinado (*sic*) indefectiblemente a incumplirla». La carencia de explicación racional del la medida conduciría, en fin, a que la medida no supere este primer elemento del test de proporcionalidad, así como a la violación del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE).

13. La duda de constitucionalidad formulada por la Sala en relación con la falta de

adecuación del art. 57.2 CP debe ser rechazada. Ante todo, si el origen de la supuesta falta de idoneidad del alejamiento forzoso radicara, como se alega, en que el precepto, al contemplar su imposición «en todo caso», permite su adopción «en contra de los deseos de la víctima», la alegación debería conducir a cuestionar también la constitucionalidad del art. 57.1 CP, puesto que este precepto también permite al órgano judicial, siempre que sea necesario desde la perspectiva de los dos criterios que en él se enuncian, imponer la pena de alejamiento incluso «en contra de los deseos de la víctima». Luego el problema no parece residir tanto en que la pena pueda imponerse en contra de la voluntad de aquélla, cuanto en que se pueda imponer en casos en los que la justificación de tal medida no resulte de la necesidad de protegerla frente a futuras reiteraciones del hecho punible, supuesto en el que, al parecer del órgano judicial, la imposición de la medida «carece de explicación racional», debiendo entonces reputarse inadecuada y arbitraria.

Sin embargo, esta argumentación tampoco puede acogerse porque descansa, según se ha razonado ya, en una precomprensión errónea de los fines a los que sirve el precepto cuestionado, que no son los propios de una medida cautelar, ni los de una medida de seguridad ni, en fin, tampoco los de una pena accesoria de imposición potestativa como la prevista en el art. 57.1 CP. La adecuación de la pena accesoria de imposición obligatoria prevista en el art. 57.2 CP ha de verificarse en relación con los fines que con ella persigue el legislador penal, de modo que su examen pasa por comprobar si la conminación penal que realiza el precepto es o no un medio adecuado para proteger los bienes jurídico-constitucionales tutelados por los tipos penales a los que se refiere el art. 57.1 CP mediante la evitación de comportamientos futuros que los lesionen o pongan en peligro y que se caractericen por materializarse en el seno de las relaciones afectivas, de convivencia, familiares o cuasifamiliares definidas en el propio art. 57.2 CP.

En este orden de cosas, no parece discutible que la amenaza de la sanción prevista en el art. 57.2 CP puede contribuir a influir en el comportamiento de sus destinatarios disuadiéndoles de realizar en el futuro las conductas desvaloradas

por el legislador mediante los correspondientes tipos penales. La contribución positiva del precepto impugnado a la protección de esos bienes jurídicos se concreta, en cuanto norma de sanción, en su función preventiva de futuras lesiones, la cual, a su vez, se articula a través de dos mecanismos.

Por un lado, la amenaza de la imposición de la pena accesoria de alejamiento, al igual que la pena principal, debe en principio considerarse eficaz en punto a la prevención general de futuras agresiones a esos bienes jurídicos, especialmente si se tiene en cuenta que el carácter preceptivo de aquélla contribuye a incrementar la certeza de la respuesta sancionadora. Sería, desde luego, posible que una pena de imposición obligatoria, en atención a los diversos factores que inciden en su función de motivación, no llegase a desplegar eficacia instrumental alguna desde esta perspectiva de la prevención general, pero lo cierto es que, ni éste parece ser el caso, ni en el Auto de planteamiento ha llegado la Sala a hacer cuestión de ello.

Por otro lado, la amenaza de la imposición de la pena de alejamiento cumple también una función de prevención especial, particularmente por lo que respecta a la reiteración delictiva contra la propia víctima. En efecto, incluso si atendiéramos de manera exclusiva, tal y como propone el Auto de planteamiento de esta cuestión, a la finalidad de protección subjetiva de la víctima frente a la futura reiteración del hecho delictivo por el autor, la duda de constitucionalidad formulada por el órgano judicial tampoco podría ser acogida porque resulta patente que la prohibición de aproximación, con la consiguiente separación física entre el autor y la víctima, puede contribuir razonablemente a la realización de ese fin.

Lo anterior conduce a desestimar la alegación relativa a la falta de idoneidad de la norma cuestionada, así como, por tanto, la de su supuesta arbitrariedad. Según hemos afirmado reiteradamente, «al enjuiciar un precepto legal al que se tacha de arbitrario, nuestro examen ha de centrarse en determinar si dicho precepto establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien si, aun no estableciéndola, carece de toda expli-

cación racional, lo que también evidentemente supondría una arbitrariedad» (STC 128/2009, de 1 de junio, FJ 3, entre otras muchas). En este caso, el órgano promotor de la cuestión no alega discriminación alguna generada por la norma, sino únicamente la inexistencia de una explicación racional que la justifique, cuyo origen se encontraría en la supuesta falta de adecuación de la medida en punto a la protección de la víctima, de tal manera que, una vez descartada esta última, procede hacer lo propio con la supuesta arbitrariedad del art. 57.2 CP.

Cuestión distinta es que, en atención a los concretos términos en los que la prohibición ha sido configurada por el legislador, el órgano judicial considere que el art. 57.2 CP genera un sacrificio excesivo de libertad, pero ello no conduciría a la inadecuación o a la arbitrariedad de la medida sino, en su caso, a que ésta tuviera que reputarse innecesaria o desproporcionada.

14. Una vez comprobada la adecuación de la medida corresponde, por tanto, verificar la satisfacción del principio de necesidad. Según hemos afirmado reiteradamente, desde «la perspectiva constitucional sólo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesarias cuando, “a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador” (STC 55/1996, fundamento jurídico 8)» (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23). De ahí que con carácter general no baste para justificar la inconstitucionalidad de la norma penal en virtud del principio de necesidad con proponer diversas medidas alternativas a la que se deriva de la disposición impugnada. En efecto, «el juicio de necesidad que compete a este Tribunal es mucho más complejo y matizado. Como hemos dicho en otras ocasiones, el control del Tribunal Constitucional sobre “la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia ... tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, so pena de arrogarse un papel de legislador imagina-

rio que no le corresponde y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está constitucionalmente concebido”; por ello, esta tacha de desproporción solamente será aplicable cuando “las medidas alternativas [sean] palmariamente de menor intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada” (STC 161/1997, fundamento jurídico 11)» (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 28).

En el Auto de planteamiento de la cuestión se aduce que la pena prevista por el art. 57.2 CP es «[d]oblemente innecesaria»: lo sería, de un lado, porque «todos los fines y funciones de la pena, los de prevención general, positiva y negativa, los de prevención especial y los de retribución son los que justifican la imposición de las penas principales previstas para cada uno de los distintos delitos, por lo que la imposición de la pena accesoria es a tales efectos innecesaria»; y también lo sería, de otro, porque «el apartado primero del art. 57 permite a los Tribunales aplicar la pena de alejamiento siempre que considere (*sic*) su conveniencia para proteger a la víctima, incluso, contra su propia opinión, cuando la gravedad del hecho y el pronóstico de reincidencia así lo aconseje».

Así las cosas, la medida alternativa propuesta en el Auto al examinar la necesidad de la contemplada en el art. 57.2 CP es su pura y simple inexistencia: el régimen de sanciones que se derivaría de la desaparición del precepto impugnado quedaría integrado por las penas principales previstas para los delitos contemplados en el art. 57.1 CP en las normas que regulan cada tipo penal y por la pena accesoria de alejamiento de imposición facultativa prevista en el art. 57.1 CP. En el Auto de planteamiento cada una de estas dos respuestas sancionadoras —parece que, incluso, aisladamente consideradas— se reputa capaz de justificar el carácter innecesario del art. 57.2 CP.

15. No se puede dudar de que la alternativa propuesta entraña una menor intensidad coactiva que la opción acogida por el legislador puesto que, como es obvio, el régimen sancionador descrito es menos restrictivo para los

principios y derechos afectados por la pena de alejamiento que el que se deriva del art. 57.2 CP. En efecto, frente a la imposición preceptiva de la pena principal y de la pena accesoria de prohibición de aproximación, en ausencia del precepto cuestionado la misma conducta merecería la imposición de la pena principal en todo caso, pero la accesoria de alejamiento sólo se impondría facultativamente si, a juicio del órgano judicial, fuera necesario en el caso concreto atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente.

Sin embargo, según se ha adelantado, ello no es suficiente para concluir la inconstitucionalidad de la medida, puesto que, junto a la intensidad de la restricción, el control de necesidad requiere interrogarse, en segundo lugar, acerca del grado de eficacia de la medida alternativa en punto a la satisfacción del fin perseguido por la disposición impugnada, que debe ser al menos semejante al que se deriva de esta última. Sólo en tal caso la adopción de la medida menos restrictiva vendría constitucionalmente exigida por los principios constitucionales que resultan afectados. Pues bien, al tratarse en este caso de una norma que contempla la imposición preceptiva de una sanción accesoria y venir integrada la medida alternativa por su simple desaparición, la fundamentación desarrollada con anterioridad en relación con la adecuación o idoneidad de la medida impugnada permite llegar al tiempo a la conclusión de que el régimen sancionador que se derivaría de la inexistencia del art. 57.2 CP no sería en ningún caso igualmente eficaz para la satisfacción de la finalidad perseguida que el contemplado por la disposición impugnada, puesto que con aquella medida alternativa simplemente desaparecería, sin resultar compensado por otras vías, el incremento de eficacia que se cifra en la contribución positiva de la imposición obligatoria de la pena de alejamiento a la tutela de los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales contemplados en el art. 57.1 CP mediante la función de prevención de futuras lesiones. Por lo demás, al alegar que «todos los fines y funciones de la pena ... son los que justifican la imposición de las penas principales previstas para cada uno de los distintos delitos», la Sala olvida que el juicio de necesidad requiere comprobar el grado en el que cada una de las

diversas medidas contribuyen a la consecución de esos fines y funciones.

En definitiva, por más que la medida alternativa planteada en el Auto de cuestionamiento genere efectivamente una menor restricción de los principios y derechos constitucionales afectados como consecuencia de la norma penal impugnada, no puede considerarse razonablemente que despliegue un grado semejante de consecución del fin perseguido, razón por la cual ha de concluirse que la imposición preceptiva de la pena de alejamiento contemplada en el art. 57.2 CE satisface las exigencias del principio de necesidad.

16. Más problemas plantea, sin duda, el cumplimiento del principio de proporcionalidad en sentido estricto, cuya comprobación exige, de acuerdo con nuestra doctrina, valorar recíprocamente el alcance de la restricción de los principios y derechos constitucionales que resultan afectados por la norma penal, de un lado, y el grado de satisfacción de los fines perseguidos con ella por el legislador, de otro. Y ello en el bien entendido de que no cualquier desproporción o falta de equilibrio habrá de ser, desde la perspectiva que nos ocupa, constitucionalmente relevante, sino que sólo lo será aquella en la que el exceso resulte verdaderamente manifiesto o evidente. Sólo en tal caso producirá la norma un «patente derroche inútil de coacción» (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23, entre otras) y resultará la declaración de su inconstitucionalidad por nuestra parte respetuosa con el margen de libre configuración política que corresponde al legislador democrático.

A juicio de la Sala promotora de esta cuestión de inconstitucionalidad, la «imposición de la pena de alejamiento “en todo caso”, impide la formulación de un imprescindible juicio individualizado de proporcionalidad que corresponde al juez». En el Auto se recuerda que en nuestra STC 136/1999, de 20 de julio, afirmamos que el «coste inevitable en lo que a la determinación de la conducta típica se refiere, sin embargo, sólo resulta constitucionalmente admisible en la medida en que la mencionada apertura del tipo se vea acompañada de la consiguiente ampliación, por así decir, del marco punitivo, que haga a su vez posible la puesta a disposición del Juez de

los resortes legales necesarios a la hora de determinar y adecuar la pena correspondiente en concreto a cada forma de manifestación de estas conductas de colaboración con los grupos terroristas. De otro modo, y tal como pone también de manifiesto la legislación comparada, el aplicador del derecho se situaría ante la disyuntiva ya sea de incurrir en evidente desproporción, ya sea de dejar impunes conductas particularmente reprochables» (FJ 30). La Sala concluye su argumentación acerca de la desproporción en la que incurriría el precepto cuestionado afirmando que la «imposición forzosa del alejamiento impide al Juez su función básica de determinar y adecuar la pena a las condiciones del hecho castigado y a la efectiva protección a la víctima».

Tal y como ocurre, en general, con las normas penales, el art. 57.2 CP genera unos efectos de intensidad considerable sobre los principios y derechos a los que antes se ha hecho referencia, que tienen su origen, particularmente, en la doble circunstancia consistente en que el precepto ordena la imposición de la pena controvertida en todo caso y en que ésta se contempla en relación con un conjunto tan numeroso como heterogéneo de tipos penales. Sin embargo, de la comparación de la entidad de esos efectos con el grado de satisfacción de los fines que con él persigue el legislador penal no resulta un exceso o desequilibrio como el requerido para constatar su estricta desproporción; y menos aún cabe afirmar que este exceso sea una falta de proporcionalidad «evidente» o «manifiesta», de tal manera que debiéramos declarar la inconstitucionalidad del precepto cuestionado.

Esta conclusión que avanzamos es el resultado de los razonamientos que siguen.

17. En primer lugar, no es, sencillamente, cierto que la imposición forzosa del alejamiento impida al órgano judicial atender a las circunstancias del caso para graduar la intensidad de la respuesta penal. El art. 57.2 CP interpretado en relación con los arts. 57.1 y 48.2 CP define, en los términos empleados por nuestra doctrina, un amplio marco punitivo que pone «a disposición del Juez de los resortes legales necesarios a la hora de determinar y adecuar la pena correspondiente en concreto a cada forma de manifestación de estas conductas».

Por una parte, aunque el art. 57.2 CP ordena la imposición de la pena «en todo caso», la duración de la prohibición puede ser concretada por el órgano judicial a partir de un intervalo temporal ciertamente extenso: en principio, «el juez o tribunal acordará la pena accesoria por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave»; no obstante, al establecer esta regla «sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior», el límite inferior del margen temporal queda corregido en función de lo previsto en esta última disposición: «si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave». Todo ello conduce a que el órgano judicial disponga de un marco punitivo considerablemente extenso.

Por otra parte, en el caso de que la pena principal no fuera de prisión la duración de la pena accesoria tiene un límite máximo de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, y un límite mínimo de un mes en ambos casos, de conformidad con lo establecido en el art. 40.3 CP en relación con el art. 33.6 CP, lo que abre amplias posibilidades al juez o tribunal, a la hora de determinar la pena, para adecuar su concreta duración a las circunstancias y necesidades del caso.

Tanto en uno como en otro supuesto dispone, pues, el órgano judicial de un amplio margen de arbitrio respecto de la fijación de la duración de la pena accesoria. Además, la regla especial incorporada en el art. 57.2 CP —la imposición, en todo caso, de esta pena accesoria en los supuestos contemplados en tal precepto— no excluye que el ejercicio de ese margen de arbitrio pueda realizarse atendiendo a las circunstancias consignadas en el art. 57.1 CP: la gravedad de los hechos y el peligro que el delincuente representa, elemento este último en cuya valoración adquiere un papel relevante la percepción subjetiva que de ese peligro tenga la víctima, así como cuáles sean sus intenciones en relación con el mantenimiento o reanudación de la con-

vivencia con el agresor y la reconciliación con el mismo.

18. En segundo lugar, la disposición impugnada ha de ser puesta en conexión con otros preceptos penales en relación con los cuales se interpreta y aplica, que contribuyen a flexibilizar aún más los términos en los que el legislador ha configurado normativamente la posibilidad de que el órgano judicial acomode la intensidad de la respuesta sancionadora a las características del caso concreto.

De un lado, en un caso como el del proceso que ha dado lugar a la promoción de esta cuestión de inconstitucionalidad, a lo anterior se añade que el órgano judicial, en el momento de aplicación de la pena, puede tomar adicionalmente en consideración el art. 153.4 CP, introducido por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral de la violencia de género, que entró en vigor el día 30 de junio de 2005, con anterioridad, por tanto, del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. El citado precepto dispone que el «Juez o Tribunal, razonándolo en la Sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrán poner la pena inferior en grado». Este precepto, al igual que las disposiciones semejantes previstas para los delitos de amenazas (art. 171.6 CP) y coacciones (art. 172.2 *in fine* CP), debe ser puesto en relación con el art. 57.2 CP y, a su vez, con los arts. 70.2 y 71 CP, y afectaría también a la pena que ahora nos ocupa, que en función de tales circunstancias podría ver aún más reducido su límite mínimo en tanto disminuiría el de la pena principal, lo que amplía aún más las posibilidades de ajustar la pena a las circunstancias concretas concurrentes en el caso.

De otro lado, también en el momento de aplicación de la pena podrá el juez tomar en cuenta, como es obvio, las circunstancias atenuantes concurrentes en el caso, incluso las de análoga significación, que permitirán, haciendo el uso procedente de las reglas de aplicación de las penas (arts. 66 y ss y, en particular, art. 71 CP), adecuar la pena de alejamiento a las circunstancias concurrentes en el caso y, entre ellas, a las necesidades específicas de protección

que tenga la víctima, lo que posibilitará cumplir los plurales fines de las penas que el legislador asigna a cada tipo delictivo, al mismo tiempo que se adecuan las finalidades precautorias-asegurativas a las necesidades realmente existentes en cada caso concreto.

En definitiva, el art. 57.2 CP configura un régimen de sanciones lo suficientemente flexible como para que el juez o tribunal pueda graduar la intensidad de la respuesta sancionadora a la luz de las circunstancias del caso. La disposición cuestionada otorga al órgano judicial un margen de arbitrio que le permite valorar en el caso concreto las exigencias que se derivan de los fines a los que sirve la norma penal y de los principios y derechos que resultan afectados por ella. Un margen de arbitrio que, obvio es decirlo, no resulta incompatible con el carácter preceptivo de la pena de que se trate, ya sea ésta la accesoria contemplada en este precepto o la principal establecida en otras disposiciones penales. Al igual que ocurre, en efecto, con otras penas cuya imposición está contemplada con carácter preceptivo por el legislador penal, podría aquí decirse que, mientras que la norma penal permite al órgano judicial realizar una ponderación en el caso concreto respecto del *quantum* de la pena, la ponderación entre los principios constitucionales afectados en lo que respecta a la de la sanción habría sido ya realizada por el legislador penal. Y es que lo que demanda el órgano judicial no es una mayor flexibilidad en el marco punitivo diseñado por el art. 57.2 CP, sino la pura y simple supresión del régimen de sanciones que se deriva del precepto impugnado.

19. Todavía en este orden de cosas, en el Auto de planteamiento sostiene la Sala que a la presente cuestión de inconstitucionalidad resulta de aplicación la doctrina vertida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 28 de septiembre de 2004, caso Sabou y Pincarlab c. Rumania, en la que se declaró contraria al art. 8.1 CEDH una norma rumana en virtud de la cual la imposición de cualquier pena privativa de libertad habría de llevar aparejada como pena accesoria la suspensión automática de la patria potestad durante el período que durase la reclusión. Después de constatar que «la privación de la patria potestad del ... demandante constituye

una injerencia en su derecho al respeto de su vida familiar», el Tribunal constata que en el Derecho rumano «la prohibición de ejercer la patria potestad se aplica automáticamente y de manera absoluta en concepto de pena accesoria a toda persona que cumple una pena de prisión, sin ningún control por parte de los tribunales y sin que se tengan en cuenta el tipo de infracción y el interés de los menores. Por tanto, constituye más bien una reprobación moral cuya finalidad es el castigo del condenado y no una medida de protección del niño». En el caso de autos, en particular, observa la Sentencia que «la infracción por la que se condenó al demandante era totalmente ajena a las cuestiones vinculadas a la patria potestad y que en ningún momento se alegó una falta de cuidados o unos malos tratos por su parte hacia sus hijos» (§ 48). Teniendo en cuenta estas circunstancias, el Tribunal concluye que «no se ha demostrado que la privación en términos absolutos y por efecto de la Ley de la patria potestad del primer demandante respondiera a una exigencia primordial que afectara a los intereses de los niños y, en consecuencia, que persiguiese un fin legítimo, a saber la protección de la salud, de la moral o de la educación de los menores. En consecuencia, ha habido violación del artículo 8 del Convenio» (§ 49).

La doctrina expuesta no resulta de aplicación en este proceso constitucional. Dejando a un lado la circunstancia, ya advertida, de que, conforme a nuestra doctrina, del derecho a la «intimidad familiar» (art. 18.1 CE) no se deriva la existencia de un derecho a la «vida familiar», es suficiente a este respecto con resaltar las diferencias que median entre el art. 57.2 CP y la norma penal rumana sobre la que se pronuncia la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 28 de septiembre de 2004. Mientras que esta última contemplaba la imposición como pena accesoria de la privación de la patria potestad a partir del momento en el que se iniciara la ejecución de una pena de prisión y durante todo el período durante el que el autor permaneciera recluso, con independencia, pues, de cuál fuera la infracción penal cometida, así como de si los hijos resultaron o no ofendidos por ella, el alcance del art. 48.2 CP, al que se remite el art. 57.2 CP, y, por tanto, la intensidad de la restricción sobre los principios

y derechos constitucionales que se deriva de este último, son mucho más limitados. En efecto, el art. 57.2 CP dispone que la prohibición de aproximación se acordará en todo caso, pero esa prohibición puede tener efectos diversos sobre los hijos menores del autor.

Por un lado, si los hijos menores fueron los ofendidos, entonces la prohibición de aproximación se impondrá respecto de ellos y de los lugares a los que se refiere el art. 48.2 CP, y llevará aparejada, según dispone ese precepto, la suspensión «del régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena». En este supuesto la pena se impone, efectivamente, «en todo caso», pero, a diferencia del asunto resuelto por la STEDH de 28 de septiembre de 2004, la infracción por la cual se habría condenado al progenitor no sería «totalmente ajena a las cuestiones vinculadas a la patria potestad», sino que habría tenido a los hijos, precisamente, como víctimas de uno de los delitos a los que se refiere el art. 57.1 CP (homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, etc.).

Por otro lado, si el sujeto ofendido no fuera un hijo menor del autor del delito, la suspensión del régimen de visitas no se producirá en modo alguno de forma automática, sino sólo, de conformidad con el tenor del art. 48.2 CP, si el juez o tribunal acordara extender a éste la prohibición de aproximación impuesta en relación con quien sí lo fuera —por ejemplo, el otro cónyuge titular de la custodia—, y en los términos en los que el órgano judicial así lo hiciera. El tenor literal del precepto es claro en cuanto a que la decisión corresponde al órgano judicial: «[l]a prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal».

En conclusión, lejos de sustentar la alegada falta de proporcionalidad de la regulación de la suspensión del régimen de visitas que se deriva del art. 57.2 en relación con el art. 48.2 CP, su comparación con el asunto resuelto por la STEDH de 28 de septiembre de 2004, caso Sabou y Picarlab c. Rumania, subraya las diferencias que median entre ambos, poniendo de manifiesto, en particular, el margen otorgado al juez o tribunal y, por tanto, la menor intensidad

de los efectos que se derivan del régimen al que se refiere la presente cuestión de inconstitucionalidad.

20. En cuarto lugar, es de advertir que la disposición cuestionada contempla la imposición de la pena de alejamiento en relación con un conjunto numeroso y diverso de delitos, que alcanza desde los que protegen bienes jurídicos tan íntimamente vinculados al núcleo de la dignidad humana como la vida, la integridad física y moral o la libertad, hasta los delitos contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico. Sin embargo, el alcance de la restricción de los principios y derechos afectados que de esta circunstancia se deriva ha de ser relativizado como consecuencia del art. 268 CP, que atempera en gran medida el rigor punitivo del precepto impugnado al establecer una exención de responsabilidad criminal en relación con los delitos contra la propiedad y el orden socioeconómico, siempre que no concurra violencia o intimidación, cometidos entre los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos.

21. Si las consideraciones anteriores contribuyen a apreciar en sus justos términos el grado en que la norma penal cuestionada afecta negativamente a los principios y derechos sobre los que interviene, procede destacar ahora que el grado en que esa norma satisface las exigencias que se derivan de los principios constitucionales cuya protección constituye la finalidad de la medida que contiene resulta particularmente intenso. Y ello es así por dos motivos. De una parte, no puede dejar de resaltarse la extraordinaria relevancia constitucional de los bienes jurídicos que el legislador pretende proteger mediante la conminación penal que se deriva del art. 57.2 CP, que remiten a posiciones jurídicas específicamente protegidas por disposiciones constitucionales expresas (art. 15 CE, art. 17 CE, art. 18 CE, etc.). De otra parte, mediante este precepto el legislador pretende proteger esas posiciones jurídicas fundamentales frente a agresiones que razonablemente le merecen un especial desvalor, tanto porque, en la mayor parte de los supuestos contemplados en

su presupuesto de hecho, se caracterizan por ser agresiones violentas, como por materializarse en el seno de relaciones afectivas, de convivencia o de tipo familiar o cuasifamiliar.

La particular relevancia de los bienes jurídico-constitucionales aludidos, así como la circunstancia de que las agresiones descritas por el art. 57.2 CP, en virtud del modo y el contexto en el que se producen, se hagan acreedoras de un mayor desvalor para el legislador penal determina que sea asimismo mayor la contribución de la medida que este precepto contiene a la protección de los fines que con ella se persiguen. De igual modo, estos dos factores permiten concluir que la especial intensidad de la restricción de los principios y derechos que resultan afectados negativamente por dicha medida se corresponde con el alcance, asimismo considerable, de las exigencias que se derivan de los principios a los que sirve.

22. Siendo ello así, finalmente, y teniendo en cuenta que el que nos ocupa es un juicio de estricta validez, nuestra decisión ha de ser la de desestimar la presente cuestión, puesto que, desde la posición institucional que le es propia a este Tribunal, para poder apreciar la inconstitucionalidad de las decisiones del legislador que expresan el resultado de juicios de ponderación entre principios constitucionales es preciso que las razones derivadas de aquéllos a los que éste haya otorgado menor peso sean de una tal intensidad que resulten capaces de desplazar no sólo a las que se derivan de los principios opuestos,

sino también a las exigencias procedentes de los principios de democracia y pluralismo político, especialmente intensas en relación con la formulación normativa de la política criminal. Esas exigencias conducen, según hemos señalado ya, a que sólo quepa declarar la inconstitucionalidad, por su desproporción, de la ley penal cuando el exceso o desequilibrio imputado a la medida que incorpore resulte verdaderamente manifiesto o evidente. En otras palabras, mientras que cualquier desajuste entre las dos variables objeto de recíproca valoración en este estadio de control puede dar lugar a un reproche al legislador desde el punto de vista de la legitimidad externa u oportunidad de la medida adoptada, para que esa desproporción adquiriera relevancia constitucional ha de tratarse de un exceso verdaderamente patente y manifiesto.

No le es dado, en fin, a este Tribunal ir más allá en su labor de enjuiciamiento sin invadir el margen de libre configuración de delitos y penas que corresponde al legislador democrático, tal como ya hemos indicado.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar la presente cuestión de inconstitucionalidad.

TRIBUNAL SUPREMO

Acuerdo del Pleno, Sala Segunda del TS, de 26 de octubre de 2010

Único asunto: Criterio que debe adoptarse para el cómputo de la prescripción de un delito que contiene en su descripción normativa un tipo básico y otro subtipo agravado.

Acuerdo: Para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así se pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador. Este mismo criterio se aplicará

cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito a falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos como delito o falta. En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado.

**Sentencia 513/2010, Sala de lo Penal del TS, de 2 de junio
(Recurso de casación 11429/2009)**

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

Resumen: **Grabaciones en celdas policiales**

Artículos: **18.2 CE y 520 y 579.3 LECrim**

Validez probatoria de las grabaciones obtenidas en las celdas de una comisaría mediante dispositivos de escucha ocultos introducidos con autorización judicial. Se reproducen asimismo dos votos particulares discrepantes de la opinión mayoritaria, por considerar la diligencia carente de cobertura legal habilitante.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

c) Respecto a las escuchas realizadas en los calabozos de las dependencias policiales, se denuncia su nulidad, en base al art. 520 LECrim. en tanto infracción del Derecho Constitucional a no declarar contra sí mismo, a no declararse

culpable y a conocer el motivo de su detención, denuncia que debe ser analizada desde la jurisprudencia del TEDH relativa a denuncias por violación del art. 8.1 convenio según el cual «toda persona tiene derecho al respeto a su vida privada y familiar de su domicilio y de su correspondencia».

(...)

En la jurisprudencia del TEDH se ha constatado a menudo que la captación secreta de conversaciones o imágenes por medio de aparatos de grabación de audio y vídeo entra en el campo de aplicación del artículo 8 del Convenio, tanto en lo referente al derecho al respeto de la vida privada como de la correspondencia. Lo ha hecho, por ejemplo, en la colocación y utilización de aparatos de escucha en una celda de un detenido en prisión (STEDH de 25 de septiembre de 2001, P.G y J.H. contra Reino Unido); en el establecimiento de un dispositivo de vigilancia de audio y vídeo colocado en la celda de un detenido en prisión y en la zona de visita de ésta (STEDH 5 de noviembre de 2002), (Allan contra Reino Unido); a la grabación y conversaciones telefónicas de un preso por las autoridades penitenciarias, utilizadas posteriormente como elemento de prueba para condenarle por otro delito (STEDH 27 de abril de 2004, Doerga contra Holanda) y la ya citada 20 de diciembre de 2005, Wisse contra Francia, sentencia esta que considera que la grabación sistemática de las conversaciones en el locutorio de la prisión entre los demandantes y sus allegados, con fines distintos al afán de seguridad de la prisión preventiva, puede incluirse en las nociones de «vida privada» y de «correspondencia» y además nada indica que los demandantes sometidos a prisión preventiva esperasen que se grabasen en el locutorio con la intención de constituir pruebas susceptibles de ser aportadas en el juicio.

En estas consideraciones el Tribunal consideró que la grabación y subsiguiente utilización de las conversaciones mantenidas en el locutorio por los demandantes con sus allegados se consideran una injerencia en la vida privada.

No obstante queda por determinar si dicha injerencia se justificaba respecto al segundo apartado del art. 8 («no podrá haber injerencia de la actividad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia “está prevista por la Ley” y constituye una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para (...) la prevención del delito (...)»).

La expresión «prevista por la Ley» que figura en el artículo 8.2 exige en primer lugar que la medida impugnada tenga alguna base en la

Legislación interna; en segundo lugar se refiere a la calidad de la Legislación en cuestión, exigiendo que sea accesible a la persona afectada, que además debe ser capaz de prever sin consecuencias para ella y que sea compatible con la norma de Derecho (STEDH Koop contra Suiza de 25 de marzo de 1998). En el contexto de la intervención de comunicaciones por las autoridades públicas, debido a la falta de control público y al riesgo de mal uso de esta facultad, la legislación interna debe disponer alguna protección de las personas contra las injerencias arbitrarias en los derechos protegidos por el art. 8 del Convenio (sentencia Halford contra el Reino Unido de 25 de junio de 1997).

Sin embargo la frase «prevista por la Ley» implica condiciones que van más allá de la existencia de su base legal en la legislación interna y exigen que la base legal sea «accesible» y «previsible».

Una norma es «previsible» si está formulada con la suficiente precisión como para permitir a la persona afectada, si es necesario con el consejo adecuado, regular su conducta (...).

Tercero.—Analizando estas exigencias desde el prisma de nuestra legislación interna, el art. 18.2 CE garantiza el secreto de todas las comunicaciones, sea cual sea el medio por el que éstas se producen, por tanto también de aquellas comunicaciones que, de forma verbal y directa, puedan producirse entre dos o más personas en un lugar cerrado, sin mediación de artificio o aparato alguno, sin embargo tanto la doctrina como la jurisprudencia han cuestionado la posibilidad de que pueda alzarse el secreto de las comunicaciones, aun con resolución judicial habilitante.

Así un sector doctrinal mantiene que la autorización judicial para la instalación de aparatos de escucha, transmisión y grabación en lugar cerrado está fuera del ámbito de aplicación del art. 579 LECrim porque una interpretación contextual del término comunicaciones, y no gramatical, remite a las enumeradas como tales en el primer inciso del precepto, esto es, las postales, telegráficas o telefónicas.

Igualmente otros autores en la misma postura descartan la licitud de la intervención ver-

bal por ser contraria al art. 18.3 CE y por lesionar directamente la intimidad, art. 18.1 CE, de quienes fueron objeto de la intervención u observación. Destacan que el estudio de este precepto obliga a buscar su contenido, mediante su interpretación en un triple sentido.

Primero, interpretación restrictiva de la norma en cuanto limitativa de un derecho fundamental. En segundo lugar, interpretación lógico-sistemática buscando el sentido de los términos legales, según su ubicación y contexto en que se utiliza, de acuerdo con la finalidad de la norma para decidir cuáles son los supuestos objeto de aplicación, toda vez que la interpretación gramatical deviene insuficiente, de acuerdo a los criterios acogidos en el art. 3 C.Civil. En tercer lugar, la aplicación del principio de legalidad procesal, *ex art. 1 LECrim* prohíbe la analogía *in malam partem*. Formulada así la operación intelectual de la interpretación del art. 579.3 LECrim, considera que es notorio que el legislador se ha querido referir únicamente a las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas y no a otras distintas a éstas.

En sentido contrario otro sector doctrinal opina que el precepto constitucional para la intervención u observación de dichas comunicaciones es el art. 18.3 CE y el requisito de la previsión legal que exige al art. 8 TEDH, se encuadra en el párrafo 3 del art. 579 que también sería aplicable a este tipo de comunicaciones verbales directas entre dos o más personas. La cuestión a resolver consistiría en la interpretación adecuada del último inciso del aludido párrafo tercero que se refiere a las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos. Según este sector doctrinal caben dos posibles soluciones. La primera consiste en entender que así como al utilizar antes en el mismo párrafo el término comunicaciones se refiere específicamente a las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas, al final del párrafo se refiere a las comunicaciones en sentido genérico, que incluye por tanto, todo tipo de comunicaciones efectuadas por cualquier medio. Y si bien en este punto la doctrina suele poner como ejemplo los modernos medios de transmisión de las comunicaciones como el teléfono, terminales de ordenador, videofónos, etc..., entiende

en una interpretación gramatical del término comunicación debe llevar a la conclusión de incluirse aquí no sólo las demás comunicaciones efectuadas a través de esos modernos medios de telecomunicación, sino también todo tipo de comunicaciones de la que se sirva la persona sobre la que recaen indicios racionales de criminalidad para la realización de sus fines delictivos, y entre ellos, claro está, la que se efectúa a través del medio más simple la verbal, efectuada a viva voz, directamente, entre dos personas, y que puede ser objeto de escucha, aprehensión e incorporación a un documento sonoro a través de los modernos aparatos de escucha y grabación que proporciona el avance de la técnica. La segunda interpretación consiste en entender que las comunicaciones a las que se refiere el último inciso del párrafo tercero del art. 579 LECrim. son las comunicaciones de terceras personas que no saben que son utilizadas con fines delictivos, ambas interpretaciones, consideran estos autores, no se excluyen y por tanto, entiende que existe una regulación legal, de carácter procesal en la que basarse para poder determinar los requisitos son necesarios y en qué forma debe adoptarse la intervención de las comunicaciones de dos o más personas a través de la instalación de aparatos de escucha, transmisión y/o grabación en lugar cerrado, insistiéndose en que no parece lógico afirmar la ausencia de regulación para grabar una conversación verbal directa, cuando lo sustantivo, en la protección del art. 18.3 CE, es el hecho de conversar y no el medio utilizado. Por ello se dice que cuando el legislador regula la intervención de las comunicaciones en el art. 579 LECrim está dando por supuesto que se incluye la conversación oral, puesto que lo que se protege es la conversación en sí misma considerada.

Otros autores consideran lícita la instalación de ingenios en los domicilios de particulares o simplemente en los lugares donde tenga lugar la conversación, aunque rechazan el criterio de la analogía con el art. 579 LECrim, pues en la adopción de medidas restrictivas de derechos sólo es admisible la analogía *in bonam partem*, siendo así que la intervención de comunicaciones sin empleo de medios mecánicos supone una mayor gravedad en la intromisión de la intimidad de las personas, y estiman que la

autorización judicial que contempla el art. 18.3 CE. sería por sí sola bastante para la adopción de este tipo de intervenciones.

Siendo así si bien el art. 579 LECrim adolece de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales, por lo que no satisface los requisitos necesarios exigidos por el art. 18.3 CE, para la protección del derecho del secreto a las comunicaciones interpretado, como establece el art. 10.2 CE, de acuerdo con el art. 8 Convenio, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala ha venido supliendo aquellas deficiencias y la STC 26/2006, de 30 de enero, ya ha señalado que «no puede afirmarse, en el momento actual que el Derecho interno no respete las exigencias derivadas del art. 8 Convenio, sino que a este Tribunal le corresponde suplir las insuficiencias apreciadas en el precepto legal citado hasta que se produzca la necesaria intervención del legislador», lo que ha llevado al propio TEDH (Auto de 25 de septiembre de 2006 caso Abdulkadir contra España) a declarar que «si bien es deseable una modificación legislativa incorporando a la Ley los principios que se desprenden de la jurisprudencia del Tribunal, tal y como ha señalado constantemente el propio Tribunal constitucional, el tribunal considera que el art. 579 LECrim, modificado por LO 4/1988 de 25 de mayo y completado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo formula normas claras y detalladas y precisa, *a priori*, con suficiente claridad el alcance y las modalidades del ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en el ámbito considerado» (Sentencia Lambert contra Francia de 24 de agosto de 1998).

Cuarto.—Postura esta que fue la seguida por esta Sala en STS 173/98 de 10 de febrero, que afrontó directamente el problema que presentan este tipo de comunicaciones cuestionándose la constitucionalidad y legalidad de la instalación de artificios técnicos en una celda, lo que se hizo para conocer las conversaciones entre dos presos preventivos, con la esperanza de obtener así la identidad de otra persona implicada en delitos de homicidio, violación y tenencia ilícita de armas, y en particular abordó el problema de si la autorización judicial para la instalación de aparatos de escucha y grabaciones,

mediante aparatos en lugar cerrado, en concreto en una celda de prisión preventiva cumple la exigencia de previsión y reserva legal que legitima tal injerencia en el ámbito del derecho fundamental a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones, y señaló que en principio, la distinción entre conversaciones telefónicas y cualquier tipo de conversación privada no es aceptada por el Tribunal Constitucional que destacó en sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, que «sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de «comunicación», la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados, el derecho posee eficacia *erga omnes*) ajenos a la comunicación misma...».

(...)

A este Tribunal no le resulta concebible que se proteja menos una conversación por ser telefónica —en cuanto pueda ser legítimamente intervenida por el Juez— y no lo pueda ser una conversación no telefónica de dos personas en un recinto cerrado.

Y aunque se aceptase la argumentación del recurrente de que la intervención se produce en los calabozos de la policía y a unos detenidos habrá que recordar que la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, art. 51 y el Reglamento Penitenciario, Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, arts. 46 y 47, permiten que las comunicaciones orales (y escritas) sean intervenidas motivadamente por el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial, mucho más cuando sea el propio Juez Instructor de la causa el que lo acuerde.

(...)

Pues bien, si se permite al Director en la normativa penitenciaria mucho más al Juez de Instrucción a autorizar la grabación de las conversaciones entre detenidos en calabozos policiales, cuando su finalidad y su labor sea garantizar precisamente una pluralidad de valores en una sociedad democrática que no pueden desconocerse.

En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha estimado violación del art. 8.1 del Convenio cuando la injerencia resulta necesaria en una sociedad democrática para

la seguridad nacional, la defensa del orden y las prevenciones penales (Sentencia 6 de septiembre de 1976, caso Klass y otros); cuando está prevista por la Ley y es justificable como necesaria en una sociedad democrática (Sentencia 25 de marzo de 1983, caso Liver y otros); o sea particularmente proporcionada al fin legítimo perseguido (Sentencia 24 de marzo de 1988, caso Olson). Ello sin perjuicio de las especiales cautelas y garantías que deberán adaptarse para la instalación de aparatos de escucha, transmisión y grabación en estos casos para intervenir las comunicaciones de una o varias personas. Así, en todo caso, deberá ir precedida de la existencia de indicios racionales suficientes de la existencia de un delito y de criminalidad contra personas determinadas. Asimismo, la adopción de la medida deberá estar presidida por los principios de proporcionalidad y subsidiariedad. En base al primero deberán ponderarse cuidadosamente los intereses en juego, los beneficios a obtener para la causa y los principios que puedan ocasionarse. La aplicación del principio de proporcionalidad en lo que a la aplicación de la medida se refiere nos llevará a la conclusión de que sólo debe aplicarse en supuestos excepcionales, por delitos graves, en los que concurren claros indicios de la existencia del delito y de las personas criminalmente responsables del mismo, sin que pueda nunca basarse su adopción en meras sospechas o conjeturas y por el tiempo imprescindible que, por la propia naturaleza de la medida acordada, será en la práctica, mucho menor que el usual en las intervenciones telefónicas. Por otra parte, el principio de subsidiariedad nos indica que esta medida únicamente debe acordarse cuando no sea posible obtener, de otro modo, el mismo resultado y al mismo tiempo sea necesaria su adopción para el buen fin de la instrucción de la causa.

Quinto.—En el caso presente la Brigada de Policía Judicial —delincuencia violenta—, Jefatura Superior de Aragón, Dirección General de la Policía, mediante oficio de 13 de marzo de 2007 (folios 445 a 453), tras efectuar un amplio resumen de las investigaciones llevadas a cabo por la desaparición y posterior muerte violenta de Prudencio y poner en conocimiento del Juzgado que se iba a proceder a la detención de las personas implicadas en la investigación (Rafael,

Aurora y Alfonso, Teodosio, Eliseo, Aurora y Darío; Jose Enrique y María del Pilar), solicitó, además de diversos mandamientos de entradas y registros en los domicilios de los anteriores que se autorizara la colocación de medios ocultos de grabación audiovisuales (captación de imagen y sonido) en las celdas de los calabozos de la Jefatura Superior de Policía de Valladolid en la que ingresen los detenidos al considerarse una medida necesaria e imprescindible para el buen fin de la investigación, habida cuenta que así podrían aportarse las conversaciones de los detenidos al proceso judicial.

El Juzgado de Instrucción por Auto de 14 de marzo de 2007 considera el precepto habilitante para la intervención del art. 579.2 LECrim y aplicando la doctrina sentada en la STS 10 de febrero de 1998, antes citada, por la que «no resulta concebible que se proteja menos una conversación por ser telefónica, en cuanto puede ser legítimamente intervenida por el Juez y no lo puede ser una conversación no telefónica de dos personas en un recinto cerrado», y de forma analógica la elaborada en torno a la captación de imágenes en las que se hace constar por la policía actos criminales considerándose prueba válida incluso sin autorización judicial que sólo debería recabarse en el supuesto de que las mismas se realizaran en un recinto cerrado (SSTS 23 de septiembre de 1999 y 27 de septiembre de 2002 entre otras), teniendo en cuenta que se trata de investigar una muerte violenta de una persona, cuyo cadáver fue encontrado con un disparo en la cabeza y cuyo teléfono móvil fue utilizado por sus supuestos captores antes de producirse ésta, lo que dio lugar a la adopción de una línea de investigación basada en la intervención de una serie de teléfonos móviles cuyo resultado arrojó fundados indicios en relación a las personas cuyas conversaciones se pretende grabar y tras proceder a su detención y con anterioridad a ser puestas a disposición judicial pudieran encontrarse implicadas en el hecho en cuestión, concluye con la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida solicitada y precisamente «para evitar que los imputados pudieran ver mermado su derecho de defensa y su derecho a no declarar contra sí mismos, no se podrá instalar los aparatos de escucha en el lugar donde aquéllos tengan acce-

so a la entrevista reservada con su letrado dado que el imputado puede revelar a su letrado los secretos que quedan bajo la reserva del secreto profesional», acordando en la parte dispositiva que no podrán utilizarse los sistema de captación en el habitáculo reservado para que los imputados mantengan la entrevista reservada con su letrado, que permanecerá separado de las celdas en que se instalarán las escuchas y que la colocación de los micrófonos se realizará por los técnicos de la policía judicial «en presencia del Secretario Judicial que levantará acta en relación a la citada colocación y, en su caso, de la separación debida entre las celdas y el lugar donde los detenidos se entrevisten con su letrado».

Como tal acuerdo del Instructor no cabe considerarlo arbitrario en cuanto a la proporcionalidad de la medida, sus cautelas y garantías, para preservar los derechos de los detenidos, art. 520 LECrim, hay que estimar tal prueba legítima e infundada la queja del recurrente.

Sexto.—En efecto, en relación a la infracción de los derechos previstos en el art. 520 LECrim, al tratarse de detenidos en calabozos policiales: derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo o a confesarse culpable, arts. 17.3 y 24.2 CE, debemos recordar que tales derechos se ponen en funcionamiento cuando el acusado está sujeto a los poderes coercitivos del Estado por su detención. El derecho le protege contra el uso por parte del Estado del poder de subvertir el derecho de un acusado a elegir si quiere o no hablar con las autoridades.

En cuanto al privilegio contra la autoincriminación o el derecho a permanecer en silencio el TEDH, Sentencia Allan contra Reino Unido de 5 de noviembre de 2002, ha reiterado que esos derechos están generalmente reconocidos en los patrones internacionales que se encuentran en el núcleo de un proceso equitativo. Su finalidad es proporcionar a un acusado la protección contra una coacción impropia por parte de las autoridades y evitar así errores judiciales y garantizar los fines del art. 6 (Sentencia John Murray contra Reino Unido de 8 de febrero de 1996). El derecho a no autoincriminarse afecta en primer lugar al respeto a la voluntad de la persona acusada a permanecer en silencio y

presupone que la acusación en un proceso penal busca probar el caso contra el acusado sin recurso a pruebas obtenidas por medios no previstos legalmente desafiando la voluntad del acusado (Sentencia Saunders contra Reino Unido de 17 de diciembre de 1996), por cuanto —decimos nosotros— la verdad no puede ser hallada en el proceso penal a cualquier precio sino que se encuentra limitada por el escrupuloso respeto a los derechos fundamentales.

Al examinar si el proceso ha hecho desaparecer la verdadera esencia del privilegio contra la autoincriminación, el Tribunal deberá examinar la naturaleza y el grado de la coacción, la existencia de cualquier protección importante en el proceso y el uso que se hace del material así obtenido (véase Sentencia Heaney y McGinness contra Irlanda de 27 de diciembre de 2000 y Sentencia J.B. contra Suiza de 3 de mayo de 2001).

Cuando la policía utiliza un subterfugio —por ejemplo, introducir en la celda otra persona, de acuerdo con la Policía— para sonsacarle información, para interrogar a su acusado, después —o antes— de que éste haya advertido que no quiere hacer declaraciones, está consiguiendo de manera incorrecta información que no habría podido obtener de haber respetado el derecho constitucional del detenido a permanecer en silencio, se violan sus derechos porque se le priva de su opción. Sin embargo, en ausencia de comportamiento para obtener esa información por parte de la policía, no existe violación del derecho del acusado a elegir si quiere o no declarar ante la Policía. Si el detenido habla, es su propia opción y se debe suponer que ha aceptado el riesgo de que quien reciba esa información pueda informar a la policía o de que su conversación está siendo grabada.

En el caso presente, se advierten similitudes en los casos del TEDH, Khan contra Reino Unido de 12 de mayo de 2000 y P.G y J.H. contra Reino Unido de 25 de septiembre de 2001, la fijación de los aparatos de escucha y grabación de las conversaciones no fueron ilegales en el sentido de ser contrarias a la Ley penal interna, y no existe indicio alguno de que el detenido, en su conversación con otro detenido por los mismos hechos y conocido suyo, hubiera sido

coaccionado para hacerlas o de que fuera una trampa o una inducción.

En estas condiciones no debe entenderse que la información obtenida de las grabaciones —con las especiales garantías que se señalaban en el auto habilitante para preservar el derecho de defensa y comunicación con un letrado—, haya sido obtenida en contra de la voluntad del detenido y su utilización en juicio fuera en contra de su derecho a permanecer en silencio y a no autoincriminarse.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
EL MAGISTRADO PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ A
LA SENTENCIA NÚMERO 513/2010, DE
2 DE JUNIO, QUE RESUELVE EL RECURSO
DE CASACIÓN NÚMERO 11.429/2009P

El criterio de la mayoría es que la instalación, con autorización judicial, de un dispositivo de escucha oculto, en la celda de la comisaría en que se encontraban detenidos los sospechosos de un delito, con el fin de captar sus conversaciones, y porque, era previsible que fueran a hablar entre ellos del asunto objeto de investigación, por el que ya estaban siendo policialmente imputados, es conforme a nuestro derecho interno, pues contaría con la necesaria cobertura legal y constitucional, y también al art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Si no he entendido mal, se considera que existe la necesaria previsión legal, de un lado porque la clase de comunicación (directa entre los implicados), si amparada por el derecho al secreto del art. 18,3 CE sería también de las susceptibles de injerencia judicialmente autorizada dentro de un proceso penal; y, además, en este caso, la medida estaría entre las contempladas en el art. 579,3 LECrim y entre las que permiten los arts. 51 de la Ley General Penitenciaria y 46 y 47 del Reglamento de la misma. En fin, se estima que el carácter subrepticio de la escucha en el lugar de la detención habría respetado el derecho de los afectados a guardar silencio, porque no fueron forzados a hablar y tampoco estimulados a hacerlo por algún medio insidioso, sino que se comunicaron entre ellos de manera voluntaria. Mi discrepancia con tal modo de discurrir es plena: porque no concurre previsión legal en los térmi-

nos del Convenio citado y como la requiere conocida jurisprudencia del TEDH, que cita la sentencia, y, en tal sentido, la interceptación fue ilegítimamente practicada, con vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones y a la intimidad de los escuchados. Y también —y de manera muy especial, dado el marco— porque se hizo con franca ruptura del derecho de defensa, que es como decir del proceso penal acusatorio, y de otros derechos fundamentales. En cuanto a lo primero, hay que señalar que la sentencia identifica dos posiciones doctrinales sobre la posible instalación, con autorización judicial, de escuchas en lugar cerrado para captar sonido ambiente, al amparo de los arts. 18,3 CE y 579 LECrim; para al fin decantarse por la más laxa, la que brinda la menor tutela a los derechos fundamentales en riesgo y que, además, no puede tener más precario fundamento. En efecto, pues, en esencia, se cifra en el uso del último inciso del párrafo tercero del segundo artículo citado, cuando habla «de las comunicaciones de las que se sirvan» (los sospechosos), *desconectando* esta expresión de la inmediatamente anterior, la vertebradora del precepto en su totalidad, comprensiva *sólo* de las «comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas», que, en una interpretación contextual e integrada del mismo, son el verdadero y *único* objeto de regulación. Lo que significa, lisa y llanamente, que la intervención sobre las de otra clase *no está contemplada*: para ellas no hay previsión, y mal podría acordarse con el imprescindible fundamento legal. Así, es bien claro que el art. 579 LECrim no ampara la posibilidad de invasión de las comunicaciones entre sujetos presentes. Y que el vocablo «comunicaciones» de su apartado tercero no introduce —no podría hacerlo de forma implícita, en materia tan sensible— una modalidad de las mismas ajena a las expresamente consideradas. Cuando, además, la expresión en la que se integra tiene un sentido francamente obvio: la observación puede también extenderse *a las comunicaciones que son preciso objeto de regulación*, esto es, las «postales telegráficas o telefónicas» mantenidas por otros sujetos de «las que se sirvan» los investigados. Ciertamente que en una interpretación hiperliteralista y deconstructiva del precepto en el término «comunicaciones», debidamente descontextualizado, caben las de

cualquier tipo. Pero obrar así no es interpretar con rigor, y menos con el que exigen las normas de aplicación del *ius puniendi*; sino valerse de una clara e injustificable imperfección técnica del lenguaje legal para *construir* una norma contra la *ratio legis*: un precepto no escrito de creación jurisprudencial. Una regla tercera o *supernumeraria* que diga lo que no dice ninguna de las tomadas como supuesta base de la misma. Otro tanto hay que afirmar de la invocación de los preceptos citados relativos al marco penitenciario (verdadero y único objeto de regulación) para *convertir* por esa vía oblicua una medida de tal régimen específico en un *medio de investigación procesal objetivamente ausente y extraño a nuestro sistema jurídico vigente* en materia de proceso criminal. Sin que pueda servir como *argumento* que el juez *tendrá que poder* lo que puede el director de un centro de reclusión. Porque esta clase de analogía de un supuesto *sentido común* lo sería del propio del hombre de la calle, no del jurista, que mal puede convertirla en fuente de derecho. Máxime cuando concurre una patente heterogeneidad tanto en el fin como en la modalidad de ejercicio de la interceptación. Y semejante modo de discurrir, que podría servir para mover la voluntad del legislador, no vale en cambio para cubrir el ostensible vacío legal. Esto, en rigor, debiera bastar para excluir esa *suplencia* extensiva, porque no cabe trasladar al campo de la jurisdicción instrumentos de control propios de un régimen administrativo de especial sujeción, que no es, precisamente, el de quienes gozan del amparo de preceptos como los que conforman la disciplina constitucional del proceso. El TEDH en múltiples sentencias habla de la necesidad de previsión legal, en tanto que condición de legitimidad de las injerencias en el marco de la intimidad y del secreto de las comunicaciones. Ello como garantía de conocimiento por los eventuales afectados de las actuaciones que podrían llegar a concernirlos, a fin de que puedan saber *a qué atenerse*. De aquí se deriva para el legislador una ineludible exigencia de calidad en el uso del lenguaje, más precisamente, de transparencia y rigor descriptivo en la delineación de los supuestos. Pues bien, siendo así, es patente que, en este punto, el legislador español —en la hipótesis de la mayoría— no ha cumplido en modo alguno sus deberes. Para de-

mostrarlo basta reparar en el auténtico laberinto *interpretativo* en el que hay que sumergirse para llegar a la conclusión de que nuestro ordenamiento contiene una disposición legal como la tan artificiosamente fabricada en este caso. Acudiendo a una alambicada y amplificadora operación de síntesis de otras varias ideadas con un fin distinto del perseguido con la operación que se cuestiona. Pero hay más, dado que en el supuesto a examen no sólo concurre afectación del secreto de las comunicaciones verbales entre personas presentes. Pues éstas se hallaban, precisamente, en el que tendría que considerarse en ese momento su *domicilio*, el ámbito de ejercicio de su única posible y precaria intimidad, necesariamente compartida, que fue invadido; justo porque iba a ser ése su destino, y por un motivo que nada tenía que ver con la seguridad de los detenidos ni con las peculiaridades propias del régimen administrativo de la detención. En una actuación, no justificada por motivos de esta última clase y completamente ajena en la forma a las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de allanamiento domiciliario. Por si fuera poco, la medida incidió pesadamente en el derecho de defensa, banalizando, con manifiesta quiebra del *nemo tenetur*. Cierto que se dice que en la obtención de las declaraciones no habría habido provocación o *trampa*. Pero no lo veo así, porque es claro que los escuchados hablaron en la creencia de que lo hacían *sólo para ellos*, en el aludido ámbito de intimidad compartida; obrando, con toda seguridad, de un modo distinto a como lo habrían hecho ante el posible provocador infiltrado con el encargo *sonsacarles* al que se alude en la sentencia; o sea, en situación de total inermidad ante el investigador. Y —diría— no cabe mayor insidia que la de convertir en *declaración* autoinculpatoria o heteroinculpatoria la conversación o el soliloquio del detenido que se considerara a salvo de escuchas, y da por descontado que, privado de libertad, goza, sin embargo, de los restantes derechos fundamentales previstos en la Constitución, y, en particular, los que asisten al imputado. Sucede, en fin, que el derecho a no declarar expresa algo más que una facultad o una opción defensiva, de uso facultativo por aquél. Es también, o, mejor dicho, primero, expresión de la renuncia del ordenamiento consti-

tucional a *servirse* de él como medio de prueba, en especial contra sí mismo: por imperativo del derecho a la presunción de inocencia, que desplaza toda iniciativa inculpativa y el deber de probar sobre quien acusa, imponiéndole la utilización de otras fuentes de conocimiento. En definitiva, creo que la intervención judicial de que se trata es constitucionalmente ilegítima, y así debió ser declarada en la sentencia, con los efectos del art. 11.1 LOPJ. Y en tal sentido tendría que haberse estimado el recurso.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. JOSÉ MANUEL
MAZA MARTÍN

Con el máximo respeto que me merece la opinión mayoritaria de este Tribunal he de expresar, no obstante, mi plena conformidad con el contenido del Voto Particular discrepante de aquélla, suscrito por el también miembro de la Sala D. Perfecto Andrés Ibáñez.

Por consiguiente, junto a las que en mi opinión son ya de por sí acertadísimas argumentaciones contenidas en dicho Voto, en referencia a aspectos tan esenciales como la ausencia, en nuestro ordenamiento, de cobertura legal habilitante para la práctica de la diligencia en cuestión o la dimensión constitucional de semejante carencia, argumentaciones a las que expresamente me adhiero, tan sólo considero de interés insistir aquí en el dato, para mí del todo concluyente, de la situación de absoluto sometimiento en que los «espíados» se hallaban, privados de libertad en las dependencias policiales, lo que hace que una injerencia en su intimidad como la consistente en escuchar sin su conocimiento sus pláticas, que en circunstancias distintas de la referidas podría quizá llegar a considerarse lícita si, como en este caso, cuenta con el debido control jurisdiccional, se convierta en una verdadera «trampa» o «treta» («*trickery*» en el Derecho anglosajón, que con mayor amplitud y frecuencia ha abordado estos tipos de «artimañas» utilizadas por los investigadores del delito), ejecutada precisamente por quienes, en su condición de funcionarios encargados de la custodia de los detenidos, mayor obligación tenían de preservar y garantizar todos los derechos de éstos, incluidos los correspondientes al ámbito de su intimidad, y a

excepción por supuesto de la privación de libertad deambulatoria, que es la única y exclusiva limitación de derechos que puede obrar como contenido propio de la detención acordada.

Aprovechar, por tanto, esa detención y la situación de aislamiento e impedimento de otras alternativas que la misma ocasiona, para obtener información de manera subrepticia y ajena a la voluntad de unos informantes sometidos a tales condiciones sin posibilidad alguna de eludirlas, a mi juicio constituye una actuación por completo ajena a los instrumentos propios de un Estado de Derecho, que en modo alguno puede merecer aprobación como técnica de investigación criminal y, menos aún, como vía para la obtención de material probatorio ulteriormente utilizado en el enjuiciamiento.

Así mismo, he de significar lo que tal comportamiento policial y judicial supone, en mi criterio, de evidente vulneración de los derechos de los investigados a no declarar contra sí mismos y a no declararse culpables, derechos de los que gozaban plenamente al tiempo de la debatida diligencia de investigación y de los que habían sido ya debidamente instruidos los detenidos con carácter previo a su privación de libertad, pues en realidad se obtuvo de ellos una información que voluntariamente no deseaban facilitar, haciéndoles creer que estaban solos en el calabozo, cuando ello no era así, ya que los oídos de unos terceros ocultos a su vista asistían también a la conversación, tomando conocimiento del contenido de la misma desde el exterior de la celda.

Por otra parte, el hecho de que la información obtenida de tal modo no fuera utilizada de manera principal para la inculpación de los propios conversadores objeto de «escucha» sino contra una persona ajena a ellos, copartícipe de los mismos hechos delictivos, a cuya identidad éstos hicieron alusión en su diálogo, extremo en el que la opinión mayoritaria del Tribunal hace especial hincapié para excluir la vulneración del referido principio *nemo tenetur se detegere* o *nemo tenetur se ipsum accusare*, en modo alguno puede servir a ese fin de la exclusión de la infracción constitucional puesto que, en definitiva, a través del contenido de la conversación los detenidos confirmaban también su participa-

ción en los ilícitos, con independencia de que pudieran existir otros elementos probatorios independientes que igualmente les incriminasen, pues el derecho constitucional a no declarar evidentemente no puede resultar dependiente de la existencia, o no, de otras pruebas, sino que merece ser respetado por sí mismo, aunque exista acreditación plena por vía ajena a la declaración respecto del contenido de ésta.

Es precisamente por todo ello por lo que se explica, según mi opinión, el que, aunque en nuestro ordenamiento esté permitida, mediando la oportuna autorización judicial, una injerencia tan gravísima para el investigado como la inter-

vención de sus conversaciones telefónicas, la práctica de tal diligencia no resulte, sin embargo, posible una vez que se ubica al investigado en el lugar de imputado, precisamente porque a partir de ese momento su derecho a no ser fuente productora, ni voluntaria ni involuntariamente, ni con conocimiento de ello ni de manera inconsciente, de material probatorio que le incrimine (*nemo tenetur*) ha de prevalecer sobre cualquier otra consideración, especialmente frente a eventuales planteamientos utilitaristas y de mera eficacia policial que tan contradictorios suelen resultar con el respeto adecuado a las garantías básicas de un procedimiento penal democrático.

Sentencia 541/2010, Sala Segunda del TS, de 2 de junio

Ponente: **Joaquín Giménez García**

Resumen: **Proposición de prueba: validez de la fórmula de adhesión a la de otra parte**

Artículos: **656 y 746.3.º LECrim**

Validez de la fórmula de adhesión a la prueba de otra parte (aunque posteriormente fuese renunciada por ésta), de modo que resulta legitimado para solicitar la suspensión de la vista por incomparecencia de testigos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

En este escenario debemos abordar *dos cuestiones*:

a) Sobre la validez y efectos que pueda tener la fórmula de adhesión a la prueba del Ministerio Fiscal aún en el caso de que éste la renunciase, efectuada por otra parte del proceso a los efectos de que la defensa puede disponer autónomamente de tal prueba.

b) Sobre la doctrina de la pertinencia y necesidad de la prueba no practicada.

En relación a la *primera de las cuestiones*, viene a ser el criterio mayoritario de la Sala estimar que la usual fórmula utilizada en el foro por la defensa de adhesión genérica a

la prueba *nominatim* propuesta por el Ministerio Fiscal u otra parte le autoriza para disponer de tal prueba con autonomía e independencia propia, de suerte que en caso de renuncia a la prueba por quien la propuso, también la que se adhirió podrá autónomamente acordar lo que le interesa.

En tal sentido, la STS de 12 de junio de 1985 estimó que la simple adhesión a la prueba testifical de las partes acusadoras es un presupuesto válido para solicitar, en su caso, la suspensión del juicio en caso de incomparecencia del testigo concernido. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 7 de diciembre de 1988.

Ciertamente no puede ignorarse que otras sentencias de la Sala, como la de 16 de enero de 1989 estima que la fórmula de la adhesión

genérica no cumple con las exigencias del art. 656 LECriminal, pero en general, es criterio *más mayoritario* el contrario, reseñado al principio, en base a la naturaleza del recurso de casación como recurso efectivo con la consiguiente atemperación del rigor casacional y además por la desproporción que supondría la privación a la parte de un derecho fundamental, como el de interrogar a los testigos desde el derecho a la proposición de la prueba en relación con la escasa gravedad de la irregularidad *ex art.* 655 LECriminal de no designación individualizada. Otra decisión equivaldría a admitir que la mera infracción del art. 656 LECriminal supondría o tendría la sanción de la pérdida del derecho fundamental a valerse de las pruebas que la parte haya propuesto temporáneamente.

En este mismo sentido, las SSTs de 8 de febrero de 1991, 3 de abril de 1992 y 1563/1997, de 20 de diciembre.

En definitiva, ha de resolverse esta cuestión declarando que *la adhesión de una parte a la prueba propuesta por otra parte le legitima para disponer de tal prueba como propia a todos los efectos.*

Con ello pasamos a la *segunda de las cuestiones*. Desde el principio de que el derecho a la prueba no es absoluto, hay que recordar que la lesión al derecho fundamental de tutela judicial efectiva sólo se produce en relación a la prueba que sea pertinente, sea necesaria y sea posible. Entre las más recientes STS 1373/2009, de 28 de diciembre y las en ella citadas.

Que sea *pertinente* quiere decir que sea propuesta en legal forma, extendiendo tal admisibilidad a la fórmula de adhesión ya estudiada.

Que sea *necesaria* equivale a que tenga relevancia en el *thema decidendi*, es decir, que la parte proponente debe argumentar convenientemente la relación de dicha prueba con la decisión final del caso, de suerte que el resultado podría haber sido otro.

Que sea *posible* hace referencia a que la prueba puede llevarse a cabo, por lo que si no es posible por no estar a disposición del Tribunal el testigo concernido, o está en paradero desconocido y siempre que se acredite una suficiente diligencia por parte del Tribunal en su busca es

claro que en tal caso, no procedería el bloqueo o paralización si se dice del proceso. También existe un interés público en que los juicios se celebren sin demoras.

Como requisitos formales, la parte concernida tiene que efectuar dos actuaciones: a) consignar la protesta en caso de que no se accediese a su petición de que se suspendiera el juicio para acreditar su disconformidad con tal decisión y b) consignar las preguntas que se le dan a efectuar al testigo. Este requisito es esencial para que el Tribunal, tanto el de enjuiciamiento como el del recurso pueda verificar la trascendencia de su testimonio desde la perspectiva de su necesidad, ya que si no se consignan las preguntas no hay datos para argumentar sobre su necesidad ni por el Tribunal de enjuiciamiento ni por el de apelación o esta Sala de Casación.

Pues bien, desde esta doctrina, *en relación al caso de autos* hay que declarar que desde la validez de la proposición por adhesión de los dos testigos propuestos *nominatum* por el Ministerio Fiscal que efectuó la defensa del recurrente, y que se referían a los dos supuestos compradores de la droga que les suministró el recurrente. Ahora bien, la decisión del Tribunal de no suspender el juicio lo fue porque ambos testigos *estaban en paradero desconocido* como se acredita a los folios 54 y 55 donde se da cuenta de las gestiones de la Unidad de la Policía Judicial adscrita a los Juzgados.

A ello debe añadirse que a tales testigos no se les había recibido declaración durante la instrucción y a ello hay que añadir que el recurrente *omitió en el Plenario consignar las preguntas* que se le iban a efectuar.

En esta situación hay que *concluir con el rechazo del motivo*. No ha existido quiebra en el derecho a la tutela judicial efectiva por la no suspensión del Plenario ante la incomparecencia de los dos testigos.

El hecho de hallarse ambos en ignorado paradero convierte la prueba en imposible realización, a ello debe añadirse que la ausencia de las preguntas impide verificar la necesidad de tal prueba.

Procede la desestimación del motivo.

Sentencia 616/2010, Sala Segunda del TS, de 3 de junio

Ponente: **Joaquín Giménez García**

Resumen: **Entrada y registro**

Artículos: **18.2 CE y 569 LECrim**

Nulidad del registro practicado respecto del marido, pues estando detenido no se le dio la oportunidad de estar presente, mientras que sí lo hizo la esposa respecto de la cual la diligencia resulta válida.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

Los motivos segundo y tercero, denuncian vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Los abordamos conjuntamente.

Como argumento propio y exclusivo del recurrente se dice que no estuvo en el registro del domicilio que compartía con Coro, a pesar de que estaba, a la sazón, detenido en un vehículo policial situado en la puerta del edificio.

Asimismo dice que el CD correspondiente a las conversaciones intervenidas al recurrente —teléfono NÚM007—, no se encontró por haberse extraviado, de lo que extrae por un lado la nulidad del registro, y de otro la ausencia de elementos incriminatorios en las conversaciones intervenidas.

En relación a la primera de las alegaciones, es doctrina reiterada de esta Sala que cuando la persona «interesada» *ex art.* 569 LECriminal en el registro domiciliario está detenida, su presencia es imprescindible en el registro del domicilio que ocupa, salvo claro está que se trate de registros en lugares distintos y distantes de donde se encuentre el detenido o por otra razón extraordinaria y justificada —STS 280/2004— aquí inexistente, porque mientras se llevaba a cabo el registro, el recurrente estaba detenido en el vehículo, en la calle junto al inmueble, por ello, de acuerdo con la doctrina de esta Sala, entre otras, SSTS 352/1998, de 16 de marzo; 29 de diciembre de 2000; 30 de enero de 2001 y 711/2003, entre otras, el registro es nulo respecto de Dionisio.

En el presente caso, el recurrente se encontraba, como ya se ha dicho, detenido en el interior de un vehículo policial que se encontraba a la puerta del edificio donde se ubica la vivienda objeto de registro, su disponibilidad era pues plena para que estuviera presente y el hecho de que no lo estuviera, lo que no dependía de él toda vez que estaba detenido, priva de validez dicho registro. No ignora la Sala que el piso lo compartía el recurrente con su esposa, y que su esposa sí que estaba presente y asimismo tampoco ignora que en el registro se encontró droga en la calidad y cantidad que se refleja en los hechos probados.

Ello no es suficiente para extender los efectos del registro domiciliario al recurrente, ya es reiterada la doctrina de la Sala que la convivencia de dos personas no equivale a la coautoría en este delito porque convivir no es compartir, en tal sentido, SSTS 390/2008; 418/2009 y 23 de diciembre de 2009. La responsabilidad penal es esencialmente individual y no es extensible ni por vía de parentesco ni por vía de convivencia, es preciso la existencia de actos concretos que puedan vertebrar una autoría, por ello la ausencia del recurrente en el registro no puede ser suplida con el argumento de que su esposa sí que estuvo presente y que la droga se encontró en el domicilio —SSTS 14 de noviembre de 2000 y 138/2004, de 20 de febrero—.

En relación a la existencia de conversaciones telefónicas independientes de las contenidas en un CD que se extravió como se reconoce al folio 992 de las actuaciones, aunque el Tribunal

de instancia se remite a otras conversaciones diferentes, es lo cierto que el contenido de las mismas no ofrece la certeza exigible para un pronunciamiento condenatorio en base a estas conversaciones, máxime si se tiene en cuenta que el testigo Narciso en una conversación del día 19 de febrero si bien reconoció la misma, alegó que

finalmente Narciso no le había facilitado ninguna droga.

Como conclusión de todo lo razonado procede la estimación de ambos motivos, estudiados conjuntamente y en consecuencia la absolución del recurrente.

Sentencia 527/2010, Sala Segunda del TS, de 4 de junio

Ponente: **Andrés Martínez Arrieta**

Resumen: **Delito continuado patrimonial**

Artículos: **74 y 250.1.6.º Código Penal**

Se vuelve sobre el problema de determinación de la pena en el delito continuado patrimonial, reconociendo la Sala que el Acuerdo de 30 de octubre de 2007, adoptado al respecto (y recogido en el núm. 23 de la *Revista de Derecho Penal*) dista de ser claro.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El recurso de la acusación particular tiene un único motivo que es apoyado por el Ministerio fiscal, referido a la penalidad del delito patrimonial continuado. Recordamos que el fallo de la sentencia impugnada condena al recurrente como autor de un delito continuado de estafa, ya definido, a la pena de dos años de prisión. Entiende la recurrente que los hechos debieron ser subsumidos en el delito continuado de estafa calificado por la especial gravedad. La razón de la discrepancia radica en la penalidad del delito continuado y en una defectuosa inteligencia del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II de 30 de octubre de 2007, lo que no puede ser debido sino a la dificultad en la interpretación de ese Acuerdo desde pronunciamientos posteriores de esta Sala, pues, ni el tribunal de instancia, ni el recurrente, tampoco el Ministerio fiscal, aciertan en su comprensión, lo que sólo puede ser debido a problemas de argumentación por esta Sala en la explicación del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional.

Los hechos probados son subsumidos en la apropiación cometida mediante una pluralidad de actos, causante de un perjuicio de 70.986 euros. En el hecho probado nada se dice sobre la resultancia económica de cada acto delictivo unificado en la continuidad delictiva. De ahí que la subsunción correcta es la de considerar el hecho como constitutivo de un delito continuado de apropiación indebida con la concurrencia de la especial gravedad del art. 250.1.6 y ello porque los plurales hechos cada uno típico de la apropiación han alcanzado, en su conjunto, un resultado de apoderamiento superior a los 36.000 euros considerados como límite de la agravación específica del art. 250.16. La sentencia es errónea en cuanto no aplica a la subsunción la agravación del art. 250.1.6 del Código penal, cuando esta subsunción es procedente por razón de la cuantía del resultado.

Ahora bien, declarada esa subsunción procede abordar la penalidad. Las reglas penológicas del delito continuado no son sino unas reglas específicas de aplicación de la pena para los supuestos que define. Esas reglas son las previstas en el art. 74 del Código penal, que prevé una pri-

mera regla penológica, en el apartado primero, la pena señalada para la infracción más grave en su mitad superior; en los delitos patrimoniales, regla segunda, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado y una tercera regla para los supuestos de notoria importancia y pluralidad de personas, que se corresponde lo que ha sido conocido con el nombre de delito masa.

La aparente contradicción de estas reglas, y la pluralidad de soluciones en la imposición de la pena, pues se llegó a informar que existían dos reglas de determinación de la pena en el delito continuado, la de los delitos patrimoniales y las de los demás delitos, hizo que la Sala II, reunida en Pleno no jurisdiccional, alcanzara el Acuerdo de 30 de octubre de 2007, «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, artículo 74.1 CP queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración». Con este Acuerdo se trata de unificar la interpretación de la regla penológica.

A tenor de este Acuerdo, la naturaleza continuada del hecho, cuando se trata de delitos patrimoniales, no debe suponer que no se aplique la previsión general de agravación de la consecuencia jurídica, esto es la regla primera, la imposición de la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior, pues no concurre causa alguna que justifique un mejor tratamiento penológico de los delitos continuados patrimoniales respecto a los no patrimoniales. Esta determinación del párrafo primero se excepciona, cuando teniendo en cuenta el resultado, el perjuicio total causado, su consideración implique una alteración de la subsunción. Por ejemplo, cuando varias estafas o apropiaciones indebidas con resultados cada una de ellas inferior a 400 euros, pero en su consideración total supera esa cantidad, que es límite entre el delito o la falta. También cuando varios hechos cada uno de ellos constitutivos de un delito de estafa y en los que la consideración del resultado en su conjunto determina la agravación del art. 250.1.6 del Código penal.

En estos supuestos la determinación de la pena se realiza teniendo en cuenta el perjuicio total causado, esto es delito continuado de estafa con la consecuencia prevista en el tipo básico, en el supuesto de pluralidad de estafas cada una de ellas constitutivas de falta pero en su conjunto de delito al superar los 400 euros, del tipo agravado, en el segundo supuesto relacionado, pues la consideración total del perjuicio causado es lo que ha permitido considerar delictivo las varias acciones, en principio, constitutivas de faltas de estafa o con la penalidad agravada en el segundo supuesto. Por ello, no es posible considerar doblemente el perjuicio en la determinación de la pena, uno para considerar delito lo que aisladamente eran faltas, y otro para imponer la pena es su mitad superior. De la misma manera, cuando el resultado de los delitos que se unifican den lugar a la aplicación de la agravación de la especial gravedad. No es procedente, como sugieren las acusaciones en este supuesto, valorar dos veces el perjuicio causado, uno para conformar la regla penológica derivada de la concurrencia de la agravación del art. 250.1.6, es decir la pena de prisión de 1 a 6 años y la de multa, y además, la regla primera del art. 74, para imponer la pena en su mitad superior. Se produce una doble valoración del perjuicio, una para considerar que la cantidad objeto de la apropiación conforma la específica agravación, la estafa agravada, y otra para imponer la pena en la mitad superior.

En el presente caso la pena procedente es la de la estafa agravada del art. 250.1, esto es la pena de prisión de 1 a 6 años y la pena de multa, por lo que la pena de dos años de prisión, y la de multa entra en los márgenes previstos para el delito, pena que se corresponde con la pena del tipo básico en su mitad superior, que sería procedente de aplicar al regla primera.

Por el contrario, la pena que las acusaciones postulan, de 3 años y seis meses de prisión, pena correspondiente a la mitad superior de la pena agravada del delito de estafa, supondría una doble valoración del perjuicio causado, uno para agravar el tipo básico, convirtiendo las estafas individualmente consideradas como subsumibles en el tipo básico, y otra vez para agravar la pena de acuerdo a la regla primera.

Sentencia 664/2010, Sala Segunda del TS, de 4 de junio

Ponente: **Adolfo Prego de Oliver Tolivar**

Resumen: **Atentado con armas**

Artículos: **550 y 552.1.º Código Penal**

Contraste entre la sentencia y un extenso voto particular en relación a cuándo debe apreciarse la causa de agravación de uso de armas en el delito de atentado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El motivo primero apoyado en el art. 849.1.º de la LECriminal denuncia la infracción por inaplicación indebida del subtipo agravado del art. 552.1.º del Código Penal del delito de atentado del art. 550 del Código Penal aplicable cuando la agresión se verificare con armas u otros medios peligrosos.

1. El subtipo del núm. 1 del art. 552 no es de aplicación a todas las modalidades comisivas del atentado previsto en el art. 550, sino a la primera de ellas, es decir al atentado por acometimiento, quedando excluida la modalidad intimidatoria, y la de resistencia grave, con las que no resulta compatible la exigencia de que el empleo del arma o instrumento peligroso se dé en «la agresión», concepto este que restringe la aplicabilidad del subtipo a la modalidad de atentado por acometimiento: la doctrina de esta Sala señala que agredir equivale a acometer (S 25 de octubre de 2002) pues acometimiento significa embestida o arrojamiento con ímpetu sobre una persona, o sea un ataque o agresión (S 8 de marzo de 1999). Si hay acometimiento aunque sea leve existe atentado, apreciable por consiguiente por el hecho de abalanzarse el particular contra el funcionario (S 6 de junio de 2003).

En esta forma comisiva es de aplicación el subtipo agravado del art. 552.1.º del Código Penal, consistente en verificar la agresión con armas u otro medio peligroso. Se trata de una agravación fundada en el mayor riesgo que para la integridad física del acometido se origina cuando la agresión se ejecute con tales instrumentos; y en ese riesgo está el mayor desvalor

de la acción sin necesidad de que se causen resultados lesivos, ni haya propósito directo de lesionar mediante un uso eficaz del arma dirigido a tal fin. En el subtipo agravado no se exige el delito de lesiones consumadas ni en grado imperfecto de ejecución. Basta el acometimiento verificado con armas ya sean éstas más o menos eficazmente manejadas para lesionar o simplemente esgrimidas o empuñadas durante la agresión en condiciones de causar lesión al acometido, porque esta inmediata posibilidad origina un riesgo para la integridad física del acometido mayor que el que representa el acometimiento sin armas; y el riesgo es lo que en este subtipo justifica el incremento de la pena.

Por consiguiente en el delito de atentado del art. 550 del Código Penal cuando el empleo del arma o del instrumento peligroso excede de una exhibición realizada como medio comisivo en la modalidad típica del atentado intimidatorio, y se empuña o esgrime peligrosamente en el atentado de acometimiento físico, la agresión que esto representa debe considerarse verificada con armas, en la medida que origine riesgo físico, y es de aplicación entonces el subtipo agravado del art. 552.1.º del Código Penal sin necesidad de exigir el concreto empleo eficaz del arma por el sujeto con la directa intención de lesionar.

2. En este caso el acusado cogió unas tijeras de quince centímetros, y con ellas en la mano se abalanzó contra un agente de policía, es decir le acometió portando un instrumento peligroso que intentó colocarle en el cuello, con el consiguiente riesgo para la integridad física del acometido. El hecho de que no le clavara las tijeras en el cuello, no quita que durante el

acometimimiento con tal instrumento punzante estuviera en condiciones de hacerlo sobre todo porque el sujeto se las colocó en el cuello en una acción que no es sólo intimidatoria sino que se inscribe en una acción de agresión física. El acometimimiento integrador del atentado se verificó así con instrumento peligroso, que originó un indudable riesgo físico en el agente, parcialmente materializado en las lesiones efectivas que sufrió con el roce de la tijera durante el forcejeo con el acusado.

Por lo expuesto el motivo primero se estima.
(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO DON ALBERTO JORGE BARREIRO
A LA SENTENCIA NÚM. 664/2010, DE 4
DE JUNIO, QUE RESUELVE EL RECURSO DE
CASACIÓN 10006/2010

Tal como anticipé en el debate de la deliberación, mantengo una respetuosa discrepancia con los criterios que se siguen en la sentencia de la mayoría sobre uno de los dos puntos conflictivos del recurso, discrepancia que, una vez redactada la sentencia de casación, expongo en los razonamientos de este voto particular.

1. La discordancia se refiere a la aplicación por esta Sala del subtipo agravado de atentado previsto en el art. 552.1.º del C. Penal (verificar la agresión valiéndose de un instrumento peligroso), agravándose así por la mayoría la condena por el tipo básico de atentado que había dictado la Audiencia.

En la sentencia mayoritaria se asumen los hechos declarados probados en la resolución recurrida, limitándose por tanto la estimación del recurso a las cuestiones jurídicas relacionadas con la subsunción de los hechos que se describen como ciertos en la instancia.

La Audiencia declaró probado que el acusado fue trasladado por los Mossos D'Esquadra desde el centro penitenciario en que se hallaba preso al Hospital San Pau i Santa Tecla para ser asistido de unas lesiones. Y a la salida ya del hospital, después de haberse apoderado de unas tijeras de unos quince centímetros de longitud, de las que se utilizan en los trabajos de oficina, el acusado se abalanzó con las tijeras en la mano

contra el agente NÚM002, a quien trató de sujetar por el cuello con su mano izquierda, mientras que con la mano derecha trataba de aproximar las tijeras hacia el cuello del agente. Éste, ante tal circunstancia, se agachó y durante la realización de dicha acción empujó hacia atrás al acusado, que impactó contra la cristalera, al tiempo que, por el rozamiento de las tijeras, sufrió lesiones consistentes en arañazos en la mandíbula, ala nasal derecha y cervical media.

La Audiencia Provincial subsumió los hechos en el delito de atentado básico de los arts. 550 y 551.1, último inciso, y descartó la aplicación del subtipo agravado del art. 552.1.º del C. Penal: verificar la agresión con armas u otro medio peligroso. Para desechar la tesis agravatoria del Ministerio Público el Tribunal sentenciador acogió la argumentación que se expone en la sentencia de esta Sala 87/2001, de 29 de enero, según la cual no puede aplicarse el subtipo agravado cuando el arma de fuego o el instrumento peligroso se utiliza sólo para amenazar, aunque la amenaza se dirija contra un agente de la autoridad.

En la sentencia mayoritaria no se aplica esta tesis en el caso concreto. Se argumenta para operar con el subtipo agravado que «basta el acometimimiento verificado con armas, ya sean éstas más o menos eficazmente manejadas para lesionar o *simplemente esgrimidas o empuñadas* durante la agresión en condiciones de causar lesión al acometido, *porque esta inmediata posibilidad origina un riesgo para la integridad física del acometido mayor que el que representa el acometimimiento sin armas; y el riesgo es lo que en este subtipo justifica el incremento de la pena*» (la cursiva no figura en el original).

Esta argumentación no puedo compartirla puesto que se opone a los criterios jurisprudenciales que se vienen aplicando por la Sala en sus precedentes sobre la materia. En efecto, en la referida Sentencia 87/2001 se establece que «tiene razón el recurrente cuando dice que agresión no existió en el caso presente, pues al policía local sólo le amenazó encañonándolo con su pistola hacia el pecho y obligándole a que dejara su arma en el suelo. Agresión, según el Diccionario de la Academia de la Lengua Española, en la acepción que ahora nos interesa, significa “acto de aco-

meter a alguno para matarlo, herirlo o hacerle daño”, lo que no ocurre cuando el arma de fuego se utiliza sólo para amenazar, aunque la amenaza se dirija contra un agente de la autoridad y apuntándole directamente, que es lo que aquí ocurrió. De otro modo *nos encontraríamos ante una aplicación extensiva de la norma en contra del reo, que violaría el principio de legalidad*».

También se afirma en la misma sentencia que *«no cabe confundir el uso de armas o medios peligrosos que cualifica, por ejemplo, el delito de robo en el art. 242.2 CP, y la agresión con armas u otro medio peligroso aquí contemplado*. Cuando se amenaza con la exhibición de una pistola hay uso de arma, pero para que pueda hablarse de agresión tiene que existir algo más, algún acto de acometimiento que, cuando de arma de fuego se trate, puede consistir en el hecho de disparar».

Por lo tanto, según la jurisprudencia de esta Sala, no es suficiente para fundamentar la aplicación del subtipo con el mero riesgo que implica introducir un arma en el curso de un incidente, sino que se precisa su utilización como instrumento agresivo; es decir, acometiendo con ella contra alguien con el fin de agredirlo y no meramente de conminarlo o intimidarlo.

En la Sentencia 1318/1998, de 5 de noviembre, se especifica lo siguiente: «La apreciación de la circunstancia 1.ª del art. 552, que obliga a imponer las penas superiores en grado a las respectivamente previstas en el artículo 551, exige que se haya realizado una agresión con armas u otro medio peligroso contra la autoridad, sus agentes o funcionarios públicos. Si no ha existido agresión, el uso de armas o medios peligrosos no es suficiente para que se integre el tipo agravado previsto en el art. 552 CP. Y es el caso que, en la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida, no se describe, en relación con el recurrente, una agresión propiamente dicha sino una amenaza, puesto que se dice del mismo que conminó a los agentes que intentaban reducirle, con una navaja, haciendo gestos con intención de clavársela. *Hacer gestos con una navaja anunciando la intención de herir con ella no es todavía agredir* —quien lo hace puede no pasar de ahí— sino amenazar o intimidar. Según esto, la acción del recurrente debió ser incardinada

sólo en los arts. 550 y 551.1, último inciso, porque consistió en un acto de intimidación grave —y de resistencia activa también grave pero ello no modifica la calificación jurídica— cometido contra agentes de la autoridad».

En la misma línea se pronuncian las sentencias de 23 de marzo de 1999 y 21 de enero de 2000, que contemplan supuestos en que también se encañonó a un policía con una pistola.

2. En el caso que ahora se enjuicia, la sentencia recurrida describe los hechos diciendo que el acusado se abalanzó con las tijeras en la mano contra el agente NÚM002, a quien trató de sujetar por el cuello con su mano izquierda, mientras que con la mano derecha trataba de aproximar las tijeras hacia el cuello del agente. Pues bien, el hecho de «aproximar» las tijeras al cuello del agente no es agredirle con ellas sino intimidarle o conminarle. Y lo mismo puede decirse de la expresión «colocar» las tijeras en el cuello que se utiliza en la sentencia de la mayoría. El «colocar» o ubicar las tijeras sobre el cuello es diáfamanamente intimidar o amenazar, no agredir. Y así se colige además del contexto de los hechos.

En efecto, el conjunto de los hechos ejecutados por el acusado, tanto con respecto al agente como en lo que se refiere a la doctora, permite inferir sin temor a equívocos que el acusado pretendía trasladar al agente intimidado por las tijeras hacia fuera del hospital para coger un coche en las inmediaciones y fugarse, que era su objetivo. Y ello fue lo que acabó haciendo después cuando sujetó de la misma forma a la doctora, tras frustrarse su intento con respecto al agente.

Por consiguiente, del contexto de la acción y por la forma de sujetar al agente y de colocarle la navaja en el cuello, se colige de forma indubitada que estaba intimidándolo para que caminara con él y le facilitara así la fuga, que fue lo que finalmente consiguió con la otra víctima. En ningún momento hizo ademanes evidenciadores de un intento de agresión con el instrumento peligroso. Y si bien es cierto que el agente resultó con unas excoriaciones en la mandíbula y en la zona cervical, ello ha de atribuirse al forcejeo que mantuvo con el acusado previamente a escabullirse de su sujeción. Pero no a una agresión con la tijera, puesto que el funcionario no presentaba ninguna herida incisa o cortante producida por el instrumento peligroso.

De la propia lectura del relato fáctico de la sentencia de instancia se desprende que resulta ya de por sí cuestionable hablar de *acometimien-*to contra el agente, cuando realmente lo que hizo el acusado fue *sujetarlo* por el cuello con el fin de obligarlo a caminar con él. Y si tal utilización del verbo *acometer* parece excesiva e inadecuada, mucho más lo es afirmar que lo agredió con un instrumento peligroso cuando lo que realmente hace con las tijeras el acusado es colocarlas sobre el cuello del agente para que camine con él.

La sentencia de la mayoría interpreta en este caso el uso de instrumento peligroso en el mismo sentido que se viene aplicando cuando se aprecia el robo con intimidación (art. 242.2 del C. Penal). Pues realmente considera suficiente el uso intimidatorio de las tijeras por el riesgo que conlleva su utilización. Y ello no debe ser así, toda vez que en el delito de robo la norma sólo exige la exhibición del arma o medio peligroso como instrumento intimidatorio para que opere el subtipo del art. 242 del C. Penal; en cambio, en el delito de atentado no es suficiente con la mera exhibición o uso intimidatorio, pues el tipo penal requiere realizar una agresión con el instrumento peligroso, circunstancia que no se cumple con su mera exhibición conminatoria aunque pueda generar un riesgo para la víctima.

Discrepo, pues, de la mayoría cuando afirma que es suficiente para aplicar el subtipo agravado del atentado con esgrimir o empuñar en condiciones de causar lesión al acometido, *porque esta inmediata posibilidad origina un riesgo para la integridad física del acometido mayor que el que representa el acometimiento sin armas; y el riesgo es lo que en este subtipo justifica el incremento de la pena.* Este argumento es idóneo para el delito de robo del art. 242.2 del C. Penal (SSTS 1788/1999, de 20 de diciembre; y 458/2009, de 13 de abril), pero no lo es para operar con el subtipo agravado del atentado, en el que se precisa utilizar el medio peligroso para agredir a la víctima y no sólo para intimidar (STS 87/2001, de 29 de enero), no siendo pues suficiente con ocasionar un riesgo con motivo del acto intimidatorio.

Por todo lo cual, al excluirse el uso de las tijeras como instrumento para agredir al agente, requisito imprescindible con arreglo a la redacción del texto penal y a los precedentes jurisprudenciales arriba citados para que se subsuman los hechos en el subtipo del art. 552.1.º del C. Penal, no procedía apreciar el supuesto agravatorio.

Debió por tanto ratificarse el fundamento y el fallo de la sentencia de instancia sobre este extremo.

Sentencia 582/2010, Sala Segunda del TS, de 16 de junio

Ponente: **Andrés Martínez Arrieta**

Resumen: **Imputabilidad del oligofrénico**

Artículos: **20.1, 21.1 y 21.6 Código Penal**

Se ofrece un resumen de la doctrina jurisprudencial relativa a la influencia que sobre la imputabilidad del sujeto cobran los distintos grados de oligofrenia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—En el segundo de los motivos de la oposición denuncia el error de derecho por la inaplicación de las eximentes de los arts 20.1 y

3 Código penal, la enajenación mental y la alteración de la percepción.

Como antes señalamos, el motivo exige el respeto al hecho declarado probado desde el que

se discute la errónea subsunción del hecho en la norma penal que invoca. Desde esta perspectiva, la desestimación es procedente por cuanto el hecho probado refiere, en el particular atinente a la imputabilidad, que el «procesado padece un deterioro cognitivo o retraso mental entre moderado y leve que le condiciona su capacidad de juicio y si bien no le impide de forma plena la comprensión de la ilicitud de los hechos ni hace que su capacidad volitiva esté mermada al tener una conducta menor reflexiva. Tiene un coeficiente intelectual de 55».

Con esa premisa fáctica no es posible declarar la enajenación mental del acusado ni la alteración de la percepción pues ni por sus efectos, ni por la clasificación de su coeficiente intelectual estamos ante una persona inimputable.

Las alegaciones del recurrente sobre la valoración de la pericial realizada por la Sala de instancia son ajenas a la vía impugnatoria elegida y tampoco pueden integrar un error de hecho dada la racional valoración que el tribunal realiza de las practicadas en el juicio oral.

De acuerdo a nuestra jurisprudencia, por todas STS de 21 de octubre de 2009: La oligofrenia, según se describe en la doctrina científica, constituye un trastorno permanente del individuo, producido en los momentos iniciales de su maduración y psicomática debido a factores diversos (congénitos o adquiridos) que se traduce en un déficit de todas o algunas estructuras orgánicas y una perturbación de la vida instintiva, volitiva y afectiva, determinando un desarrollo de la personalidad en su globalidad.

Las manifestaciones clínicas del retraso mental son muy variadas atendiendo a la diversa etiología, si bien los déficits más relevantes son los relativos a los procesos cognitivos, capacidad intelectual, aprendizaje del lenguaje y socialización. Para su diagnóstico se recomienda disponer de cuanta información sea posible, no sólo de las mediciones psicométricas de su inteligencia sino también de sus capacidades globales de adaptación al medio, autodeterminación y autonomía. En este sentido las mediciones expresadas en el cociente intelectual y en la edad mental del sujeto debe contemplarse únicamente como guía orientadora y no con criterios rígidos, pues a veces no basta considerar

sólo su cociente intelectual, sino que hay que tener también en cuenta la educación recibida, la edad física y particularmente el trato social que la persona ha mantenido.

El Manual Diagnóstico Estadístico de los trastornos mentales de la American Psychiatric Association, en su cuarta y última revisión (DSV IV), en relación al retraso mental, establece cuatro grados de intensidad, de acuerdo con el nivel de insuficiencia intelectual, leve (o ligera), moderada, grave (o severa) y profunda.

Habrà retraso mental leve cuando el coeficiente intelectual se halle entre 50-55 y aproximadamente 70, el retraso mental será moderado cuando el coeficiente se halla entre 35-40 y 50-55, el retraso mental será grave cuando el coeficiente se halle entre 20-25 y 35-40, y el retraso mental se considerará profundo cuando el coeficiente sea inferior a 20 o 25.

Esta Sala ha dicho, STS 139/2001 de 26 de febrero, que en supuestos de alteraciones perceptivas consecuencia de situaciones trascendentes de una causa de inimputabilidad la alteración debe proyectarse en relación con los hechos, de modo que en el plano normativo-valorativo, la alteración de la conciencia de la realidad debe ser grave, elementos que pueden servir de referencia para graduar su intensidad, eximente completa o incompleta, e incluso en supuestos de levedad la atenuante por analogía del art. 21.6 CP.

Igualmente, la jurisprudencia, SSTS 587/2008, de 25 de septiembre, 2141/2001, de 17 de octubre EDJ, basándose en la psicometría y en test de personalidad e inteligencia, ha valorado la oligofrenia, distinguiendo:

a) La profunda o idiocia, con coeficiente no excede del 25% y la edad mental es inferior a cuatro años por lo que determina una irresponsabilidad total.

b) La oligofrenia de mediana intensidad o imbecilidad en la que el coeficiente entre el 26 y el 50%; la edad mental entre los 4 y los 8 años, y en la que el sujeto es generalmente inimputable, si bien con imputabilidad disminuida en los límites superiores, con el juego de la eximente incompleta de enajenación mental, al poder adquirir nociones sobre las normas de comportamiento y poseer cierta capacidad de elección.

c) La oligofrenia mínima o debilidad mental en la que el coeficiente entre el 51 y el 70%, la edad mental entre ocho y once años y la responsabilidad penal se considera disminuida por el juego de una atenuante simple por analogía en función de su capacidad de desconocimiento sobre la trascendencia del acto ejecutado, u omitido, y de la percepción de la intimidación de la pena a él conminado.

d) Por último, los «bordelines» o simplemente torpes, esto es, aquellos cuyos coeficiente intelectual está por encima del 70% son consideradas generalmente imputables, salvo que actúen sobre aquel déficit otros elementos psicosomáticos o ambientales que, reforzándolo, permitan estimar obraron en un influjo reductor de su plena imputabilidad.

Ahora bien aun cuando todas las oligofrenias tienen el carácter de permanentes y como hemos expuesto no todos los supuestos incluidos en el término sociológico tienen la misma intensidad y consiguientemente la misma trascendencia penal para la que ha de tomarse en cuenta, genéricamente considerado, el grado o profundidad del déficit intelectual, —conviene no olvidar que el juicio de culpabilidad debe ser individual— las circunstancias del caso, ya que no es lo mismo la actuación del sujeto en una situación compleja y frente a un hecho cuya definición delictiva requiere conocimientos o valoraciones que requieren una reflexión y esfuerzo

intelectual inexigible a quien tiene mermada su inteligencia, de la que de quien conculca preceptos elementales, pertenecientes al inconsciente colectivo o impuestos por la experiencia y el saber cotidiano y cuya fundamentalidad para la convivencia social hace que se imbuyan con el mero hecho de vivir en colectividad, incluso en forma subliminal o inconsciente, como son las normas del respeto a la vida humana o a la propiedad ajena o libertad e indemnidad sexuales.

En definitiva se debe relacionar el posible conocimiento y conciencia del hecho y de su significado con su «mayor o menor elementabilidad y facilidad para advertir su ilicitud» (STS 722/2004, de 3 de junio, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, su complejidad, el acompañamiento, esfuerzo intelectual exigible, socialización, aprendizaje, respeto a las normas de convivencia, etc. Que nos presentaron al sujeto en su concreta situación (SSTS 28 de febrero de 2001, 13 de diciembre de 1994, 24 de octubre de 1991).

En el caso presente, la Sala de instancia considera probado, a la vista de las periciales obrantes en autos que el acusado sufre un retraso que sitúa entre leve y moderado que no le ha impedido una escolarización adecuada a su edad física y que presenta un nivel de socialización adecuado por lo que subsume el retraso mental en la atenuante de análoga significación sin que quepa admitir ningún error en la subsunción.

Sentencia 743/2010, Sala Segunda de lo Penal del TS, de 17 de junio

Ponente: **Juan Saavedra Ruiz**

Resumen: **Exploración del menor. Prueba testifical**

Artículos: **433 y 448 LECrim**

Validez probatoria de la exploración contradictoria del menor ante el Juez de Instrucción reproducida mediante el visionado de la grabación en el juicio oral.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

Vuelve a plantearse ante esta Sala la cuestión relativa a la declaración de los menores víctimas

de delitos como el enjuiciado en relación con la confrontación de dos principios reconocidos como son el de defensa del interés del menor y el del acusado a un juicio con todas las garantías. Debemos señalar que la Audiencia expresamen-

te se refiere al testimonio o exploración llevado a cabo ante el Juez de Instrucción como prueba preconstituida «recogido en las circunstancias y con las garantías formales de los artículos 433 y 448 de la LECrim», añadiendo (fundamento de derecho primero) que, «como ya se expuso en nuestro auto de 1 de septiembre pasado (2009), la repetición de un nuevo interrogatorio personal y directo de la menor había de ocasionar un agravamiento de las consecuencias inherentes al abuso, de haberse producido, y además porque, dada la corta edad de la testigo, cinco años en la fecha de los hechos, y el tiempo transcurrido entre la ocurrencia de los hechos denunciados y el momento del enjuiciamiento, más de tres años, consideramos más fiable y ajustado a la realidad de lo sucedido lo que hubiere podido manifestar en una exploración realizada con la inmediatez temporal a los hechos con se produjo la exploración grabada que las que pudiere producirse al responder a preguntas sobre esos mismos hechos pero referidas ahora a un momento pasado tan alejado» (*sic*). Estos argumentos están extraídos directamente del informe de peritaje psicológico (folios 453 y siguientes de las diligencias del sumario) llevada a cabo por el Equipo de Asesoramiento Técnico Penal dependiente del Departamento de Justicia, que incluye como conclusiones los dos razonamientos empleados por la Audiencia para desestimar la presencia de la menor en el acto del juicio oral, de forma que no se trata de una decisión del Tribunal carente de base científica expuesta por las psicólogas que refrendan dicho informe. Es evidente que no es posible sustituir la regla general de la presencia del testigo en el acto del juicio oral por otra según la cual si se trata de menores la regla debe ser la contraria, pero también lo es que existiendo razones fundadas y explícitas puede prescindirse de dicha presencia en aras de la protección de los menores y siempre salvaguardando el derecho de defensa del acusado, como ha sucedido en el presente caso, sin que el testimonio directo se sustituya por el de referencia o por otros informes periciales realizados fuera de la presencia judicial. En este caso se introdujo «en el debate plenario mediante la reproducción audiovideográfica de la grabación en soporte DVD el momento exploratorio en cuyo desarrollo fue debidamente

preservada el derecho de las partes a introducir a la menor cuantas preguntas y aclaraciones estimaron a bien en corroboración de sus tesis respectivas», «realizada durante la instrucción judicial de la causa, en fechas próximas a las de ocurrencia de los hechos perseguidos», lo que lleva a la Audiencia a referirse, como ya hemos señalado más arriba, a prueba o testimonio preconstituido.

Nuestra Jurisprudencia admite esta forma de reproducción del testimonio del menor, apoyándose para ello en la normativa internacional, aceptada por España, que autoriza la ausencia del menor en el proceso penal en casos de delitos contra su libertad sexual, sin que ello suponga *per se* una vulneración del art. 14 PIDCP o del art. 6.3.d) CEDH, en lo relativo al derecho de todo imputado a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él. Esta línea inspiradora encuentra su refrendo en la Convención de Derechos del Niño, aprobada por Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor en España desde 5 de enero de 1991 (art. 96.1 CE), así como en la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 (arts. 8 y 15), posición que a su vez viene avalada por nuestro art. 39.4 CE («los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos»).

Incorporando así dicha normativa internacional a nuestro ordenamiento procesal, la más moderna jurisprudencia (*vid.* en tal sentido SSTs núms. 173/2010, 1251/2009, 1033/2009, 96/2009, 694/2007, 151/2007, o 429/2002, entre otras muchas) opta por una ampliación de la idea de «imposibilidad» de testificar en el juicio oral de los arts. 448, 777.2 y 797.2 LECrim (procedimientos ordinario, abreviado y urgente, respectivamente), de conformidad con lo cual, junto a los obstáculos materiales para la realización del testimonio, habrán de ser incluidos también aquellos casos en los que exista un riesgo cierto de producir con dicho testimonio en sede de enjuiciamiento graves consecuencias para la incolumidad psíquica y moral de menores de edad víctimas de delitos de contenido sexual, de forma que, en estos casos, nada impide incluir entre los casos de imposibilidad aque-

llos que implican desconocer o dañar ese nuevo interés de la infancia protegido por la ley. De hecho, tal valor ha sido incorporado a nuestro Derecho positivo a través de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, cuyo art. 11.2 menciona como principios rectores de la actuación de los poderes públicos «la supremacía del interés del menor» [apartado a)] y «la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal» [apartado d)], a lo que se añade en el art. 13.3 que en las actuaciones de protección «se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor». Es más, en su art. 17, la propia LO contempla el mandato de que «en situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por Ministerio de la Ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia».

(...)

En idéntica dirección apunta el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Gran Sala, en su Sentencia de 16 de junio de 2005 [asunto C-105/200 3, conocido como «caso Pupino», en el que la víctima era una niña de tan sólo cinco años de edad] cuando declara que la Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal (que preveía su incorporación al Derecho interno de cada Estado antes del 22 de marzo de 2002), debe interpretarse en el sentido de que «el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que aleguen haber sido víctima de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta». Efectivamente, así parece desprenderse principalmente del art. 2.2 («Los Estados miembros velarán por que se brinde a las víctimas especialmente vulnerables un trato específico que responda de la mejor manera posible a su

situación»), del art. 3 («Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que sus autoridades sólo interroguen a la víctima en la medida necesaria para el proceso penal») y del art. 8.4 («Los Estados miembros garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho»). El órgano jurisdiccional estará, pues, obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y finalidad de dicha Decisión Marco, pues aunque las Decisiones no tengan el efecto directo de las Directivas, sí son vinculantes, siendo evidente el indudable alcance e incidencia de esta concreta Decisión en casos como el que nos ocupa. Al tenor de dicha STJCE, es asimismo deber de los Tribunales interpretar la normativa interna ajustándose a los términos de las Decisiones Marco (apartados 33 y 34 STJCE y punto 36 de las conclusiones), con el único límite del respeto a los principios de seguridad jurídica e irretroactividad de las normas sancionadoras o no favorables, quedando proscritas las interpretaciones *contra legem*, que no pueden cobijarse en la mencionada regla (apartados 44 y 47 de la sentencia). Como recalca la citada STS núm. 96/2009, el asunto «Pupino» viene así a reconocer por vía interpretativa un efecto directo a las Decisiones Marco, al tener en última instancia el Juez nacional que dar efectividad a sus determinaciones, con los límites citados y no obstante el silencio, las ambigüedades o las oscuridades que puedan afectar al sistema jurídico interno.

Con todos estos antecedentes, es evidente que la exigencia de los arts. 448, 777.2 y 797.2 LECrim acerca de que se prevea la «imposibilidad» de practicar una prueba testifical en el juicio oral para quedar justificada su práctica adelantada durante la fase sumarial —con todas las garantías que tales preceptos establecen— no puede ya ser interpretada sino con posible inclusión en tal hipótesis de los casos de niños víctimas de delitos sexuales. Serán, pues, las circunstancias del caso las que, mediante un razonable equilibrio de los

derechos en conflicto, aconsejen o no la ausencia del menor en el juicio, valorando las circunstancias concurrentes para, en caso de estimarse

procedente su ausencia, evitar así los riesgos de la victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad.

Sentencia 606/2010, Sala Segunda de lo Penal del TS, de 25 de junio

Ponente: Luciano Valera Castro

Resumen: Delito fiscal

Artículos: 2, 28, 31 y 305 Código Penal

De las diversas cuestiones analizadas, destaca la que refiere al concepto de «administradores de hecho», decisivo para la transmisión de responsabilidad a título de autor, por la vía del artículo 31 del Código Penal. Subsidiariamente, se analiza si excluida la autoría cabe hablar de cooperación necesaria en un delito fiscal no imputado a autor alguno. Finalmente, se niega eficacia retroactiva *in bonam partem* a la modificación de la norma fiscal extrapenal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Séptimo.—LOS RECURRENTES NO PUEDEN SER AUTORES DEL DELITO DE DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA

Los recurrentes no pueden ser considerados autores del delito de defraudación tributaria por el que vienen condenados: porque no les alcanza la transferencia establecida en el art. 31 del Código Penal.

1. Cuando el sujeto, el que reúne la condición —sujeto pasivo tributario— sin la cual no puede ser tenido por autor, es una persona jurídica, la exigencia político criminal de evitar impunidad, ha dado lugar al establecimiento de la denominada cláusula de transferencia. En virtud de ésta se «transfiere» a un sujeto que no está revestido de ella, pero que actúa en lugar de quien sí la posee, la cualidad que se requiere para responder a título de autor.

A ello responde el art. 31 del Código Penal que otorga a los actuantes en lugar de otro, *extranei*, la categoría de *intranei*, posibilitando su imputación a título de autor.

Esa «posibilidad» no implica por sí sola «efectividad» de tal imputación por ese título.

Para ello se requiere atender, además, a exigibles criterios de imputación o atribución de responsabilidad penal.

Al respecto podemos adelantar dos consideraciones: a) ni basta ser administrador para recibir la transferencia de esa responsabilidad y b) ni siquiera es necesario ser formalmente administrador para poder recibirla.

Confundir la extensión del ámbito de sujetos que pueden responder a título de autores, con las reglas de imputación, objetiva y subjetiva, de responsabilidad penal provocaría una inaceptable responsabilidad objetiva por el cargo.

Ser administrador de una persona jurídica es calidad que sólo le convierte en autor posible del delito, cuando la configuración típica de éste exige un sujeto que ha de tener las características que solamente la persona jurídica tiene. Para, además, ser efectivamente responsable, debe satisfacer el criterio de atribución de responsabilidad penal.

2. Por otro lado también puede devenir *intraneus*, en virtud de esa transferencia del art. 31 del Código Penal, quien sea administrador de hecho, aunque no se haya producido la investidura formal del cargo. Previsión legal que conjura

el riesgo de impunidad para quienes, eludiendo la investidura formal, deciden de hecho la actuación de la persona jurídica, bien en ausencia de administradores formales, bien porque existiendo éstos, influyen decisivamente sobre los mismos.

Pero, el debido respeto al principio de legalidad lleva a erradicar extensiones del ámbito subjetivo más allá del sentido del texto legal. No solamente del penal, que no precisa demasiado, sino del mercantil. Bajo esta perspectiva resulta diferenciable la función de administración de las personas jurídicas de tal naturaleza, de las funciones de gestión de empresa propias de factores, gerentes, directores generales, etc.

No resulta razonable que en el ámbito penal se adopte una interpretación más laxa que la que rige en el ámbito tributario. En éste (art. 43 de la Ley General Tributaria, en su redacción actual, que añade el administrador de hecho a la previsión del correspondiente art. 40 en la redacción de 1963 de dicha ley) tampoco cabe admitir como administrador de hecho a quien no reúne determinadas condiciones.

Como advierte algún sector doctrinal, las exigencias preventivas del «moderno» Derecho Penal para sancionar estas conductas no deben hacernos renunciar a criterios de formalización de la respuesta jurídica que son propios del Derecho Penal. La excesiva laxitud en la asignación del rol de «administrador de hecho» puede acabar por diluir la naturaleza misma del delito especial propio.

Forzoso resulta establecer algunas pautas dirigidas a delimitar el concepto de administrador de hecho. Así no será obstáculo, para la transferencia de la calidad a efectos de ser considerados autores del delito, los que, habiendo ostentado formalmente el cargo, se vieran privados de su titularidad por nulidad de la designación o finalización del mandato, si, de hecho, siguen ejerciendo las mismas atribuciones. También pueden ser tenidos por administradores de hecho los que actúan como tales, sin previo nombramiento o designación, si su actuación como tales administradores, además, se desenvuelve en condiciones de autonomía o independencia y de manera duradera en el tiempo. Obstará a dicha consideración la existencia de administradores formales que efectivamente desempeñan

su función con autoridad sobre los gestores, por lo que no se excluye la eventual concurrencia de responsabilidades si ambos actúan en colaboración sin jerarquía en su relación.

3. A tal efecto será relevante la consideración de la concreta organización interna de la persona jurídica con la que se configura su específica estructura. Matizándola, en su caso, respecto de la de la empresa, de la que aquella persona jurídica es titular.

En esa perspectiva han de diferenciarse las previsiones legales y estatutarias que determinan la posición de quienes forman parte de los correspondientes Consejos de Administración o de otros órganos en los que también se integran administradores en sentido propio: Comisiones Ejecutivas o Delegadas, Consejero Delegado. Diversa es la posición de los Directivos. Incluso de los «altos» directivos.

En principio los que componen el Consejo son órganos de la persona jurídica. Los directivos lo son más exactamente de la empresa. De ahí que los ámbitos de incidencia de sus facultades sean diversos.

En el plano formal cabe hacer alguna precisión. Así los Directivos de la empresa, cualquiera que sea su nivel, son dependientes de los órganos de la persona jurídica. Vienen reglamentariamente definidos como el trabajador que ejercita poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad, sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad (RD 1382/1985).

Ello ha de traducirse en la forma de actuar las denominadas cláusulas de transferencia. Todos ellos *extraneus*, no devendrán *intraneus* sin atender a la jerarquía y al ámbito de la actividad en que se produzca el comportamiento típico.

El Director General, dependiente del Consejo u Órganos de Gobierno de la persona jurídica titular de la empresa, se superpone jerárquicamente a los demás directivos de la empresa sectoriales.

(...)

1.1. Si por lo que acabamos de decir hemos de excluir la responsabilidad en concepto de autores de los recurrentes la imputación a título de partícipes ya no depende de la aplicación del art. 31 del Código Penal y sobre su eventual procedencia ha de decidirse prescindiendo de dicha cláusula. Porque, como se ha recordado en la doctrina, los tipos de participación son delitos comunes y no especiales.

Su sanción penal, conforme a los criterios de la denominada accesoriadad limitada, exige, como presupuesto ineludible, la constatación de un comportamiento susceptible de ser considerado antijurídico. Cuando se trata de un delito especial propio, ese hecho antijurídico tiene que ser imputable precisamente al sujeto que está revestido de las calidades típicas necesarias.

Sin embargo, que ningún sujeto *intraneus* sea penado no excluye la sanción del *extraneus* de manera necesaria. Ciertamente ni los propios recurrentes, en particular los que subsidiariamente postulan la calificación de su participación al amparo del art. 65.3 del Código Penal, objetan la ausencia de ese requisito de accesoriadad.

Ni debe excluirse que el comportamiento de los recurrentes haya «accedido» al comportamiento típico del sujeto pasivo del tributo, es decir de la persona jurídica, que, a su vez y por razón del art. 31 del Código Penal, hemos de considerar «transferido» a sus administradores.

En la reciente Sentencia de este Tribunal núm. 222/2010, de 4 de marzo, el partícipe *extraneus* se condena como inductor del delito especial propio (de prevaricación), pese a la expresa absolución del acusado como autor, porque éste actuó con error de prohibición, que excluía su culpabilidad, pero no sin el dolo natural referido a las resoluciones que adoptó, porque «conocía» el exacto contenido de éstas, aunque actuase sin conocer que la resolución era contraria a Derecho, es decir sin el denominando *dolus malus*.

Nos preguntamos en esa ocasión si cabe exigir responsabilidad penal al partícipe que concurre a un hecho de antijuridicidad meramente objetiva.

Recordábamos que se ha podido decir que en estos supuestos de pluralidad de intervinientes existe una unidad de hecho que deriva del

sentido conjunto de las acciones de autor y partícipe.

Y respondíamos que el art. 28 del Código Penal exige que los intervinientes, sean los «considerados» autores, como inductores o como cooperadores necesarios, o sean los cómplices, participen en la ejecución de un hecho. El que realiza el autor principal.

Tal precepto concibe la participación conforme a la denominada accesoriadad limitada. Basta la comisión de un hecho antijurídico, aunque su autor no sea culpable. Pero, doctrina y jurisprudencia convienen en que se excluye si el hecho del autor está justificado. Es decir, no se admite que la participación esté condicionada por una accesoriadad mínima.

En cuanto a la relevancia del componente subjetivo del tipo, el autor ha de actuar dolosamente. (Si actuara imprudentemente la participación lo sería en delito de esa naturaleza y solamente en el caso de que existiera la previsión típica de tal modalidad.) Pero no se requiere que el dolo del autor sea el denominado *dolus malus* que implica una representación del sujeto sobre la oposición entre su comportamiento y el Derecho. Es suficiente el denominado dolo natural o, si se quiere, dolo típico, referido al hecho típico.

Por tratarse de un supuesto de delito fiscal es aún más atinada la cita de la doctrina que establecimos en nuestra Sentencia núm. 539/2003 de 30 de abril. Absueltos como autores de los delitos fiscales aquéllos a los que se les imputaban, el que ya había sido condenado como autor de otro, lo fue en la sentencia que sigue a la de casación como inductor de aquéllos. La responsabilidad de ese partícipe se excluyó de la categoría de autoría mediata, precisamente porque esto lo impedía el carácter de especial propio del delito fiscal. Sin embargo se consideró que entre el penado y los absueltos había mediado inducción y la accesoriadad de ésta quedó respetada porque la absolución de los inducidos se fundó en «descartar en los acusados absueltos el dolo propio del delito fiscal o, quizá mejor, el conocimiento de la ilicitud de su comportamiento», es decir, añadimos aquí, por estimar que el fraude no les era imputable subjetivamente al no considerárseles culpables.

Sin embargo, y ahí radica la diferencia, al inductor se le imputó, y en ello se fundó su condena, el haber diseñado y planificado cuidadosamente la operación defraudatoria, dando a sus familiares y a su empleado de confianza las instrucciones necesarias para que todos desempeñasen el papel que les había asignado en el desarrollo de la operación, de forma que todos llegasen a la misma meta de omitir el pago del impuesto, para lo cual ejerció la indiscutible autoridad que se le reconocía, y ejecutando materialmente los actos para los que no era necesario el concurso de los demás, es claro —decimos— que dicha conducta es fundamentalmente la de un inductor aunque no falten en ella elementos propios de la cooperación necesaria. La conclusión a que todo ello conduce al Tribunal Supremo en tal caso es que efectivamente en la Sentencia recurrida se infringió el art. 14.2 del Código Penal de 1973 al no subsumir en esta norma —y en el tipo de la inducción— al acusado José Luis, por lo que se refiere a su participación en los trece delitos contra la Hacienda Pública objetivamente cometidos por los acusados absueltos en la instancia.

Para valorar la concurrencia de ese dolo natural, y, con ello, la concurrencia del presupuesto del hecho injusto imputable al absuelto como autor del delito especial propio, cuando éste sujeto es una persona jurídica, resulta ilustrativo acudir a los supuestos en que la norma fiscal que impone la exigibilidad de sanción personal a los administradores de esa persona jurídica cuando ésta no cumple la obligación tributaria.

Conforme a lo dispuesto en el art. 43 de la Ley General Tributaria, y, antes de su reforma en el año 2004 el artículo 40 de la misma, los administradores (y desde esta fecha también los de hecho) de las personas jurídicas serán responsables subsidiariamente, de manera personal, por las infracciones que dichas personas jurídicas cometan, y también de la deuda tributaria, en los siguientes casos: a) cuando el administrador no realice los actos necesarios que fuera de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones tributarias infringidas; b) consintieren el incumplimiento por quienes de ellos dependan o c) adoptaren acuerdos que hicieren posible la comisión de tales infracciones.

(...)

Undécimo.—Se ha alegado asimismo, al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que la sentencia recurrida incurre en infracción de ley al sancionar el delito de fraude fiscal por elusión del pago de compensación de gastos de almacenaje. Y ello porque, en aplicación del Reglamento 1260/2001 tal deber de pagar esa compensación ha sido derogado (Sr. Doroteo motivo octavo, Sr. Ñiño motivo octavo, quinto de Azucarera Ebro S.L., Sr. Teodoro motivo décimo y séptimo A del Sr. Abel).

No se discute que el deber tributario, y su consecuencia el devengo del tributo, en relación al período de tiempo de los hechos juzgados, no ha sido revocado por la norma fiscal citada, sólo aplicable para períodos de tiempo posteriores a su entrada en vigor. Lo que se cuestiona es si la novedad, en la norma extrapenal que integra la penal en blanco, sí tiene efecto retroactivo en cuanto a la relevancia penal del impago de lo antes devengado.

Al respecto basta citar la doctrina de este Tribunal, contraria a la pretensión del recurso, que se reitera en la reciente Sentencia de este Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2010 dictada en el recurso: 2348/2009 en la que dijimos que: «El tipo, así como los que le han seguido en el Código vigente, sanciona conductas de defraudación cometidas en cada ejercicio fiscal en relación con las normas tributarias vigentes en ese momento. Tales normas se ajustan a las necesidades y a la política económica de cada momento, imponiendo obligaciones fiscales que deben ser cumplidas por el ciudadano precisamente en ese momento temporal.

Y añadíamos: ... las normas tributarias se aplican a los ejercicios en los que están vigentes, sin que su sustitución posterior por otras más favorables para el contribuyente, si no disponen su aplicación retroactiva, autoricen la aplicación de estas últimas a los ejercicios fiscales o períodos impositivos precedentes. Y como señala oportunamente el Ministerio Fiscal, la regla general es la no retroactividad, según el art. 10.2 de la Ley General Tributaria.

Recordando lo ya dicho: En este sentido, en la STS núm. 539/2003 en la que se advertía que: ... La legislación tributaria se inspira en criterios generales de política económica que

responden a la ponderación de las circunstancias económicas por las que atraviesa en cada momento la sociedad, así como de las concretas exigencias recaudatorias que son consecuencia de dichas circunstancias, por lo que las modificaciones normativas de los presupuestos

de las obligaciones tributarias no suponen un cambio en la valoración de los deberes —ni consiguientemente en la desvaloración de las infracciones de los deberes— nacidos de una normativa vigente cuando las circunstancias eran otras».

Sentencia 630/2010, Sala Segunda de lo Penal del TS, de 29 de junio

Ponente: **Andrés Martínez Arrieta**

Resumen: **Citación del responsable civil subsidiario**

Artículos: **850.2 LECrim**

Falta de citación al juicio oral del responsable civil subsidiario que no genera la nulidad al entenderse suplida por la citación de la persona que lo representa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

En el primer motivo se denuncia, al amparo del art. 850.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la falta de citación del responsable civil subsidiario, la sociedad Central Barcelonesa de Inversiones SA que no fue citada al juicio oral y finalmente condenada y de la que el coimputado era representante legal. Argumenta que el Ministerio fiscal interesó la condena de la sociedad como responsable civil subsidiario y esta sociedad no fue citada, ni asistió al juicio defendida con Letrado.

El art. 850.2 de la Ley Procesal penal prevé como causa de nulidad del juicio oral la omisión de la citación del procesado, la del responsable civil subsidiario, la de la parte acusadora o la del actor civil para su comparecencia en el acto del juicio oral, a no ser que estas partes hubiesen comparecido en tiempo, dándose por citadas. La finalidad del precepto es la de asegurar la correcta celebración del juicio oral con citación de todas las partes del enjuiciamiento, evitando la indefensión de aquella que, habiendo adquirido la condición de parte, no hubiere sido citada para el juicio oral.

Sobre la falta de citación del responsable civil subsidiario, como parte procesal existe una jurisprudencia que no ha sido unánime pues,

mientras en una primera corriente jurisprudencial, se acuerda la nulidad del juicio, al tratarse de un defecto esencial del procedimiento, en una segunda se considera subsanado por la citación, como acusado, del consejero delegado al entender que no ha existido indefensión.

La más reciente jurisprudencia se inclina por no declarar la nulidad cuando tal omisión pueda entenderse suplida por la citación de la persona que la representa de manera que pueda entenderse correctamente formulada la citación en la persona de su representación legal y pueda articularse la defensa de los intereses del acusado como responsable civil subsidiario. Así, si la STS 546/2006, de 4 de mayo, estimó que no habiendo sido llamada al proceso se le ha producido indefensión por lo que hay que anular la declaración de tenerla como parte y darle oportunidad de ejercitar sus derechos. La STS 109/2007, de 7 de febrero, declara que la citación al consejero delegado, como imputado, conociendo que la empresa que regentaba había sido declarada responsable civil subsidiario, dándose por buena la citación en el imputado, consejero delegado de la responsable civil subsidiaria que si no interesó prueba y se defendió en el juicio por causas exclusivamente imputables a su inacción procesal. «Se dice en la argumentación que en ningún momento se le ha dado intervención directa en el procedimiento a

dicha entidad, que por ello ha sido condenado como responsable civil sin poder haberse defendido ni proponer prueba... Que la entidad no se personase ni propusiese prueba en defensa de sus derechos, es cuestión que sólo es atribuible a la inactividad del propio recurrente en su condición de representante de dicha mercantil, por lo que no puede alegar vulneración alguna».

Este pronunciamiento es el que acogemos en la presente Sentencia, pues la relación jurídica establecida desde la acusación ha sido puntualmente conocida por la defensa de la entidad que ha sido declarada responsable civil subsidiaria quien a través del conocimiento de la imputación pudo defenderse, como de hecho lo hizo, y lo hace en el recurso de casación.

Sentencia 610/2010, Sala Segunda de lo Penal del TS, de 30 de junio

Ponente: **José Ramón Soriano Soriano**

Resumen: **Atentado y resistencia**

Artículos: **550, 556 y 634 Código Penal**

Se trata de la separación entre la mera resistencia (incluso «activa») y el atentado, respectivamente previstos en los artículos 550 y 556 del Código Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

2. Lo primero que debemos poner de manifiesto es que los hechos probados no sólo utilizan la expresión «se revolvió» para referirse a la conducta del acusado considerada de resistencia del art. 556 CP, sino que también se dice «... que a consecuencia del forcejeo...» le causó (al agente) un hematoma en la cara interna del antebrazo izquierdo, en la cara dorsal del antebrazo derecho y escoriaciones en el hombro izquierdo que curaron en cinco días sin secuelas ni impedimentos, con cura local y analgésicos». Así pues, las expresiones empleadas: «revolverse», «forcejear» o «causar» lesiones, no son tan imprecisas como pretende el recurrente.

En los fundamentos de derecho afirma la Sala «En el trayecto hasta la comisaría el imputado se produce de forma violenta, se revuelve contra el agente que lo custodiaba, con intención ya sea de escapar o de conseguir arrojar la droga que llevaba encima. En el curso de esta acción le causa las lesiones descritas. Estos hechos deben calificarse en la forma expuesta, al primar en esta acción la resistencia... sobre la intencionalidad de acometer y agredir al agente de la autoridad».

Con todas esas circunstancias, no cabe, ni siquiera a nivel retórico, plantearse la posibilidad de degradar la conducta a falta.

La posible o aparente posición dubitativa de la Sala de instancia se movía entre la calificación de los hechos como atentado del art. 550, por el que acusaba el Fiscal o la consideración como resistencia genérica del art. 556 ambos del C.Penal.

3. Llegados a este punto es necesario hallar la línea divisoria entre las tipicidades del art. 550 y 556 del C.Penal.

No existe conflicto o puntos de contacto entre los acometimientos directos y graves a la autoridad, sus agentes o los funcionarios públicos, tampoco el empleo de fuerza contra ellos o ejerciendo también de modo grave y directo intimidación. La conducta que entraría en colisión sería: «hacer resistencia activa también grave» que es la última de las descritas dentro de la figura del atentado.

Si nos fijamos en las conductas del art. 556 C.P. tampoco entra en colisión la denominada «desobediencia grave» en tanto la acción de desobedecer no se menciona en el art. 550, surgiendo la duda con el comportamiento referido a «resistir a la autoridad o sus agentes».

La primera de las notas delimitadoras que llama la atención en esta última es que no existe gradación de intensidad, es decir de gravedad o levedad. Contrastándola con la resistencia integrante del delito del art. 550 podemos concluir que integrarán el delito del art. 556:

- a) la resistencia pasiva grave. Si fuera leve podría integrar la falta del art. 634 C.Penal.
- b) la resistencia activa no grave.

Para integrar el atentado del art. 550 CP deben concurrir en la resistencia simultáneamente las notas de activa y grave.

Así pues, frente a la radicalidad del criterio de que cualquier resistencia activa que suponga tomar la iniciativa el acusado para actuar contra la autoridad y sus agentes debería subsumirse en el art. 550, el Código de 1995 ha dado entrada a un tipo de resistencia activa no grave que no comporta el acometimiento al funcionario.

En conclusión, podemos afirmar, que dentro del art. 556 CP tienen cabida junto a los supuestos de resistencia pasiva otros de resistencia activa que no estén revestidos de la nota de gravedad, produciéndose una ampliación del tipo genérico de resistencia compatible con actitudes activas del acusado, pero ello cuando éstas sean respuesta a un comportamiento del funcionario o agente, como sería el caso de intentar detener a un sujeto el cual se opone dando patadas o mano-

tazos contra el policía, pero cuando en los casos en que sin tal actividad previa del funcionario, es el particular el que toma la iniciativa agrediendo, el tipo que debe aplicarse es de atentado, doctrina consagrada por innumerables sentencias de esta Sala (ver STS núm. 7110/2001, de 4 de mayo; núm. 1828/2001, de 16 de octubre; núm. 361/2002, de 4 de marzo; núm. 670/2002, de 3 de abril; núm. 819/2003, de 6 de junio; núm. 370/2003, de 15 de marzo; núm. 742/2004, de 9 de junio; núm. 894/2004, de 12 de julio; núm. 911/2004, de 16 de julio; núm. 1156/2004, de 21 de octubre; núm. 709/2005, de 7 de junio; núm. 776/2005, de 22 de junio; núm. 912/2005, de 8 de julio; núm. 24/2006, de 19 de enero; núm. 607/2006, de 4 de mayo; núm. 1222/2006, de 14 de diciembre; núm. 136/2007, de 8 de febrero; núm. 418/2007, de 18 de mayo; núm. 452/2007, de 23 de mayo y 778/2007, de 9 de octubre).

Consecuentes con lo expuesto el tribunal de instancia aunque pudiera hablarse de resistencia activa, ha considerado que nunca fue con un propósito de acometimiento en el que se agrede al funcionario policial tomando la iniciativa, sino que «la intencionalidad» fue la de impedir el traslado a dependencias policiales y la detención del mismo, ya que pretendía únicamente huir de la acción policial o desembarzarse de la droga que poseía.

Por todo ello el motivo ha de rechazarse.

Sentencia 653/2010, Sala Segunda de lo Penal del TS, de 7 de julio

Ponente: **Juan Saavedra Ruiz**

Resumen: **Declaraciones sumariales. Juicio con Jurado**

Artículos: **46.5 LOTJ**

Se analizan los problemas de interpretación que suscita el artículo 46.5 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado en lo que respecta al valor probatorio de las declaraciones sumariales. Por su interés se extracta, asimismo, uno de los votos particulares.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Conviene recordar que el art. 46 LOTJ, vinculado a las «especialidades probato-

rias» de este tipo de proceso, según su propia rúbrica, refiere, en su apartado 5, que «el Ministerio Fiscal, los letrados de la acusación y los de la defensa podrán interrogar al acusado,

testigos y peritos sobre las contradicciones que estimen que existen entre lo que manifiesten en el juicio oral y lo dicho en la fase de instrucción. Sin embargo, no podrá darse lectura a dichas previas declaraciones, aunque se unirá al acta el testimonio que quien interroga debe presentar en el acto. Las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de prueba anticipada, no tendrán valor probatorio de los hechos en ellas afirmados».

La interpretación de este precepto cuenta con un consolidado criterio jurisprudencial, fraguado sobre la base de su propia dicción literal y de la Exposición de Motivos de la LOTJ que lo inspira, la cual —como han recordado las SSTS 435/2007 y 649/2000, entre otras— señala el escaso valor concedido tradicionalmente a las pruebas practicadas en el plenario, abogando por un mayor predominio de la prueba practicada ante los jurados encargados del enjuiciamiento (apartado III, inciso 1), en aras de preservar la oralidad, la intermediación y la publicidad en su práctica ante el propio tribunal popular (apartado IV, inciso 3). Ello no obstante, como han puesto de manifiesto también varios precedentes de esta Sala (por todas, SSTS 2049/2002 o 970/2001), el desarrollo de dicho criterio inspirador no puede conducir a sobredimensionar la propia dicción de la Ley del Jurado para entender que la misma excluya, sin más, el procedimiento de confrontación que prevé el art. 714 LECrim, pues, lejos de ello, tal confrontación es expresamente autorizada en el art. 46 LOTJ.

En esta línea, la Sala de Casación se ha mostrado favorable a acoger el valor de aquellos testimonios teniendo en cuenta, como expone la STS citada en primer lugar (435/2007), que los principios relativos a la valoración de la prueba tienen carácter estructural sin que su vigencia pueda depender de las variaciones que cada modalidad de procedimiento acoge; tampoco la literalidad del art. 46.5 *in fine* sería un obstáculo para esta conclusión favorable a acoger el valor probatorio de los testimonios citados, pues cuando dicho texto legal afirma que las declaraciones efectuadas en fase de instrucción, salvo las resultantes de la prueba anticipada, no tendrán valor probatorio, lo que se quiere proclamar es que, por sí solas, son insuficientes

para enervar la presunción de inocencia, de forma que la interpretación combinada de los arts. 46.5, 34.3 y 53.3 LOTJ lo que pone de manifiesto es que el Legislador no ha propugnado un rechazo, siempre y en todo caso, de las declaraciones sumariales, permitiendo la incorporación de aquéllas al acervo probatorio cuando se detecten contradicciones y retractaciones entre lo dicho en el juicio oral y lo declarado en la instrucción de la causa. Esta línea jurisprudencial tiene sus antecedentes en la SSTS 1825/2001, 791/2002 u 86/2004, que ya habían interpretado el art. 46.5 LOTJ resolviendo la aparente contradicción de este precepto, señalando igualmente que las declaraciones sumariales, por sí solas, carecen de eficacia probatoria, pero pueden ser valoradas cuando han existido contradicciones y retractaciones entre lo dicho en el juicio oral y lo declarado en la instrucción de la causa por el acusado, testigos o peritos, expresando literalmente «si la parte que formula el interrogatorio aporta el testimonio de la declaración sumarial, ésta se incorpora al acta del juicio y los jurados disponen de la misma para constatar, comprobar e interpretar los términos y alcance de las contradicciones, valorándolas a efectos probatorios, conforme a su recta conciencia. De manera que en estos supuestos la convicción del Jurado no se forma con las declaraciones sumariales, sino con las declaraciones en el juicio que retractan y explican las declaraciones del sumario, explicando la divergencia entre unas y otras, de tal suerte que las declaraciones sumariales fueron atraídas y reconducidas al juicio oral y sometidas en él a la debida contradicción. Desde entonces, constituyen prueba válida y eficaz del plenario. Esta interpretación supone la unificación en la actuación jurisdiccional con independencia del procedimiento en el que se actúe». Naturalmente, como recuerda la misma sentencia, «esta potencialidad sólo es predicable, en nuestro derecho respecto a las declaraciones vertidas ante la autoridad judicial» (STS 86/2004).

Así pues, en el caso de la prueba anticipada, es decir, de aquella que por diferentes circunstancias no pueda ser repetida en el acto de enjuiciamiento, el propio precepto analizado admite su simple reproducción en el acto del juicio, sin diferenciar respecto de las causas en que asimismo se admite la validez excepcional

de esta prueba adelantada en los arts. 448 y 449 LECrim.

Distinto es el supuesto en el que el testigo (al que debe equipararse el perito, *ex art.* 724 LECrim) comparece efectivamente a la vista oral, en cumplimiento del mandato de los arts. 702 y 716 LECrim, y al hilo de sus manifestaciones en dicho acto se constata, bajo la intermediación del tribunal del jurado, que incurre en contradicciones respecto de lo que hubiere manifestado con anterioridad en otras fases procesales. Es aquí donde cobra valor la negativa a la simple lectura de las declaraciones prestadas previamente y obrantes en autos que preconiza el art. 46.5 LOTJ, en discrepancia con lo dispuesto en los arts. 714.1 y 730 LECrim; pero ello no impide que las partes puedan señalar a los testigos y peritos esas mismas contradicciones y pueden así ser objeto del debate, en el ejercicio del principio de contradicción, como autoriza el inciso 2.º del art. 714 LECrim: el jurado estará así capacitado para tomar conocimiento de tales contradicciones, aunque las actas del sumario no puedan ser leídas literalmente durante el juicio, por así disponerlo el art. 46.5 LOTJ (STS 86/2004). Una interpretación más restrictiva carecería de sentido procesal, al no resultar lógico que, informado de la existencia de las contradicciones entre las declaraciones previas y la que el declarante presta en su presencia, se impidiera a los jurados verificar por sí mismos estas contradicciones. Precisamente ésa es la razón por la cual el art. 53.3 LOTJ dispone que el acta del juicio, a la que se deben agregar los testimonios de las declaraciones rectificadas, según lo dispuesto en el propio art. 46.5 LOTJ, sea entregada al Jurado antes de que éste pronuncie el veredicto, de manera que la convicción del jurado no se forma con las declaraciones sumariales, sino con las manifestaciones expresadas en el juicio a través de las cuales los deponentes se retractan o bien explican sus anteriores declaraciones del sumario, aclarando las eventuales divergencias entre unas y otras, de tal suerte que las declaraciones sumariales son así atraídas y reconducidas al juicio oral y sometidas en él a la debida contradicción de las partes. Desde entonces, constituyen prueba válida y eficaz del plenario, que podrá ser apreciada en conciencia por los jurados, junto con el restante material probatorio, en virtud

de lo dispuesto en el art. 741 LECrim (por todas, SSTS 208/2003 o 1808/2001).

Igual criterio debe aplicarse a las declaraciones prestadas por el acusado a lo largo del procedimiento: su presencia en el juicio oral resulta inexcusable, por expresa imposición de los arts. 44 y 42.2 LOTJ, preceptuando además este último en su inciso 1.º cómo el juicio oral se celebrará «siguiendo lo dispuesto en los artículos 680 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». La propia LOTJ quiebra cualquier interpretación que pretenda negar toda posibilidad de aportación de aquellas declaraciones sumariales al juicio desde el momento en que en el art. 34.3 LOTJ permite a las partes «(...) pedir en cualquier momento los testimonios que les interesen para su posterior utilización en el juicio oral». Evidentemente, entre tales testimonios pueden encontrarse las declaraciones del imputado en fase sumarial, cuya aportación pueden pedir el Ministerio Fiscal y/o la acusación particular, como ocurrió en el presente caso. A través de tales declaraciones sumariales las acusaciones podrán interrogar al imputado en el acto del juicio para que, en caso de ofrecer éste otra versión en dicho acto —por ejemplo, exculpatoria—, sobre la base de tales contradicciones pueda el Tribunal del Jurado estar autorizado para conocer la duplicidad de versiones. Lo que no será posible es proceder a su lectura, por prohibirlo expresamente el art. 46.5 LOTJ, pero sí se autoriza la incorporación al acta de la vista oral —extendida por el Secretario Judicial— de los testimonios referentes a las declaraciones sumariales que se soliciten, de acuerdo con el art. 34.3 LOTJ, con entrega de una copia del acta del plenario a cada uno de los jurados, tal y como autoriza el art. 53.3 LOTJ (STS 649/2000). Lo relevante en todo caso es que la confrontación entre lo declarado con anterioridad y en el juicio oral sea directa con la presencia personal del interrogado. Fuera de estos casos no será posible la valoración de las declaraciones sumariales.

En suma, nada impide que los jurados valoren aquellas manifestaciones sumariales que hayan sido introducidas en la vista del modo expuesto, con las debidas garantías procesales.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL EXCMO. SR. D. ADOLFO PREGO DE OLIVER Y TOLIVAR A LA SENTENCIA NÚM. 653/2010 EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 11.297/2009 Y AL QUE SE ADHIERE EL EXCMO. SR. D. MIGUEL COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, EL EXCMO. SR. D. JOSÉ MANUEL MAZA MARTÍN Y EL EXCMO. SR. D. LUCIANO VARELA CASTRO

Primero.—El presente voto particular a la Sentencia dictada se limita a discrepar respetuosamente del valor probatorio concedido en el ámbito del Juicio por Jurado a la declaración prestada por el acusado en la fase sumarial del proceso. Diligencia que la Sentencia admite como elemento probatorio valorable por el Tribunal del Jurado y que el Magistrado discrepante considera carente de todo valor porque así lo dispone expresamente el art. 46.5 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado:

(...)

Segundo.—A mi juicio la correcta interpretación de la norma exige delimitar previamente el marco jurídico general:

1. La producción de toda actividad probatoria se apoya esencialmente en la necesidad de realizarse ante la presencia inmediata del Tribunal Sentenciador, es decir con observancia del principio de inmediación. En este sentido el art. 741 de la LECriminal se refiere a la valoración por el Tribunal de las pruebas «practicadas durante el juicio». La admisión de excepciones no resta valor a la exigencia de la regla general de ser precisamente en el juicio oral donde quedan plenamente cumplidos los principios de inmediación, de publicidad, oralidad y concentración, amén de la plenitud del derecho de defensa y del principio de contradicción entre partes. Esta regla general no tiene otras excepciones que las legalmente establecidas; y ha de ser siempre criterio rector interpretativo de los supuestos dudosos. Todo lo que conduzca a considerar que la producción de la prueba durante el juicio oral ante la presencia del Tribunal sentenciador es presupuesto ordinario de su valorabilidad no es más que reiteración de una regla general que precisamente por serlo no necesita de una especial demostración, que en cambio resulta necesaria en la fundamentación de las excepciones.

Estos supuestos excepcionales en que las diligencias sumariales son valorables como verda-

dera prueba son tres: las pruebas preconstituidas de irreproducibilidad originaria, es decir las que por su naturaleza son esencialmente irrepetibles en el juicio oral; las pruebas anticipadas por una irreproducibilidad sobrevenida, pero previsible, que por ello necesitan ser practicadas antes del comienzo del Juicio Oral (arts. 448, 657 párrafo tercero, y 781.1 y 784.2 de la LECriminal); y las pruebas de irreproducibilidad sobrevenida e imprevisible que devienen imposibles (incomparecencias, fallecimientos, ausencias, enfermedad) por lo cual el art. 730 de la LECriminal permite se dé lectura a la declaración sumarial siempre que se haya prestado a presencia judicial y con las garantías procesales necesarias.

2. El art. 714 de la LECriminal, no establece una cuarta excepción, sino una manera de practicar la declaración en el juicio oral cuando se advierte alguna divergencia o contradicción entre lo declarado en el acto de la vista y lo declarado en la fase sumarial: el art. 714 autoriza en ese caso que se haga ver al testigo la contradicción para que explique las razones de las diferencias entre ambas declaraciones.

A partir de esa norma, que no contempla más que lo que expresamente permite en los casos de contradicción, se ha planteado la posibilidad de atribuir además valor probatorio a las declaraciones sumariales contradictorias:

A) Un relevante sector de la doctrina científica siempre ha mantenido que procede la lectura de la declaración en el sumario cuando la prestada en el juicio oral no se conforme en lo sustancial con aquella, y por analogía también cuando manifieste el declarante no recordar el hecho sobre el que se le pregunta y acerca del cuál haya declarado en la instrucción. Pero la finalidad de la lectura —sostiene este sector doctrinal— no es la utilización de la declaración sumarial como base de la sentencia (porque los Magistrados han de formar su convicción con abstracción de la parte del sumario susceptible de ser reproducida en el juicio) sino provocar la explicación a que se refiere el párrafo segundo del artículo citado, siendo el contenido de la explicación elemento para la valoración de lo manifestado en el juicio y sólo de ello. Por consiguiente lo que puede ser objeto de valoración no es la declaración sumarial en sí misma, sino la declaración que se hubiese

realizado en el juicio oral y las explicaciones que en dicho acto se hubieren facilitado. No podrá la declaración sumarial ser utilizada como base de una sentencia condenatoria. Dicha declaración, así como las explicaciones dadas, sólo podrán ser tenidas en cuenta para valorar la credibilidad que al Tribunal merezca la declaración realizada en el juicio oral.

A favor de esta interpretación se invocan entre otras razones las siguientes: a) el art. 714 de la LECriminal no dice que las declaraciones sumariales leídas tengan eficacia probatoria, y concederle ese valor supone obviar el papel que en el proceso penal juega el juicio oral como único escenario en donde se producen las pruebas; b) las declaraciones sumariales no se producen en igualdad de condiciones con las del juicio oral; y así durante la fase de investigación el interrogatorio de testigos e imputados es llevado directamente por la iniciativa del Juez de Instrucción, que para el caso de los testigos puede ser el único que intervenga al no estar presentes las otras partes; y cuando se trate de inculpados o procesados la intervención del letrado defensor es meramente residual, mientras que por el contrario en el juicio oral las declaraciones son fruto del interrogatorio cruzado de todas las partes; c) el art. 715 de la LECriminal —con independencia de cual sea su verdadera incidencia en el tipo penal del falso testimonio— dispone que sólo se mandará proceder contra el que declara en el sumario si declara también en el juicio oral y en él se da el falso testimonio; lo cual, desde la perspectiva de la norma procesal, sólo se justifica si se parte de la base de que el Tribunal únicamente puede tomar como fundamento de la decisión las declaraciones producidas en el juicio, ya que, como señala la Exposición de Motivos de la LECriminal, este precepto está basado en que «en definitiva sólo en este trámite (en el juicio oral) puede el testigo favorecer o perjudicar injustamente al procesado»; d) el art. 954.2.º de la LECriminal autoriza la revisión de sentencias condenatorias firmes, que se hayan dictado en virtud de testimonios declarados después falsos por Sentencia firme en causa criminal. Por tanto, si la declaración sumarial leída al amparo del art. 714 pudiera utilizarse por el juzgador como fundamento de la Sentencia condenatoria, se llegaría a la

consecuencia de que no podría ser revisada por falsedad del testimonio sumarial en que se basa, ya que, en la propia concepción de la LECriminal, dicha falsedad no puede ser declarada en una causa criminal al estar ésta excluida por su art. 715.

B) Frente a la doctrina científica expuesta la jurisprudencia reiterada y constante de esta Sala mantenida ya durante un período prolongado de tiempo admite la valorabilidad como prueba de cargo de la declaración sumarial cuando se introduce en el plenario a través de la constatación de sus contradicciones con la prestada en el juicio oral y de la subsiguiente petición de explicaciones al declarante. Doctrina aplicable a las declaraciones testificales y a la confesoria del acusado.

Con relación a la confesión sumarial contradictoria la jurisprudencia viene declarando que, cuando se advierta una contradicción entre la declaración del plenario autoexculpatoria y la confesión sumarial, cabe decidirse por ésta y considerarla prueba de cargo válida para destruir la presunción de inocencia cuando concurren en ella determinados requisitos: que se haya prestado a presencia judicial; con respeto de todas las garantías procesales, y por tanto con previa instrucción de sus derechos y con asistencia letrada; que exista contradicción entre una y otra declaración; y que se pregunte al acusado sobre la razón de ser de la contradicción, previa lectura de su confesión sumarial, o incorporación de su contenido al plenario a través de las preguntas, a fin de que dé las explicaciones que estime oportunas. A partir de esto el Tribunal Sentenciador puede decantarse por la declaración del plenario o por la sumarial de modo que esta segunda puede constituir prueba de cargo válida para desvirtuar la presunción de inocencia.

No es necesaria la cita de sentencias en este sentido por sobradamente conocidas y por bastar su referencia y la mención de su divergencia con la interpretación doctrinal, para el encuadramiento de la norma contenida en el art. 46.5 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, de cuya interpretación por la mayoría de esta Sala discrepo respetuosamente.

Tercero.—El art. 46.5 de la LOPJ representa a mi juicio una clara aceptación del cri-

terio doctrinal científico expuesto en el Fundamento anterior. Dispone que «el Ministerio Fiscal, los Letrados de la acusación y los de la defensa podrán interrogar al acusado, testigos y peritos sobre las contradicciones que estimen que existen entre lo que manifiesten en el juicio oral y lo dicho en la fase de instrucción». Pero añade: «sin embargo no podrá darse lectura a dichas previas declaraciones, aunque se unirá al acta el testimonio que quien interroga debe presentar en el acto». Y termina con esta clara prescripción: «las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de prueba anticipada, no tendrán valor probatorio de los hechos en ellas afirmadas».

Nada hay en el precepto ni en la ley que exija una interpretación correctora de esta norma en el sentido de limitar su alcance textual a un diferente contenido normativo, como sucedería si el texto excediera en su amplitud literal el contenido verdadero de la norma expresada. Por el contrario no hay divergencia entre norma y texto, entre precepto y expresión:

a) La existencia de la doctrina jurisprudencial antes citada no es razón bastante para suponer que necesariamente el legislador ha querido acomodarse a ella, en lugar de entender —como yo así lo entiendo— que la norma ha querido por el contrario impedir el mantenimiento de esa jurisprudencia en el ámbito propio de la Ley del Jurado.

b) No tiene fundamento en mi opinión la idea de que la norma, aunque dice lo que expresa con claridad meridiana, esto es que las declaraciones sumariales «no tendrán valor probatorio de los hechos en ellas afirmados», en realidad sólo ha querido decir, como se razona en la Sentencia votada por la mayoría, que las declaraciones sumariales «por sí sólo son insuficientes» para enervar la presunción de inocencia. De ser ésta la voluntad normativa no se les negaría toda eficacia («no tendrán valor probatorio») en términos tan absolutos, sino sólo su individual suficiencia, y se habría exigido entonces la necesidad de otros elementos probatorios complementarios, que es cosa muy diferente.

Sentencia 685/2010, Sala Segunda del TS, de 7 de julio

Ponente: **Manuel Marchena Gómez**

Resumen: **Prueba de ADN**

Artículos: **326 y 363 LECrim**

Doctrina general sobre la prueba de ADN, deteniéndose sobre el régimen jurídico de la recogida de muestras y vestigios.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Segundo.—(...)

Respecto de las posibles irregularidades en la obtención de las muestras de ADN, originadas —según la defensa— por la ausencia de autorización judicial para la recogida de los efectos personales que se hallaban en el interior de la mochila, no existen tales. Y es que la controversia inicial acerca del alcance gramatical de los arts. 326, párrafo 3 y 363, párrafo 2 de la LECrim, ha sido ya resuelta por la jurisprudencia de esta misma Sala y definitivamente clarificada

a raíz de la publicación de la LO 10/2007, 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN.

En efecto, el acuerdo del Pleno no jurisprudencial que tuvo lugar el 31 de enero 2006, proclamó que «la Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial». Esta idea fue ratificada por numerosos precedentes, de los que las SSTS 1190/2009, 3 de diciembre, 701/2006, 27 de junio, 949/2006, 4 de octubre y 1267/2006, 20

de diciembre, son sólo muestras más que significativas. Esta tesis era plenamente congruente con el art. 126 de la CE, que impone a la Policía Judicial la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente, esto es, le atribuye la práctica de los actos de investigación pertinentes para el descubrimiento del hecho punible y de su autoría. Y precisamente para la efectividad de este cometido está facultada para la recogida de efectos, instrumentos o pruebas que acrediten su perpetración, como expresamente se recoge en el art. 282 de la LECrim, que faculta a la Policía Judicial para «... recoger los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial—. Se trata, en definitiva, de actos de investigación policial que los arts. 282 y 770.3 LECrim atribuyen a la Policial Judicial y que el art. 11.1.g) de la LO 2/1986, 13 de marzo, otorga a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. En suma, el descubrimiento y recogida de objetos para su ulterior examen en busca de huellas, perfiles genéticos, restos de sangre u otras actuaciones de similar naturaleza, son tareas que exigen una especialización técnica de la que gozan los funcionarios de la Policía científica a los que compete la realización de tales investigaciones, sin perjuicio de que las conclusiones de las mismas habrán de acceder al Juzgador y al Tribunal sentenciador para que, sometidas a contradicción puedan alcanzar el valor de pruebas.

Esta interpretación jurisprudencial, que buscaba integrar la estricta literalidad de los arts. 326 y 363 de la LECrim con los principios constitucionales que informan nuestro sistema de investigación y enjuiciamiento, se ha visto confirmada por la ya citada LO 10/2007, 8 de octubre. En su Disposición Adicional 3.^a —a la que el propio texto adjudica el carácter de ley orgánica— se establece que «... para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo

con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

Este precepto, pese a que deja sin resolver algunas cuestiones todavía pendientes y decididamente abordadas en el derecho comparado, tiene la virtud de clarificar, acogiendo el criterio ya proclamado por esta Sala, el régimen jurídico de la toma de muestras para la obtención del ADN. De acuerdo con su contenido, resultará indispensable distinguir varios supuestos claramente diferenciados.

a) En primer lugar, cuando se trate de la recogida de huellas, vestigios o restos biológicos abandonados en el lugar del delito, la Policía Judicial, por propia iniciativa, podrá recoger tales signos, describiéndolos y adoptando las prevenciones necesarias para su conservación y puesta a disposición judicial. A la misma conclusión habrá de llegarse respecto de las muestras que pudiendo pertenecer a la víctima se hallaren localizadas en objetos personales del acusado.

b) Cuando, por el contrario, se trate de muestras y fluidos cuya obtención requiera un acto de intervención corporal y, por tanto, la colaboración del imputado, el consentimiento de éste actuará como verdadera fuente de legitimación de la injerencia estatal que representa la toma de tales muestras.

En estos casos, si el imputado se hallare detenido, ese consentimiento precisará la asistencia letrada. Esta garantía no será exigible, aun detenido, cuando la toma de muestras se obtenga, no a partir de un acto de intervención que reclame el consentimiento del afectado, sino valiéndose de restos o excrecencias abandonadas por el propio imputado.

c) En aquellas ocasiones en que la policía no cuente con la colaboración del acusado o éste niegue su consentimiento para la práctica de los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten precisos para la obtención de las muestras, será indispensable la autorización judicial. Esta resolución habilitante no podrá legitimar la práctica de actos violentos o de compulsión personal, sometida a una reserva legal explícita —hoy por hoy, inexistente— que legitime la intervención, sin que pueda entenderse que la cláusula abierta prevista en

el art. 549.1.c) de la LOPJ, colma la exigencia constitucional impuesta para el sacrificio de los derechos afectados.

En el caso que está siendo objeto de enjuiciamiento, las muestras de ADN fueron obtenidas por los agentes de la Policía Autonómica Vasca, a partir de los objetos abandonados por los imputados, operación para la que contaron con la debida autorización judicial, en virtud de auto fechado el día 10 de julio de 2002. El policía núm. NÚM000 ratificó en el plenario el acta de inspección ocular, indicando que, además de la mochila, aparecieron cuatro guantes de látex, dos capuchas y un chubasquero, objetos que fueron remitidos a las dependencias de policía científica y que la obtención de las trazas de ADN correspondientes al recurrente.

La Audiencia Nacional también ha dado respuesta motivada a la queja referida a una posible ruptura de la cadena de custodia, razonando que las pruebas periciales fueron practicadas por los laboratorios de la Policía Autonómica,

con el respaldo del banco de datos genéticos derivados de ADN, custodiado con arreglo a los protocolos inicialmente aprobados por la Orden 2 de septiembre de 2003 (BOPV núm. 2003170, de la misma fecha). Quedó acreditado —argumenta la Audiencia Nacional en el FJ 2— por las declaraciones testificales y por el informe pericial que la toma de muestras que permitió la obtención de la huella genética no implicó desviación alguna en la cadena de custodia, evitándose en todo caso la contaminación, así como asegurando la relación entre el sospechoso y la evidencia, con entrega al superior jerárquico que a su vez remitió las muestras a los laboratorios de genética forense.

Descartada, pues, la irregularidad de la prueba de ADN, esta Sala ha podido constatar que el material probatorio sobre el que se ha construido el juicio de autoría es bastante, de signo netamente incriminador y ha sido apreciado con arreglo a las pautas impuestas por un sistema racional de valoración probatoria.

Sentencia 691/2010, Sala Segunda del TS, de 13 de julio

Ponente: **Francisco Monderde Ferrer**

Resumen: **Casación contra auto de sobreseimiento libre**

Artículos: **24 CE y 622 y 637.2.º LECrim**

Tras pronunciarse como cuestión previa sobre la admisibilidad del recurso de casación contra el auto de sobreseimiento libre dictado en el conocido como caso «Couso», se aprecia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de defensa y del derecho a la prueba y se deja sin efecto el auto que confirmó el de conclusión del sumario y declaró el sobreseimiento libre.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—1. El Ministerio Fiscal plantea en su escrito de impugnación de los motivos de los recurrentes, como previa, la cuestión sobre la irrecurribilidad del auto de 23 de octubre de 2009, dictado por la Sección Tercera de la Audiencia Nacional, en atención a que, si bien es cierto que se trata de una resolución que acuerda el sobreseimiento libre de las actuaciones, en és-

tas no existe vigente procesamiento de persona alguna, tal como exige el art. 848 de la LECr.

Además, también aduce que no se da la —igualmente exigida—, conforme al art. 637.2.º LECr, discrepancia entre el instructor y la Sala respecto del carácter delictivo de los hechos imputados, sino sobre la valoración indiciaria de las diligencias probatorias acumuladas durante la instrucción sumarial.

2. Ciertamente, el recurso de casación penal sólo cabe contra las resoluciones respecto de las cuales la legislación procesal penal expresamente lo prevé, conforme a lo dispuesto en los arts. 847 y 848 de la LECr, estando prevista como causa de inadmisión (884, 2.º LECr) la interposición del recurso contra resoluciones distintas de las previstas en los preceptos citados.

También es cierto que establece el párrafo primero del art. 848 de la LECr que «Contra los autos dictados, bien en apelación por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, bien con carácter definitivo por las Audiencias, sólo procede el recurso de casación, y únicamente por infracción de ley, en los casos en que ésta lo autorice de modo expreso».

Y el párrafo segundo del mismo artículo prescribe que «A los fines de este recurso, los autos de sobreseimiento se reputarán definitivos en el solo caso de que fuere libre el acordado, por entenderse que los hechos sumariales no son constitutivos de delito y alguien se hallare procesado como culpable de los mismos».

Con arreglo a ello, no cabe duda que la resolución recurrida es un auto definitivo, en cuanto que el sobreseimiento acordado es libre, según el propio tenor de la resolución, que cita expresamente «su integración en el art. 637 núm. 2 LECr», precepto que, a su vez, supone la consideración de que «el hecho no es constitutivo de delito».

La única cuestión que cabe plantearse es si —como propugna el Ministerio Fiscal en este caso— la exigencia, adicional a las anteriores señaladas, de «que alguien se halle procesado», ha de entenderse en sentido literal, como una situación actual, o bien, como defienden los recurrentes, ha de realizarse una interpretación histórica, de modo que sea suficiente que en el procedimiento sobreseído se haya producido en algún momento un acto de procesamiento o similar de inculpación, no siendo exigible que, en el momento de dictarse el sobreseimiento, permanezca en vigor dicho procesamiento.

Abona esta última interpretación el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala II, de 9 de febrero de 2005, cuando, a los efectos de determinar qué autos eran recurribles en casación cuando hubieren recaído en un Procedi-

miento Abreviado, equiparó al procesamiento la «imputación procesal equivalente, que consista en una resolución judicial en que se describa el hecho, el derecho aplicable y las personas responsables», pero expresando la exigencia de que «haya recaído» tal imputación judicial, sin exigir la vigencia o actualidad de la misma.

(...)

3. Por otra parte, hay que destacar que en el caso se da la existencia de discrepancia judicial sobre la inexistencia de delito, como requisito habilitante para la intervención de esta Sala Casacional, lo que no sucede cuando no se haya planteado ninguna divergencia entre los distintos órganos judiciales sobre tal problemática.

En efecto, la observación de lo actuado pone de manifiesto que, en Sumario 27/2007, mediante auto de fecha 27 de abril de 2007, el Juez de Instrucción Central núm. 1 declaró procesados a los militares del Ejército de los EEUU, Sargento Bruno, Capitán Horacio y Teniente Coronel Rubén, como indiciariamente autores de un delito contra la Comunidad Internacional, previsto en el art. 611.1 CP, en relación con el art. 608.3 CP, y un delito de asesinato (alevosía) del art. 139 CP. La Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, conociendo del recurso de apelación interpuesto contra la anterior resolución por el Ministerio Fiscal, por Auto de 13 de mayo de 2008, considerando que los indicios obrantes en las actuaciones no eran suficientes para mantener el procesamiento, fundamentalmente por la falta del elemento intencional en la acción típica, consistente en la finalidad de aterrorizar a la población civil, y entendiendo que el disparo efectuado desde el carro de combate no era descartable que se realizara en la creencia de que se dirigía contra un elemento hostil, erróneamente identificado, como una mera manifestación de un acto de guerra contra un enemigo aparente, resolvió dejar sin efecto los procesamientos y las medidas cautelares consiguientes, pero sin acordar el archivo de la causa, también interesado por el Ministerio Fiscal, devolviendo, en cambio, las actuaciones al Instructor para que, no estando concluida la instrucción, decidiera sobre los pasos y actuaciones que estimara procedente llevar a cabo.

Practicadas las diligencias que consideró oportunas para el esclarecimiento de los hechos, y propuestas otras (declaraciones de representantes en España de las televisiones Al Yazeera y Abbu Dabhi y reconstrucción de hechos en Bagdad, a través de comisión rogatoria) que no pudieron ser llevadas a cabo, el Instructor dictó, en 21 de mayo de 2009, con expresión de unas y otras diligencias, nuevo auto de procesamiento contra los referidos militares norteamericanos, como indiciariamente autores de un delito contra la Comunidad Internacional, previsto en el art. 611.1 CP, en relación con el art. 608.3 CP, que indica los sujetos protegidos, y un delito de homicidio, previsto y penado en el art. 138 CP, dado el ataque a población civil con la causación de la muerte del Sr. Carlos Jesús; o también incluso, acto o amenazas de violencia con finalidad de aterrorizar a la población civil o a los periodistas.

La Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por medio de auto de 14 de julio de 2009, estimó el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto del instructor de 21 de mayo de 2009, acordando dejar sin efecto los procesamientos y las medidas cautelares consiguientes, ordenando al Instructor la inmediata conclusión del sumario.

El Juez Central de Instrucción núm. 1, en acatamiento de la citada resolución, no sin observar que no se daba el supuesto del art. 622 LECr, pues restaría alguna diligencia por practicar (comisión rogatoria a Irak, para reconocimiento judicial y reconstrucción de hechos) y podrían practicarse otras, declaró, mediante auto de 16 de julio de 2009, concluso el sumario 27/2007, remitiendo las actuaciones a la Sección Tercera de la misma Sala de la Audiencia Nacional.

Finalmente, en 23 de octubre de 2009, la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la AN, dictó auto confirmando el auto de conclusión del sumario de 16 de julio de 2009, y decretando el sobreseimiento libre, conforme al art. 637 núm. 2 de la LECr, de las actuaciones.

4. Es evidente, pues, que una interpretación contraria a la viabilidad del recurso de casación, preparado e interpuesto conforme a lo previsto en la LECr y al citado Acuerdo del Pleno de esta Sala y a la interpretación histórica mantenida por

la jurisprudencia, significaría la utilización indebida de un mecanismo procesal dirigido a eludir toda posibilidad de revisión en vía casacional y el pronunciamiento en la misma sobre el fondo, contradiciendo el principio *pro actione* y el derecho fundamental de los recurrentes a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en su vertiente del derecho de acceso a los recursos.

Téngase en cuenta, además, que, como recuerda la sentencia de esta Sala de 20 de enero de 1992, rec. 4945/1990, «el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que la infracción de un precepto constitucional es suficiente fundamento para recurrir en casación cuando este recurso proceda. A su vez el art. 5.7 de la misma Ley dispone que “los derechos y libertades reconocidos en el capítulo 11 del título 1 de la Constitución Española vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales, y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos”. De ambas disposiciones se deduce que todo auto definitivo, cuyos efectos sean equivalentes a los de una sentencia, deberá contar con una vía ordinaria de recurso, cuando, vulnerando derechos constitucionales, impida el acceso a la jurisdicción. Ello regirá tanto para el inculgado como para las partes acusadoras, toda vez que el art. 24.1 de la Constitución Española se refiere a todas las personas que tengan un interés legítimo.

En el caso concreto del auto de sobreseimiento libre, por otra parte, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva puede tener lugar no sólo cuando exista un procesado como culpable de los hechos, sino, también, cuando el *procesamiento ha sido eludido* por el Tribunal, *privando a la acusación* de la posibilidad de defender sus intereses legítimos en *un juicio* con todas las garantías.

Esta ampliación de los supuestos en los que cabe el recurso de casación, en relación a los autos de sobreseimiento definitivo que afecten derechos fundamentales, es consecuencia del efecto irradiante de los derechos fundamentales y del mandato genérico de protección efectiva de los mismos establecido en el citado art. 5.7.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

En el mismo sentido, jurisprudencia reciente, como la constituida por la STS de 22 de oc-

tubre de 2009, núm. 1172/2009, admite respecto del sobreseimiento libre, que siendo esta decisión equivalente a una sentencia absolutoria, sea susceptible de recurso de casación, *ex* artículo 848.2 LECr.

Asimismo, se debe tener en cuenta que el núm. 2.º del art. 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando se refiere a que «el hecho no sea constitutivo de delito» se debe entender asimilando la expresión «delito» a tipicidad, es decir, en sentido análogo a la forma en que se lo interpreta generalmente en el art. 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En consecuencia, el sobreseimiento dictado ha impedido a las acusaciones, con una fundamentación de hechos que éstas no pudieron controvertir, el acceso a un juicio en el que hubieran podido defender un interés legalmente reconocido, a pesar de existir *prima facie* prueba indiciaria de la realización del tipo o tipos atribuidos a los querellados.

Procede, por tanto, rechazar la tesis del Ministerio Fiscal.

(...)

3. En el supuesto que nos ocupa, según vimos en el fundamento jurídico anterior, el auto objeto de recurso, en cuanto acuerda el sobreseimiento libre, anticipa una sentencia absolutoria, cuando no se han agotado las diligencias de instrucción, ya ordenadas por el instructor, y aquellas otras que pudieran proponerse sucesivamente a la vista de lo actuado y que fueran declaradas pertinentes. Lo cual es susceptible de producir a las partes indefensión material. Y tanto más cuanto la resolución recurrida (FJ 2) mantiene la existencia de un error visual respecto de la presencia posible de un francotirador u ojeador, basándose, nada menos, que en «las explicaciones del Capitán Horacio (uno de los querellados) en los medios informativos», lo cual, por su absoluta falta de consistencia, se califica por sí mismo.

(...)

Por otra parte, el auto recurrido si bien rechaza la utilidad de las diligencias probatorias pendientes de realizar, exponiendo las razones que a su entender concurren para ello, en cambio, sin más, llega a unas conclusiones sobre la procedencia del sobreseimiento libre, conforme al art.

637.2 LECr (porque el hecho no es constitutivo de delito), basándose en la afirmación de existencia de un error en la fuerza militar actuante.

(...)

Siendo así, el motivo ha de ser estimado.

Tercero.—Como segundo motivo se alega, al amparo del artículo 5.4 LOPJ, la violación del art. 24.1 CE, y del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de defensa.

1. Por los recurrentes se insiste en que el auto de 23 de octubre de 2009, ordenando el sobreseimiento del sumario, en cuanto impide indebidamente la continuación del proceso y la defensa contradictoria, les produce indefensión material. Y así, porque viola el principio acusatorio, pues resuelve sobre la atipicidad de los hechos, fuera del debate contradictorio, no habiendo aquélla sido alegada ni impugnada; porque se ha impedido a las partes formular su escrito de acusación, proponer los medios de prueba necesarios y formular sus pretensiones sobre penalidad y responsabilidades civiles. También, porque se impide a las partes ejercer con plenitud el derecho a los recursos, quedando excluido el de quebrantamiento de forma. Y, finalmente, porque se ha dictado una verdadera sentencia anticipada y prematura, sin las garantías propias del proceso.

2. Para admitir los argumentos de los recurrentes es suficiente que nos remitamos a lo ya expuesto en los dos fundamentos jurídicos anteriores.

(...)

Cuarto.—El tercer motivo se formula, al amparo del art. 5.4 LOPJ, por violación del art. 24.1 CE, que ampara el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho a la prueba, cuya omisión produce indefensión, en relación con las consideradas pertinentes y acordadas por el Instructor.

1. Se alega que el auto recurrido hace caso omiso de la abundante prueba practicada como diligencias de instrucción, e impide llevar a cabo —aventurando un resultado negativo— aquellas otras acordadas por el Instructor, sin considerar la obstaculización sistemática por las autoridades norteamericanas de otras imprescindibles como la declaración a presencia judicial de los proce-

sados, ignorando la jurisprudencia del TC y del TS al respecto, como por ejemplo la que señala que no se puede denegar una prueba o dejar de practicarla y luego fundar la decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener con la prueba omitida.

(...)

La jurisprudencia de esta Sala ha establecido una serie de requisitos, formales y materiales, para que este motivo pueda prosperar. Entre los primeros, las pruebas han de ser propuestas en tiempo y forma, de conformidad con las reglas específicas para cada clase de proceso. En segundo lugar, ante la resolución del Tribunal, que debe ser fundada, rechazando las que no considere pertinentes, o denegando la suspensión del juicio ante la *imposibilidad de practicar* en ese momento las previamente admitidas, quien ha propuesto la prueba debe hacer constar la oportuna protesta, tras la reproducción de su petición en las condiciones exigidas por los arts. 785.1 y 786.2 de la LECr, en su redacción actualmente vigente (anteriores arts. 792.1 y 793.2), cuando se trate de Procedimiento Abreviado. En tercer lugar, si se trata de prueba testifical, han de hacerse constar las preguntas que quien la propone pretendía dirigir al testigo, con la finalidad de que, primero el Tribunal de enjuiciamiento, y después esta Sala, en su caso, puedan valorar la trascendencia de la prueba propuesta. En cualquier caso, la parte que la propone, debe preocuparse de que conste la eventual trascendencia de la prueba respecto del fallo de la sentencia. La omisión de este requisito no impedirá, sin embargo, la estimación del motivo cuando la pertinencia y necesidad de la prueba se desprenda fácilmente de su propia naturaleza y características.

Como requisitos materiales, la prueba ha de ser pertinente, esto es, relacionada con el objeto del juicio y con las cuestiones sometidas a debate en el mismo; ha de ser relevante, de forma que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del fallo, a cuyo efecto el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone (STS núm. 1591/2001, de 10 de diciembre y STS núm. 976/2002, de 24 de mayo); ha de ser necesaria, es decir, que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión (STS núm. 1289/1999, de 5

de marzo); y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica.

3. Como se ve, la doctrina jurisprudencial va preferentemente dirigida a la admisibilidad de la prueba para el juicio oral, porque es allí donde se realizan las verdaderas pruebas. Las diligencias probatorias de la instrucción aunque poseen otro carácter, pues se limitan a preparar la posibilidad de la formulación de una acusación y la consiguiente apertura del juicio oral, no dejan de tener su importancia, y por ello no pueden despreciarse, afectando también al derecho de la parte proponente a la tutela judicial efectiva.

Ciertamente, como dice el Ministerio Fiscal, la indebida desestimación de pruebas tiene su cauce impugnatorio, como vicio *in procedendo*, a través de los motivos por quebrantamiento de forma previstos en los supuestos del art. 850 de la LECr, sin embargo, a pesar de la exclusión de tal cauce casacional —restringido a la infracción de ley— en los casos en que la resolución recurrida acuerda el sobreseimiento libre de las actuaciones, de acuerdo con las previsiones del art. 848 LECr, el rechazo indebido de las diligencias probatorias de la instrucción —dada la trascendencia antes expuesta— no cabe duda que afecta al derecho a la tutela judicial efectiva de las partes proponentes, y puede ser admitido al amparo del art. 852 LECr, en relación con el art. 24.1 CE.

En el caso actual, en conjunto, por las acusaciones particulares y populares, se interesaba: a) recibir declaración al legal representante en España de las televisiones Al Jazeera y Abbu Dabhi; b) que se cursara comisión rogatoria para practicar el oportuno reconocimiento judicial y reconstrucción de hechos en Bagdad, con determinación de los dispositivos ópticos con que contaba el carro de combate que disparó; c) la declaración testifical de la sargento Elsa (en un programa televisivo dijo que el Hotel Palestina fue designado como objetivo militar por la cadena de mando del ejército norteamericano, a pesar de conocerse que allí se alojaba la prensa); y d) la pericial consistente en el informe del catedrático de Derecho Internacional Público, profesor Gallinsoga Jordá. Tales diligencias no dejan de tener interés para el esclarecimiento de los hechos; y además «pudieran practicarse otras», tal como cita el auto de 16 de julio de 2009 de

conclusión del sumario, como por ejemplo la declaraciones de los tres militares presuntamente responsables del disparo.

Consecuentemente, el motivo ha de ser estimado.

Quinto.—El cuarto motivo se configura al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por violación del art. 24.1 CE, que ampara el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho de defensa, con resultado de indefensión material.

1. Como corolario de los motivos anteriores se alega que el auto recurrido impide el derecho de defensa, contrariando el principio *pro actione* de las víctimas, mediante fundamentos plagados de inferencias absurdas e irrazonables, o desvirtuando las pruebas cuya práctica ya había sido acordada por el Instructor.

2. No cabe duda tampoco que el auto recurrido, como ya se vio en los motivos anteriores, en cuanto pudiera adquirir fuerza de cosa juzgada material, habiendo ordenado la conclusión del sumario, su sobresimiento libre y archivo, tras desatender las diligencias de prueba practicadas y la posibilidad de practicar otras de interés solicitadas, impide proseguir la defensa de los intereses de los acusadores particulares y populares.

Por ello, el motivo ha de ser igualmente estimado.

Sexto.—Como quinto motivo se aduce infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr, por infracción de precepto legal, al entenderse vulnerado, por falta de aplicación, el art. 611, en relación con el art. 608.3.º CP.

1. Con carácter meramente subsidiario de los anteriores, se reclama la aplicación de los arts. 611.1 CP y 608.3.º CP, y en su defecto el tipo abierto del art. 614 CP, por si solos o en concurso real con el delito de homicidio del art. 138, o de homicidio imprudente, del art. 142 CP, en cuanto se refieren a las personas civiles «protegidas» por el IV Convenio de Ginebra y por su Protocolo Adicional.

2. El art. 611 del CP, efectivamente, castiga «con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, al que, con ocasión de un conflicto armado:

1.º) Realice u ordene realizar ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la

población civil de ataques, represalias o actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla.

2.º) Destruya o dañe, violando las normas del Derecho Internacional aplicables en los conflictos armados, buque o aeronave no militares de una Parte adversa o neutral, innecesariamente y sin dar tiempo o sin adoptar las medidas necesarias para proveer a la seguridad de las personas y a la conservación de la documentación de a bordo.

3.º) Obligue a un prisionero de guerra o persona civil a servir, en cualquier forma, en las Fuerzas Armadas de la Parte adversa, o les prive de su derecho a ser juzgados regular e imparcialmente.

4.º) Deporte, traslade de modo forzoso, tome como rehén o detenga o confine ilegalmente a cualquier persona protegida o la utilice para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de los ataques de la parte adversa.

5.º) Traslade y asiente, directa o indirectamente, en territorio ocupado a población de la parte ocupante, para que resida en él de modo permanente.

6.º) Realice, ordene realizar o mantenga, respecto de cualquier persona protegida, prácticas de segregación racial y demás prácticas inhumanas y degradantes basadas en otras distinciones de carácter desfavorable, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal.

7.º) Impida o demore, injustificadamente, la liberación o la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles.

8.º) Declare abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un Juez o Tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte adversa.

9.º) Atente contra la libertad sexual de una persona protegida cometiendo actos de violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de agresión sexual».

Por su parte el art. 614 CP dispone que: «El que, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordene realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los Tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las

hostilidades, protección de los heridos, enfermos y naufragos, trato a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años».

Y el art. 608 de nuestro CP, iniciando el CAPÍTULO III, que lleva por rúbrica «De los Delitos Contra Las Personas y Bienes Protegidos en Caso de Conflicto Armado», dentro del T. XXIV dedicado a los «Delitos Contra la Comunidad Internacional», precisa que, «a los efectos de este capítulo se entenderán por personas protegidas:

1.º) Los heridos, enfermos o naufragos y el personal sanitario o religioso, protegidos por el I y II Convenios de Ginebra de 12 agosto 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977.

2.º) Los prisioneros de guerra protegidos por el III Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 junio de 1977.

3.º) La población civil y las personas civiles protegidas por el IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977.

4.º) Las personas fuera de combate y el personal de la Potencia Protectora y de su sustituto protegidos por los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977.

5.º) Los parlamentarios y las personas que los acompañen, protegidos por el Convenio II de La Haya de 29 de julio de 1899.

6.º) El personal de Naciones Unidas y personal asociado, protegidos por la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y del Personal Asociado, de 9 de diciembre de 1994.

6.º) Cualquier otra que tenga aquella condición en virtud del Protocolo II Adicional de 8 de junio de 1977, o de cualesquiera otros Tratados internacionales en los que España fuere parte.

7.º) Cualquier otra que tenga aquella condición en virtud del Protocolo II Adicional de 8 de junio de 1977, o de cualesquiera otros Tratados internacionales en los que España fuere parte».

Los Convenios a los que se remite nuestro CP son, efectivamente, el componente más importante del Derecho Internacional Humanitario (DIH), la rama del Derecho que protege a los civiles y a las personas que han dejado de participar en las hostilidades, incluidos los militares heridos y enfermos y los prisioneros de guerra. La finalidad de los Convenios no es poner fin a las guerras sino limitar la barbarie de los conflictos armados. Los Convenios de Ginebra son el intento de normalizar el Derecho Internacional Humanitario. Son el resultado de los esfuerzos de Jean Henri Dunant, creador de la Cruz Roja. Están formadas por una serie de tratados internacionales firmados en Ginebra, Suiza, entre 1864 y 1949 con el propósito de minimizar los efectos de la guerra sobre soldados y civiles. Y dos protocolos adicionales a la convención de 1949, fueron aprobados en 1977.

Las Convenciones de Ginebra han sido:

- La Primera Convención de Ginebra, de 1864, que comprende el Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte que corren los militares heridos en los ejércitos en campaña de 1864.
- La Segunda Convención de Ginebra, de 1906, que comprende el Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña de 1906.
- La Tercera Convención de Ginebra, de 1929, que comprende: Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña y el Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra del 27 de julio de 1929.
- La Cuarta Convención de Ginebra, de 1949, que comprende 4 convenios aprobados por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales a proteger a las víctimas de la guerra en 1949. Entró en vigor el 21 de octubre de 1950 y contiene:
 - I Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña;
 - II Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los En-

fermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar;

- III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y
- IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

Se incluyen en la Cuarta Convención los protocolos de adiciones en 1977.

- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I).
- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

Por su interés, y relación con el caso, debemos reproducir el artículo 146 de la IV Convención, relativa a la protección debida a las

personas civiles en tiempo de guerra (aprobada el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. Entrada en vigor: 21 de octubre de 1950) que se refiere a las Sanciones Penales, y que dice así:

(...)

2. La resolución recurrida declaró el sobreseimiento libre de las actuaciones, conforme al art. 637.2 LECr, en cuanto que consideró que «los hechos no eran constitutivos de delito», sin embargo, las actuaciones de instrucción practicadas, no permiten compartir las conclusiones del Tribunal de instancia; por el contrario, indiciariamente los hechos merecen la subsunción en los preceptos penales citados, y en las normas del Derecho Internacional Humanitario antes transcritas.

Consecuentemente, el motivo ha de ser estimado.

Sentencia 663/2010, Sala Segunda del TS, de 14 de julio

Ponente: **José Ramón Soriano Soriano**

Resumen: **Tráfico de drogas**

Artículos: **16, 368 y 369.1.10.º Código Penal**

Se analizan dos cuestiones concernientes al delito de tráfico de drogas: la (limitada) posibilidad de tentativa y la apreciación de la agravación por la introducción de la droga desde el exterior, que no cabe si no existe posibilidad de difusión de dicha sustancia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—En el ordinal correlativo impugna la sentencia, vía art. 849.1.º LEC, por indebida aplicación del art. 368 en relación al 369.1.10.º del C.Penal.

1. La queja del recurrente proviene de la desatención de la Audiencia a la jurisprudencia de la Sala II, acerca de la aplicación del supuesto agravado integrado por la introducción o extracción de las sustancias o productos tóxicos del territorio nacional. La Audiencia, con equivocado criterio aplicó de modo automático

la cualificación del núm. 10 del art. 369 CP a pesar de tratarse de un envío postal proveniente de Brasil, respecto al cual quedó conjurada y sin posibilidad de efectividad la distribución de la droga importada. A estos efectos cita jurisprudencia de esta Sala que confirma el criterio de la no aplicabilidad del subtipo cuando resulta de antemano eliminada la posibilidad de difusión de la droga en el territorio nacional, por la intervención policial (SSTS núms. 766/2008, de 27 de noviembre; 575/2008, de 7 de octubre; 875/2008, de 17 de diciembre y 440/2009, de 30 de abril).

Hace la importante observación de que en hechos probados se afirma paladinamente que la Guardia Civil previamente había intervenido el citado paquete. En efecto dicho paquete, antes de ser recogido por su destinatario, había sido objeto de su apertura en sede judicial, quedando la sustancia detectada fuera de toda posibilidad de que llegara a sus destinatarios (véase acta de apertura, folio 7 vuelto de las actuaciones, comparecencia de 2 de noviembre de 2007 ante el Juzgado de instrucción núm. 3 de El Ejido). En dicha acta se dice que «la sustancia queda en poder de la Guardia Civil para su remisión a Sanidad; igualmente queda en su poder el paquete postal», que debe entenderse, sin droga alguna.

2. Los argumentos del recurrente son claros y asumibles, amén de ser apoyados por el Fiscal. Ciertamente, partiendo como impone la naturaleza del motivo (art. 884.3 LECr) del más escrupuloso respeto a los hechos probados, si los agentes policiales habían detectado la droga previamente, a la que se dio el destino legal, cuando los acusados se quisieron hacer cargo de la misma no existía posibilidad alguna de ulterior distribución.

La doctrina jurisprudencial invocada por el recurrente es correcta. Efectivamente esta Sala ha dicho que para apreciar el supuesto agravado es necesario que se produzca no sólo un acto de introducción formal en territorio nacional, sino además que la posibilidad de circulación efectiva de la sustancia sea apreciable, pues en otro caso el riesgo ampliado, justificativo de la agravación, no podría ser afirmado. Consecuentemente, así como el tipo básico se consume cuando se establezca la posesión mediata o inmediata de la droga con una mínima posibilidad de disposición, el subtipo agravado sólo se consumará cuando la introducción se haya realizado en condiciones de difusión o circulación de la sustancia introducida (STS 575/2008 y 766/2008).

3. Alguna consideración complementaria cabría hacer al socaire de una cuestión íntimamente relacionada con la calificación jurídica de este supuesto, que el Fiscal pone de relieve. En este sentido la interpretación proclamada por esta Sala parece haber convertido en un delito de resultado lo que antes se configuraba como un delito de mera actividad, cuando realmente, ante

la dialéctica entre delito básico consumado, sin aplicación de la cualificación generadora del subtipo, o la estimación del complejo como tentativa de delito cualificado, viene inclinándose por reputar existente un concurso de normas aplicando la primera opción. En la misma dirección se pronuncia la Fiscalía General del Estado (Circular 2/2005, de 31 de enero) que establece: «La aplicación del subtipo agravado del art. 369.1.10.º sólo podrá fundamentarse en la introducción o salida efectivas de tales sustancias del territorio nacional, al objeto de evitar respuestas punitivas manifiestamente desproporcionadas al grado real de antijuricidad material de las mismas, de manera que cuando tales conductas tengan lugar en los recintos aduaneros únicamente la superación de tales controles permitirá considerar consumada tal agravación específica. Por tanto, si no se produce dicha circunstancia no será de aplicación al subtipo que examinamos al no haberse ejecutado efectivamente el comportamiento agravatorio consistente en la introducción o salida ilegal del territorio nacional de las sustancias sometidas a restricción, subsistiendo no obstante plenamente consumada la acción integradora del delito básico previsto en el art. 368 CP, respecto de la cual habría, en su caso, de haberse construido la agravación si se hubiera perfeccionado el comportamiento especialmente sancionando. Abundan en ello razones penológicas porque la posibilidad que ofrece la tentativa de rebajar en dos grados la pena prevista para el subtipo, determina que de estimarse la existencia de un concurso de normas resulte en abstracto más grave la pena correspondiente al tipo básico en grado de consumación que la que pudiera imponerse por el subtipo intentado del art. 369.1.10.º».

4. Las razones ofrecidas por esta Sala y que el Fiscal respalda en la línea de la estimación del delito básico con exclusión de la figura cualificada se resumen en la inexistencia de una mayor intensidad en la antijuricidad, no se aumenta el riesgo para el bien jurídico y se resertería el principio de proporcionalidad, sin entrar en las paradojas a la hora de establecer la pena a imponer en uno u otro caso. En consecuencia, ante un concurso normativo y en la disyuntiva de estimar el tipo básico consumado o la figura cualificada en grado de tentativa la doctrina de esta Sala se ha inclinado por la primera opción.

Es reflejo de esta opción la S 575/2008 que resalta las *razones penológicas* ante la posibilidad que ofrece la tentativa de rebajar en dos grados las penas previstas para el subtipo, pues de estimarse la existencia de un concurso de normas resulta en abstracto más grave la pena correspondiente al tipo básico en grado de consumación que la que podría imponerse por el subtipo intentado del art. 369.1.10 CP.

Como colofón podemos afirmar que es posible estimar en grado de tentativa un tipo delictivo básico, pero consumado éste, el complemento cualificador que alumbra el subtipo no puede estimarse intentado, es decir, no existe una tentativa de introducir la droga en el país desligada del tipo básico de tráfico de drogas. Las circunstancias cualificativas, autónomamente consideradas, no pueden reputarse ejecutadas en grado de tentativa, al igual que las circunstancias comunes de atenuación o agravación, es decir, concurren o no concurren, pero nunca podemos reputarlas intentadas.

El motivo debe estimarse, procediendo a nueva individualización de la pena.

Segundo.—También por corriente infracción de ley (art. 849.1.º LECr), en el siguiente motivo se alega infracción del art. 368 en relación al 16.1 ambos del C.Penal.

1. El recurrente considera que nos hallamos ante un caso paradigmático de tentativa de delito, a pesar de ser consciente de la dificultad de estimación de formas imperfectas de ejecución en el tipo previsto en el art. 368 CP, dada su amplitud descriptiva y la equiparación de conductas de colaboración a las de autoría. Sin embargo, entiende que conforme a la doctrina de esta Sala, que demuestra conocer, sería posible la estimación de la tentativa en los envíos de paquetes postales en la modalidad de entregas controladas, cuando queden acreditados los siguientes extremos:

- a) Que el acusado no haya intervenido en la operación de la introducción de la droga.
- b) Que el acusado no fuera el destinatario del envío o paquete.
- c) Que el acusado no llegue a tener la disponibilidad efectiva de la droga por ser detenido antes o en el momento de intentar recogerla, o por hallarse plenamente controlada por la policía.

El impugnante invoca jurisprudencia abundante de la Sala y entiende que no aparece prue-

ba de ningún tipo de la que deducir que haya participado o estuviera en connivencia con terceros para la introducción de la droga en el país, contando como únicos indicios con el número de cuenta de una entidad bancaria española y el certificado digital del paquete de Brasil como documento necesario para retirar el paquete, entendiéndose que tal certificado se lo facilitó el titular nominal del paquete.

2. La argumentación del recurrente es correcta, como también lo es la jurisprudencia que invoca, pero toda ella se construye de espaldas a los hechos probados y desde luego negando abiertamente que tuviera el menor concierto con los remitentes de Brasil o que fueran los destinatarios del paquete.

Es indudable que de las posibilidades que abonarían por la tentativa figura la disponibilidad de la droga, que ciertamente jamás la tuvieron. Sin embargo no resulta aceptable que no fueran los destinatarios del paquete o que no se hallaran concertados con los remitentes brasileños para recibirlo.

Ni que decir tiene que la doctrina jurisprudencial mantiene la tesis del recurrente en materia de envíos de droga desde el extranjero a través del transporte postal o por otro medio, incluso utilizando personas que actúan como correos.

Es ilustrativo reseñar la doctrina del Tribunal Supremo que condensa la reciente sentencia de esta Sala (núm. 266 de 31 de marzo de 2010) que nos dice: «Sobre este particular es plenamente clarificadora la sentencia núm. 729/2009, de 24 de junio, en la que después de invocar otras que de forma adecuada sostienen esta línea de interpretación (Cfr. núm. 1415/2005; núm. 1365/2005; núm. 919/2006; núm. 77/2007; núm. 94/2007; núm. 697/2007; núm. 208/2008; núm. 526/2008, etc.), declara que resultan paradigmáticas las núm. 426 de 16 de mayo de 2007 y la núm. 205 de 24 de abril de 2008.

En la primera se dice que «únicamente cabe sostener la tentativa, cuando se trata de envíos desde el extranjero, si concurren los siguientes elementos: 1.º) que no se haya intervenido en la operación previa destinada a traer la droga desde el extranjero; 2.º) que no sea el destinatario de la mercancía; 3.º) que no se llegue a tener disponibilidad efectiva de la droga intervenida». De la

propia redacción literal se desprende que tales requisitos deben darse de manera conjunta.

En similares términos y con igual claridad resume la segunda lo siguiente: «... se deben distinguir dos posiciones distintas: a) si el acusado ha participado en la solicitud o en la operación de importación, o figura como destinatario de la sustancia es autor del delito en grado de consumación, por tener la posesión mediata de la droga y ser un cooperador necesario y voluntario en una operación de tráfico; b) si la intervención del acusado tiene lugar después de que la droga se encuentre en nuestro país, habiéndose solicitado su intervención por un tercero, sin haber intervenido en la operación previa, sin ser destinatario de la mercancía y sin llegar a tener la disponibilidad de la droga intervenida se trata de un delito intentado». Por lo tanto, se entiende que el destinatario de la mercancía debe responder del delito en grado de consumación, aunque se trate de un destinatario-intermediario, por ser un cooperador necesario y voluntario de una operación de tráfico.

3. En nuestro caso, el art. 884.3 LECr obliga a ceñirnos, dada la naturaleza del motivo, a los términos del *factum* y en ellos se habla de un concierto previo entre los acusados y con terceros no identificados residentes en Brasil, en una operación de introducción en territorio español de sustancia estupefaciente procedente de dicho país para su posterior distribución y venta a terceras personas...».

Por su parte el Fiscal, certeramente hace la observación de que la sentencia en ningún caso afirma que Leonardo, *al que ningún testigo vio*, fuera el real destinatario del paquete postal, coligiéndose del relato probatorio que constituía una falaz identidad empleada para encubrir actos propios. En este extremo la sentencia nos habla de que fueron *solos y juntos* a recoger el paquete, que por cierto y como agudamente destaca el Fiscal, tal paquete debía ser entregado a su destinatario, que nadie encuentra, ni siquiera los protagonistas de la gestión ajena realizada.

En conclusión, constituye una obviedad que los remitentes brasileños sabían a qué señas mandar el paquete y en España tales señas eran conocidas por los destinatarios, como medio de hacerse con la droga. De ahí que portara fotocopia de un pasaporte (no importa que fuera real o falso) y además del certificado digital del servicio brasileño de correos (fol. 9 y 92 de la causa) correspondiente al envío que pretendían recoger, como documentos imprescindibles para la regular recepción del paquete con la droga por parte de Correos.

Los destinatarios eran los portadores de los documentos imprescindibles para recoger el envío, conocidos de antemano por los remitentes brasileños, lo que hacía preciso la concertación previa con aquéllos.

Consecuentemente el motivo ha de rechazarse.

Sentencia 686/2010, Sala Segunda del TS, de 14 de julio

Ponente: **Diego Antonio Ramos Gancedo**

Resumen: **Trastorno de la personalidad**

Artículos: **20.1.º y 21.1.º Código Penal**

Se analiza el concepto de trastorno paranoide de la personalidad y su diferencia con la paranoia en sentido estricto, así como la incidencia de aquél sobre la imputabilidad. Por otra parte, se entiende que dicho trastorno es compatible con el dolo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Segundo.—En la actualidad, y al menos desde las SSTs de 29 de febrero y 22 de junio de 1988,

que pusieron de relieve el obstáculo que representaba, para continuar negando la condición de enfermedad mental a las psicopatías, la inclusión de las mismas entre los trastornos mentales

y del comportamiento en la Clasificación Internacional de Enfermedades Mentales elaborada por la OMS, se ha generalizado en la doctrina jurisprudencial la aceptación de que los trastornos de la personalidad son auténticas enfermedades mentales aunque esta Sala, en los casos en que dichos trastornos deben tener influencia en la responsabilidad criminal, pues cabe naturalmente la posibilidad de que sean penalmente irrelevantes, ha continuado aplicando en general la atenuante analógica —SS de 22 de enero de 1986 y 6 de marzo de 1980— reservando la aplicación de la eximente incompleta —SS 24 de enero de 1991, 6 de noviembre de 1992, 24 de abril de 1993 y 8 de marzo de 1995— para cuando el trastorno es de una especial y profunda gravedad o está acompañado de otras anomalías orgánicas o psíquicas de las que son las más citadas el alcoholismo crónico o agudo, la oligofrenia en sus primeros grados, la histeria, la toxicomanía, etc. Ahora bien, las condiciones legales para un correcto afrontamiento del problema de los trastornos de la personalidad y su influencia en la responsabilidad criminal han mejorado sustancialmente con el nuevo Código Penal que se promulgó por la LO 10/1995. La insuficiente alusión al «enajenado» del art. 8.1.º del viejo Texto ha sido sustituida, en el art. 20.1 del vigente, por la expresión «cualquier anomalía o alteración psíquica», mucho más amplia y comprensiva. Por otra parte, la interpretación biológico-psicológica de la fórmula legal que, en el pasado, realizaron los Tribunales, ahora es adelantada por el legislador que exige, para que la anomalía o alteración psíquica exima de responsabilidad, que el sujeto, a causa de ella, «no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión» al tiempo de cometer la infracción penal. La primera modificación permite ya, sin esfuerzo alguno, incluir en el ámbito de esta circunstancia modificativa de la responsabilidad a los trastornos de la personalidad. Si ya antes parecía superada la vieja cuestión de la naturaleza morbosa o patológica de estos trastornos, nadie puede discutir ahora que son, exactamente, «anomalías o alteraciones psíquicas» por lo que, no deben continuar siendo presupuesto de la atenuante analógica que hoy aparece en el art. 21.6 del Código Penal. Las psicopatías no tienen «aná-

loga significación» a las anomalías psíquicas sino que literalmente lo son. La segunda modificación, por su parte, viene a situar las posibles consecuencias de las psicopatías sobre la imputabilidad en un marco conceptual más próximo a las posiciones de la actual doctrina científica. A partir de ahora, sobre lo que tienen que preguntarse los tribunales, cuando el autor del delito padezca cualquier anomalía o alteración psíquica, no es tanto su capacidad general de entender y querer, sino su capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a esa comprensión. Es ésta una definición de la imputabilidad que pone prudentemente el acento en la mera aptitud del sujeto para ser motivado por la norma, al mismo nivel que lo es la generalidad de los individuos de la sociedad en que vive, y, a partir de esa motivación, para conformar su conducta al mensaje imperativo de la norma con preferencia a los demás motivos que puedan condicionarla (véase STS de 16 de noviembre de 1999).

Tercero.—Abundando en esta materia es necesario subrayar que debe distinguirse la paranoia genuina de la simple personalidad paranoide. La personalidad paranoide —o el trastorno paranoide de la personalidad— no es una psicosis sino una simple alteración anormal del carácter o de la personalidad que supone posiblemente una cierta predisposición a lo paranoico, especialmente si aquélla va asociada a otras alteraciones internas o externas que en manera más o menos importante, gravitan sobre la mente humana. Esa personalidad es, en conclusión, un síndrome mental de rasgos atenuados. El paranoico es un enajenado, mientras que la personalidad paranoide se encuentra en el límite entre la normalidad y la anormalidad, lo que significa que serán las demás circunstancias del sujeto las que definirán su capacidad intelectual y volitiva. El paranoico actúa por lo común con conocimiento como consecuencia de causas íntimas y, a la vez, como consecuencia de ese delirio externo y persistente que, no siempre único, mueve a su antojo la mente del enfermo porque le lleva siempre a una delirante interpretación de la realidad (SS 22 de enero de 1986, 26 de octubre de 1989 y 6 de junio de 1990) (STS 590/95, de 24 de abril).

El trastorno paranoide de la personalidad equivale a lo que en la terminología anterior se denominaba psicopatía paranoide, que no debe confundirse con la paranoia propiamente dicha, o psicosis paranoica, que constituye una verdadera enajenación en el sujeto, apta para excluir la responsabilidad criminal cuando el hecho delictivo se encuentra dentro del ámbito al que esa paranoia se refiere.

En tal confusión incurre el recurrente cuando en este recurso pretende la exención de responsabilidad.

El trastorno paranoide de la personalidad, recogido en la sentencia recurrida, puede ser penalmente irrelevante cuando el delito se refiere a unos hechos ajenos al núcleo de este trastorno. Y cuando, tiene relación con la infracción penal, a lo sumo, puede determinar la eximente incompleta que la Audiencia Provincial reconoció en el caso presente, salvo que en el supuesto concreto concurriera algún trastorno mental transitorio del cual no hay en los autos el más mínimo rastro.

Véanse las sentencias de esta Sala de 15 de octubre de 1984, 2 y 20 de noviembre de 1989, 6 de junio de 1990, 6 de mayo de 1993, 17 y 26 de mayo de 1995, 1 de octubre de 1999 y 19 de enero de 2000, entre otras muchas, relativas a esta clase de trastorno de la personalidad en relación con la psicosis paranoica.

(...)

Quinto.—El motivo segundo alega infracción de ley del art. 849.1.º LECr por indebida calificación de los hechos como delito de homicidio intentado, por cuanto, se aduce, no concurre el *animus necandi* en la conducta del acusado, sino únicamente el ánimo de lesionar «para parar lo que su mente enferma consideraba un ataque». De donde —concluye— la anomalía psíquica que presenta el acusado, excluye el elemento subjetivo del tipo constituido por el dolo homicida, «por lo que debe declararse que el acusado actuó con ánimo *laedendi* y no con ánimo *necandi*».

El alegato del recurrente es incongruente, contradictorio y carente de todo fundamento. Por una parte, si la deficiencia mental del acusado exime del dolo, esta exención afectaría tanto al dolo de matar como al dolo de herir.

En otro orden de cosas, la mecánica comisiva, el arma utilizada, la fuerza con la que se asestó el navajazo, la zona del cuerpo a la que se dirigió el ataque y la innegable gravedad de las lesiones causadas, evidencian desde un plano objetivo que la agresión pretendía la muerte de la víctima con dolo directo. Y, desde luego, este dolo homicida es perfectamente compatible con la alteración psíquica del agente porque, por muy perturbadas que tenga sus facultades mentales, sus actos demuestran que quiere matar y hace lo necesario para ello. Otra cosa muy diferente es la incidencia que esa anomalía psíquica pueda tener en el ámbito de la imputabilidad como causa de exención o minoración de la responsabilidad criminal, cuestión esta que ha sido ya objeto de análisis en los epígrafes precedentes.

Como señalábamos en nuestra STS de 2 de junio de 2000, el ánimo homicida es compatible con el trastorno psíquico apreciado como incompleto pues, de aceptarse su planteamiento se llegaría al absurdo de convertir en inaplicable los apartados 1, 2 y 3 del art. 20 y el primero y segundo del art. 21 del CP a las conductas contra la vida ajena desarrolladas por afectados mentales al considerar a éstos incapaces de querer y obrar para matar. El hecho de que la Sala sentenciadora haya llegado correctamente a la conclusión de que, en el momento de cometer los hechos, el acusado tenía afectadas sus facultades mentales hasta el punto de permitir la apreciación de una eximente incompleta no excluye la presencia del propósito de matar que se había formado en su interior por la confluencia de todas las circunstancias antecedentes y concomitantes a la acción de apuñalar. Dicha intención se exteriorizó de forma clara y rotunda en el desarrollo de la acción agresiva y sus diversas secuencias cuya gráfica descripción aparece plasmada en el *factum* de la combatida.

En la misma línea, y en relación con la alevosía, que es una circunstancia eminentemente dolosa, la STS de 29 de junio de 2000 afirma la compatibilidad con la eximente completa del art. 20.1 CP, al margen de los efectos de ésta sobre la capacidad de culpabilidad del agente.

La censura debe ser desestimada, a salvo de lo que a continuación se dirá.

Sentencia 705/2010, Sala Segunda del TS, de 15 de julio

Ponente: **Andrés Martínez Arrieta**

Resumen: **Intervenciones telefónicas sistema «SITEL»**

Artículos: **18.3.º CE, 579 LECrim y 230 LOPJ**

Se pronuncia la Sala nuevamente sobre su valoración positiva de las garantías cumplidas por el sistema «SITEL» en las intervenciones telefónicas. Se reproduce, asimismo, el voto particular que no comparte el respaldo dado el nivel de seguridad inherente al sistema de interceptación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Undécimo.—En los dos primeros motivos formaliza una impugnación en la que denuncia la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. El primer motivo contiene una argumentación similar a la que ha sido objeto de análisis en anteriores fundamentos a los que nos remitimos para la desestimación de este primer motivo.

En el segundo refiere su denuncia al hecho de que el soporte en el que se incorporaron las grabaciones telefónicas no ha sido autenticado con la firma electrónica de los agentes policiales que intervinieron en las escuchas, lo que supone un vicio de nulidad por incumplimiento del art. 230 de la LOPJ que permite la utilización de cualquier soporte siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos en las leyes procesales.

La cuestión ha sido objeto de anteriores pronunciamientos por esta Sala en los que se ha declarado la acomodación del sistema a las exigencias de legalidad constitucional. En la STS 1215/2009, de 30 de diciembre, se declaró la acreditación del contenido de los DVD sobre los que se han volcado las grabaciones impresas en el disco duro, por su incorporación al proceso salvo prueba en contrario sobre su autenticidad. Se trata de documentos con fuerza probatoria como lo ha admitido la jurisprudencia de esta Sala al permitir en su día, la aportación del contenido de las grabaciones en formato cassette. La fuerza probatoria está avalada incluso legalmente acudiendo complementariamente a la

Ley de Enjuiciamiento Civil. Este cuerpo legal establece, en el caso de los documentos públicos (artículo 318), la admisión de los soportes digitalizados, dejando a salvo, como es lógico la posible impugnación de su autenticidad (art. 267 Ley Enjuiciamiento Civil).

La incorporación de las conversaciones telefónicas mediante modernos sistemas digitalizados no plantea mayores problemas sobre su correspondencia que el de la necesidad de la acreditación de su documentación con la conversación efectivamente intervenida. La Ley Orgánica del Poder Judicial, en su art. 230, permite la acreditación de la correspondencia entre lo grabado y lo incorporado al juicio por su acomodación a lo dispuesto en la normativa aplicable, lo que no es obstáculo para que la parte pueda cuestionar esa correspondencia y, en su caso, interesar mayores exigencias que acreditan la regularidad de la correspondencia entre lo efectivamente intervenido y su incorporación al proceso, de cara a conformar una correcta acreditación de un hecho esencial en el proceso penal, en este caso, la correspondencia entre lo efectivamente intervenido y la constancia documental, no siendo admisible que, habiéndose aquietado a la constancia documental de la intervención telefónica, se cuestione en casación esa documentación sobre la base de nuevas exigencias, no planteadas en la instancia, para asegurar la correspondencia de la documentación y las intervenciones telefónicas.

Las exigencias del sistema de interceptación, según el amparo legislativo que regula su funcionamiento, son suficientes para asegurar la observancia del art. 230 de la LOPJ. Esas garan-

tías resultan de la distinción entre órganos administrativos que intervienen en la interceptación, la escucha, y los que realizan la investigación del hecho delictivo, de manera que el órgano policial de investigación recibe lo que otro órgano ha grabado de acuerdo al sistema de interceptación. Esa distinción entre órganos de investigación e interceptación evita riesgos de alteración de sus contenidos que pudieran plantearse dado el desconocimiento por el órgano de escucha del objeto de la investigación. También, la propia digitalización de la interceptación permite asegurar que cualquier hipotética manipulación dejará rastro de su realización, lo que, en principio, se evita mediante la fijación horaria, haciendo imposible su manipulación, pues, como dijimos, esa constatación horaria evidencia la manipulación que pudiera realizarse.

Estas prevenciones dan cabal contenido a la exigencia del art. 230 LOPJ y, en esos términos fue incorporada al enjuiciamiento. Las exigencias que la recurrente, ahora, plantea pudieron ser objeto de debate en el juicio oral, pero no fue interesado por lo que su discusión en casación es ajena al contenido del recurso, máxime cuando las garantías del sistema ya expuestas rellenan las exigencias del art. 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(...)

VOTO PARTICULAR CONCURRENTENTE QUE
FORMULA EL EXCMO. SR. D. MANUEL
MARCHENA GÓMEZ, EN LA SENTENCIA
RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚM.
10249/2010, AL QUE SE ADHIERE EL EXCMO.
SR. D. JOSÉ MANUEL MAZA MARTÍN

Nuestra discrepancia con el voto de la mayoría se centra de modo exclusivo en algunos aspectos del razonamiento que inspira el FJ 10, mediante el que se da respuesta al recurso formalizado por Vanesa. Coincidimos con nuestros compañeros de Sala en que el motivo debe ser desestimado. Sin embargo, esta desestimación sólo se justifica por la impugnación tardía mediante la que los recurrentes cuestionan las garantías inherentes al SITEL. No podemos, en cambio, sumarnos a los razonamientos de la mayoría que respaldan el nivel de seguridad inherente al sistema de interceptación.

En nuestro voto particular formulado a la sentencia recaída en el recurso de casación núm. 404/2009, expresábamos las razones por las que la atribución de eficacia probatoria a esos DVDs —cuando fueran expresamente impugnados en su autenticidad por la defensa de uno de los recurrentes—, suponía un retroceso respecto del estado actual de las garantías constitucionales (arts. 18.3 y 24.2 CE). Y esa relajación del nivel de exigencia que esta Sala y la jurisprudencia constitucional han venido imponiendo, se producía en una materia —la prueba electrónica— caracterizada precisamente por su volatilidad y las infinitas posibilidades de manipulación y tratamiento.

También apuntábamos que «... si bien la fuerza probatoria de los documentos electrónicos no tiene por qué ser cuestionada *a priori*, en aquellos casos en los que se impugne su exactitud e integridad en momento procesal oportuno —y el escrito de conclusiones provisionales, desde luego, lo es—, surge en la acusación el deber de desplegar un esfuerzo probatorio que acredite que esa objeción de la defensa no resulta justificada».

La necesidad de evitar repeticiones innecesarias, nos lleva a remitirnos a cuanto allí era objeto de razonamiento, limitándonos ahora a precisar, de una parte, que sólo el silencio de la recurrente en la instancia justifica la desestimación del segundo de los motivos entablados por Vanesa; de otra, que los dos argumentos invocados por la Sala para justificar las exigencias garantistas del sistema, no son aceptables.

En efecto, según se desprende del penúltimo de los párrafos del FJ 10 de la sentencia de la que disentimos, «... las exigencias del sistema de interceptación, según el amparo legislativo que regula su funcionamiento, son suficientes para asegurar la observancia del art. 230 de la LOPJ. Estas garantías resultan de la distinción entre órganos administrativos que intervienen en la interceptación, la escucha, y los que realizan la investigación del hecho delictivo, de manera que el órgano policial de investigación recibe lo que otro órgano ha grabado de acuerdo al sistema de interceptación. Esa distinción entre órganos de investigación e interceptación evita riesgos de alteración de sus contenidos que pudieran plantearse dado el desconocimiento por el órgano de

la escucha del objeto de la investigación. También, la propia digitalización de la interceptación permite asegurar que cualquier hipotética manipulación dejará rastro de su realización, lo que, en principio, se evita mediante la fijación horaria, haciendo imposible su manipulación, pues, como dijimos, esa constatación horaria evidencia la manipulación que pudiera realizarse».

En nuestra opinión, ni esa pretendida diversificación funcional entre policías que escuchan y policías que investigan ni, por supuesto, la constatación horaria del momento en el que haya podido producirse una manipulación, son garantías suficientes para salvaguardar las exigencias del derecho a un proceso justo. Como dijimos en

nuestro precedente voto particular, «... el control jurisdiccional de las garantías procesales no puede contentarse con la tranquilidad que proporciona que, de producirse una manipulación, la impunidad no estaría garantizada (...) Las garantías deben ser inmanentes al sistema, sin que su afirmación pueda quedar postergada a un momento ulterior, una vez detectada su vulneración».

Por cuanto antecede, aun compartiendo la decisión desestimatoria de la mayoría, en atención a la extemporaneidad de la alegación de la recurrente, queremos expresar nuestro distanciamiento respecto de los restantes argumentos referidos a las garantías del sistema de interceptación.

Sentencia 728/2010, Sala Segunda del TS, de 22 de julio

Ponente: **Diego Antonio Ramos Gancedo**

Resumen: **Lesiones**

Artículos: **22.1.º, 66, 148.1.º y 2.º Código Penal**

Si además de concurrir el uso de armas, previsto en el artículo 148.1 del Código Penal, la lesión es «alevosa», esta circunstancia entra en consideración en cuanto factor de medición de la pena, como agravante de alcance general, sin que ello comporte lesión del principio *non bis in idem*.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Tercero.—En un primer apunte debemos dejar claro que el acusado, al no recurrirla, se ha conformado con la sentencia de instancia y, en particular, con la calificación jurídica de los hechos efectuada por el Tribunal *a quo* y con la concurrencia de la agravante de alevosía apreciada por éste.

El art. 148 CP no tipifica un solo subtipo agravado del delito básico de lesiones del art. 147, sino varios subtipos agravados, cada uno con individualidad propia por los diferentes elementos típicos que cada uno requiere y que les diferencia de los demás.

En el caso examinado, la sentencia subsume la acción de los acusados en el subtipo primero del precepto por la utilización de instrumentos,

objetos y métodos peligrosos. Esta calificación, como se dice, ha sido aceptada tanto por la acusación como por la defensa, por lo que en este trámite casacional no puede ser cuestionada. El Tribunal sentenciador no ha aplicado el art. 148.2.º CP («si hubiera mediado ensañamiento o alevosía») pero no ha obviado que la agresión se produjo de manera alevosa y, en consecuencia, valora también la concurrencia de este plus de antijuridicidad, sin duda alguna concurrente. Porque no merece el mismo reproche penal la agresión con instrumentos, medios o formas concretamente peligrosos para la salud en lo que podríamos decir una agresión cara a cara, permitiendo la defensa del atacado, que si esa agresión se produce, además, alevosamente, por sorpresa y de manera súbita e inesperada, impidiendo toda posibilidad de una reacción defensiva.

Es elemental que en este segundo escenario el mayor desvalor de la acción exige también un mayor reproche, de la misma manera que en un hipotético supuesto se aplicara, por ejemplo, el subtipo agravado de ser la víctima menor de doce años o incapaz (art. 148.3.º), y, además, se hubiera ejecutado la acción con alevosía o con ensañamiento.

De tal manera que no podemos aceptar la aplicación del art. 67 CP que propugna el recurrido, porque, según lo que hemos expresado, el subtipo agravado del art. 148.1.º no requiere para la tipicidad del hecho que éste se ejecute con alevosía, ni ésta es inherente a este concreto subtipo delictivo que, repítese, es autónomo del resto de los contemplados en el precepto.

En consecuencia, siendo correcta la apreciación de la alevosía por el Tribunal de instancia (y no cuestionada por ninguna de las partes procesales), resulta obligada su valoración de acuerdo con el art. 66.3.º CP, sin que ello

suponga violentar el principio *non bis in idem* que es lo que proscribe el art. 67, «debiendo entenderse, a fin de no dar a este precepto una extensión desmesurada, que tal inferencia o imposibilidad de comisión del hecho delictivo sin el hecho de la agravante, se ha de medir en abstracto y no en concreto, es decir, teniendo en cuenta la estructura del tipo del delito [en este caso el subtipo concreto aplicado] y si éste puede o no cometerse sin la concurrencia de la circunstancia agravante...» (STS de 17 de marzo de 1992).

Por ello, el motivo debe ser estimado, ca-sándose y anulándose la sentencia impugnada y dictándose otra por esta Sala en la que, a efectos de fijar la pena, se dé cumplimiento al imperativo del citado art. 66.3.º imponiendo la pena en su mitad superior, es decir, de 3 años y 6 meses a 5 años, estimando proporcional y equitativa a la gravedad del hecho la de tres años y diez meses de prisión.

Sentencia 748/2010, Sala Segunda del TS, de 23 de julio

Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater

Resumen: Tráfico de drogas. Conspiración

Artículos: 16, 17, 368 y 373 Código Penal

A propósito de un delito de tráfico de drogas, se matiza la distinción entre tentativa (de la modalidad de «tenencia») y la previa «conspiración» para delinquir, con la dificultad que supone hablar de «comienzo de ejecución» en aquel delito.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Undécimo.—(...)

La Audiencia ha precisado en los Fundamentos Jurídicos de la sentencia recurrida (FJ segundo, p. 59) la descripción de los hechos que imputa al recurrente, afirmando que «el 28 de abril fue a comprar la droga llevando el dinero que correspondía precisamente al precio por el que Víctor Manuel vendía el kilo de cocaína en aquella ocasión, llegando a la convicción esta Sala que Arcadio tuviera (*sic*) en esta ocasión la condición de “correo” y acudiera (*sic*) a los apartamentos para comprar los “1000” gramos de cocaína que

Víctor Manuel había reservado para un tal Elías, conforme al SMS enviado en esa mañana a Remedios, disponiendo del teléfono de la persona que se encontraba en los apartamentos y que le iba a hacer entrega de la misma; no pudiendo olvidarse que el día 1 de abril Arcadio había recibido un SMS de Víctor Manuel informándole que había venido la droga (...).».

A partir de estos hechos no ofrece dudas que el acusado Arcadio no llegó a dar comienzo a la ejecución de la alternativa típica de la tenencia de drogas para el tráfico del art. 368 CP. Consecuentemente, debió ser aplicado el art. 373 CP y la pena debió ser reducida en dos grados, dado que

el acusado no llegó a dar comienzo a la ejecución del delito y su conducta sólo es constitutiva de una resolución manifestada (conspiración).

En los hechos probados se estableció que el acusado fue detenido «cuando se hallaba en la zona» de los apartamentos donde se encontraban los proveedores de la droga y luego de haberse comunicado telefónicamente con uno de ellos. En ese momento llevaba la cantidad de dinero necesaria para adquirir un kilo de cocaína (33.750 euros) para un tercero que lo habría comisionado al efecto. El acusado había acordado telefónicamente la compra de un kilo de cocaína con el otro procesado Víctor Manuel. Ese acuerdo de conducta es subsumible bajo el tipo del art. 368 CP conspiración para la tenencia o como favorecimiento del consumo de drogas tóxicas.

Siempre ha sido discutible la posibilidad de la tentativa en los delitos de pura actividad, como es el caso de los delitos de posesión.

Desde el punto de vista de la teoría subjetiva de la tentativa se considera, sin embargo, que la tentativa de un delito de pura actividad es posible, en la medida en la que dicho intento consiste en «un error de tipo al revés», es decir, en tanto el autor debe responder por tentativa cuando supone erróneamente la realización de un tipo realmente existente en la ley.

Por el contrario, aplicando a los delitos de posesión la teoría objetiva, basada en el peligro corrido por el bien jurídico protegido, la cuestión de la tentativa de los delitos de pura actividad sería altamente discutible, pues desde dicha perspectiva habría que admitir que el bien jurídico no corre ningún peligro proveniente de una acción del autor mientras éste no tenga la posesión del objeto, en este caso de la droga. Si esto fuera así, es claro que en estos delitos el comienzo de ejecución se confundiría con la consumación de la tenencia. En el presente supuesto, aplicando el criterio de la teoría objetiva de la tentativa para la distinción de actos preparatorios y actos de ejecución, por lo tanto, se debería admitir que el acusado sólo realizó un acto preparatorio, pues al no tener la posesión de la droga todavía no había generado ningún peligro para la salud pública que se derivara de su posesión de la misma.

De todos modos, es preciso tener en cuenta que, incluso desde el punto de vista de la teo-

ría subjetiva, a los efectos de la distinción entre preparación y ejecución, es necesario admitir correctivos de naturaleza objetiva, lo que ha dado lugar a la conocida como teoría objetivo-individual. De otra manera, sin tales correctivos objetivos, referentes a la valoración del plan del autor, el comienzo de ejecución debería ser apreciado ya con la ideación del plan del autor. Por lo tanto, no sólo será decisivo el plan del autor (que en este caso no ofrece ninguna duda), sino también el grado de inmediata cercanía de la acción con la realización efectiva del tipo. En este sentido, el comienzo de ejecución, de conformidad con el art. 16 CP, dependerá —según un adecuado criterio expuesto en la doctrina— de que la acción, que según el plan individual del autor no necesite de ningún acto intermedio para la realización del tipo, también pueda ser apreciada «como parte de la acción típica desde el punto de vista de una concepción natural» de la misma o que —con otra formulación análoga— sea posible comprobar que «la conducta, todavía no típica, según el plan total del autor, esté tan estrechamente ligada a la propia acción ejecutiva, que sin pasos intermedios esenciales pueda pasar a la fase decisiva del hecho». Aplicando estos criterios a supuestos concretos, se afirma en la teoría que no constituye todavía un acto de ejecución ni «la búsqueda del lugar, ni la presencia en el lugar del hecho» y que el comienzo de ejecución, en determinadas circunstancias, requiere, al menos, que el autor entre al lugar en el cual se planea realizar la acción.

Respecto del art. 16 CP vigente la doctrina ha subrayado, por otra parte, que el texto requiere que el autor dé «comienzo a la ejecución del delito directamente por actos exteriores» y que ello debe ser entendido como una especial cercanía de la conducta con la acción estrictamente típica. En la STS 2227/2001 esta Sala ha sido particularmente exigente en la interpretación del carácter directo de los actos de ejecución, pues sostuvo, aplicando seguramente la teoría formal-objetiva, que «objetivamente se requiere la ejecución parcial o total de los hechos descritos en el tipo penal», es decir que en este caso el autor debería haber comenzado a poseer, lo que no ocurre, evidentemente, cuando el autor sólo está en la zona, pero fuera del edificio en el que debería obtener la posesión de la droga.

En el caso presente el acusado no se encontraba en el lugar del hecho, que era el apartamento en el que le sería entregada la droga, ni siquiera había entrado al edificio en el que debía realizar la acción típica y, por lo tanto, no se debería haber apreciado que, sólo estando «en la zona» del lugar en el que planeaba cometer el delito, ya había dado comienzo a la ejecución de la acción de tener droga para el tráfico. Esa conducta no es un acto exterior directamente vinculado a la acción típica de poseer droga para el tráfico.

De todas maneras es preciso considerar que la alternativa típica de la tenencia para el tráfico es ya un avance de la protección penal a fases previas de la comisión del delito de tráfico de drogas que, en verdad, ya constituye la penalización de un acto preparatorio de un delito de peligro abstracto. Por esta razón, no es posible soslayar que extender todavía más, mediante un concepto poco preciso del comienzo de ejecución, la protección penal a la preparación de la preparación (punible) plantearía una seria cuestión constitucional. En efecto: tal extensión, casi ilimitada, apoyada, además, en una concepción excesivamente amplia del concepto de acto de ejecución, es difícilmente compatible con los principios constitucionales de un derecho penal de acción y sólo parece explicable desde el concepto de un puro derecho penal de autor.

No obstante, el hecho que se imputa al recurrente debería sido calificado de conformidad con el art. 373 CP, es decir, como una conspira-

ción para la comisión del delito previsto en el art. 368 CP, pues el acusado Arcadio se concertó con otro para la comisión de un delito y resolvieron conjuntamente la ejecución del mismo.

En la determinación de la pena es necesario tener presente que en supuestos como los de este caso, en los que es evidente que la tentativa es inacabada y, por lo tanto, que están más cerca del acto preparatorio impune que de la consumación, los Tribunales no deberían aplicar la pena reducida sólo en un grado, pues ello equivaldría a no distinguir estos casos de los de tentativa acabada. El art. 62 CP requiere relacionar la pena imponible con «el peligro inherente al intento» y con el «grado de ejecución alcanzado». Ambos factores deben ser entendidos desde la perspectiva del plan del autor.

Desde la perspectiva del peligro para el bien jurídico salud pública, una acción preparatoria punible sólo como resolución manifestada es el menor imaginable. Por lo tanto, en razón de este primer criterio de individualización no cabe duda que la pena debió ser reducida en dos grados, precisamente porque la acción sólo generó una mínima peligrosidad para la salud pública. También debió ser reducida la pena en dos grados desde el punto de vista del grado de ejecución, pues también es manifiesto que en el presente caso la tentativa sería inacabada y, por ello, el autor no llegó a realizar todos los actos necesarios para adquirir la droga que pensaba entregar a un tercero.

Sentencia 754/2010, Sala Segunda del TS, de 23 de julio

Ponente: **José Manuel Maza Martín**

Resumen: **Competencia del Tribunal profesional frente al del Jurado. Delitos conexos**

Artículos: **5.2 LOTJ**

Se aplica el criterio sentado en los Acuerdos de los Plenos de la Sala de 20 de enero, 23 de febrero y 20 de julio de 2010 para mantener la competencia del Tribunal profesional frente al del Jurado. Se extracta, asimismo, el voto particular.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—El recurrente plantea su Recurso contra el Auto de la Audiencia que declaró no

haber lugar a la declinatoria de jurisdicción confirmando la competencia del Tribunal profesional, y excluyendo la del Jurado, para el conocimiento de los delitos objeto de las actua-

ciones de referencia, con base en un Único motivo, con cita del art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciando la infracción del art. 5.2 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, puesto que, a juicio del recurrente, el enjuiciamiento del presente procedimiento debería corresponder, según las normas de atribución de competencias, al Tribunal de legos.

Para ello, se apoya el Recurso, tanto en el referido precepto de la Ley del Jurado, en especial el art. 5.2.c) de dicha Ley, como en la interpretación que, del mismo, ha efectuado el Pleno de esta Sala en sus recientes Sesiones del 20 de enero y 23 de febrero de este mismo año, en los que se fijaron, a este respecto, los siguientes criterios de aplicación sucesiva, esquemáticamente expuestos:

a) La ruptura de la continencia de la causa, si ello fuera procesalmente posible, con atribución del enjuiciamiento de cada delito al órgano, Tribunal profesional o Jurado, respectivamente competentes para ello.

b) La atribución de esa competencia, para el enjuiciamiento conjunto de todos los ilícitos conectados entre sí de alguna de las formas previstas en el art. 5 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado cuando dicha ruptura no procediera, al órgano que fuera competente respecto de aquél de esos ilícitos que pueda afirmarse que constituía el objetivo principal de la plural conducta delictiva.

c) Y en último lugar, caso de no conocerse, o de no resultar posible determinar con la necesaria certeza, cuál fuera ese objetivo principal perseguido por el autor de los hechos, remitiendo el conocimiento de la causa al Tribunal que resulte inicialmente competente respecto de la infracción de mayor gravedad punitiva.

Y todo ello al margen del momento de entrada en aplicación de tales criterios interpretativos que, según el Acuerdo adoptado en el recientísimo Pleno del día 20 de este mismo mes, sólo tendrán vigencia sobre las Resoluciones adoptadas por los órganos de instancia en fecha posterior a la de adopción de tales Acuerdos, por supuesto siempre que los mismos no se refieran a interpretaciones relativas a derechos fundamentales, en cuyo caso esa

aplicación por la Sala será inmediata con independencia del momento en que se adoptó la decisión recurrida.

Segundo.—De acuerdo con los referidos criterios, plenamente aplicables a la Resolución de instancia que lleva ya fecha de 18 de marzo de 2010, el recurrente sostiene que el delito buscado como finalidad principal por los acusados, según los términos de los escritos de Acusación, era el Asesinato consumado, lo que atraería la competencia de los Juzgadores legos, frente a la opinión de la Audiencia que considera subsistente el Acuerdo de 5 de febrero de 1999 según el cual cuando se imputan diferentes delitos contra las personas, unos consumados y otros intentados, la competencia correspondería, en todo caso, al Tribunal profesional.

Insiste quien recurre en que la referencia al delito contra las personas no consumado contenida en el inciso último del art. 5.1 de la Ley del Tribunal del Jurado, para excluirle del grupo de infracciones competencia del Jurado no tiene el radical carácter de la prevaricación (parr. segundo del art. 5.2 LOTJ), cuya prohibición de conocimiento por el Jurado es de carácter absoluto, lo que no se predica del homicidio o el asesinato intentados que tan sólo quedan fuera de la enumeración de aquellos ilícitos que, por sí solos, son en todo caso competencia estricta de los Jueces legos.

Sin entrar en el análisis de estos argumentos pues, en efecto y contra el criterio de la Audiencia, los Acuerdos de este año tienen vocación de abordar en su conjunto toda la materia referida a la atribución de competencias entre ambas clases de Tribunal y, por tanto, ha de entenderse que sustituyen a todos los pronunciamientos anteriores en esta materia, la cuestión se centraría, por consiguiente, en determinar cuál es el delito que se erige, en este caso, en finalidad principal del designio criminal en su conjunto o, caso de no poder determinarse éste con la suficiente certeza, dejarnos guiar por la más grave de las infracciones en juego que, sin duda, sería la del asesinato consumado, competencia de los Jueces no profesionales, como pretende quien recurre.

Tercero.—Sin embargo el Fiscal, que tampoco comparte el criterio de la Audiencia en esta ocasión, coincide con ella, no obstante, en su conclusión de atribuir la competencia al Tribunal profesional, pero porque considera que no nos hallamos ante uno de los supuestos de «conexidad» contemplados en el art. 5.2 de la Ley Procesal especial, en concreto ante el de la búsqueda de impunidad del apartado 4.º del art. 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino más bien en el caso del apartado 5.º de ese mismo precepto, relativo a los diversos delitos, análogos o relacionados entre sí, que se imputan a una persona en un mismo procedimiento, respecto del que no rigen aquellas normas especiales de atracción hacia el Jurado.

Pero nosotros no podemos compartir este planteamiento puesto que los hechos contenidos en los escritos de las Acusaciones, pública y particular, revelan claramente que no podía existir, en el intento frustrado de acabar también con la vida del hijo menor de la fallecida, otra intencionalidad que la de eliminar a un «testigo molesto» de lo acaecido, ya que, inicialmente, no había voluntad alguna de atentar contra su vida ni móvil para ello.

El dato, que menciona el Fiscal en apoyo de su tesis, de que el autor de los disparos que causaron la muerte de la madre no podía ser identificado por el hijo de ésta al llevar una prenda de ropa que le ocultaba totalmente el rostro, no significa que dicho testigo no pudiera ofrecer posteriormente datos, acerca de lo acontecido, de sus circunstancias y de referencias concretas que pudieran ser eventualmente utilizadas en contra del homicida, tales como su modo de proceder, estatura, sexo, etc.

Por todo ello, creemos que sí que nos hallamos ante un supuesto de comisión delictiva, el supuesto asesinato intentado, que se ejecuta con la finalidad de procurar la impunidad del anterior atentado contra la vida consumado en la persona de la madre del testigo presencial de los hechos y, por consiguiente, que ha de entrar en juego la norma atributiva de competencia de la Ley del Jurado y los criterios anteriormente expuestos de la doctrina del Pleno de esta Sala para la interpretación de la misma.

Cuarto.—Nuestro criterio, en definitiva, sí que coincide con el de la Resolución recurrida y con el del Fiscal en su conclusión última, pero con base en otros argumentos que nos aproximan a la tesis defendida, con el mismo destino final, por la Acusación particular.

Esta parte sostiene, a nuestro juicio con todo acierto, que, puestos a indagar cuál fuera el objetivo criminal principal perseguido con su ilícita conducta, siempre en términos de los escritos de acusación, por los autores de los diferentes delitos, asesinatos consumado e intentado, tenencia ilícita de armas y delito de obstrucción a la Justicia, a fin de dar cumplimiento a los criterios interpretativos de esta Sala, éste no puede ser otro que el último mencionado, es decir, aquella infracción que consiste en la realización de actos atentatorios contra la vida como represalia contra quien fue testigo en un procedimiento precedente (art. 464.2 CP).

Ésta es precisamente la interpretación que nos ofrecen los propios escritos de acusación, a cuyo tenor hemos de acogernos en este momento, cuando relatan que el móvil del asesinato fue exclusivamente el de llevar a cabo la venganza contra quien actuase de testigo de cargo en procedimiento seguido en su día contra quien contrató, en prisión, a los sicarios que se encargarían, mediante precio, de ejecutar tan siniestro proyecto.

Y siendo esto así, fácil resulta concluir en la procedencia de atribuir el conocimiento de todos los hechos, habida cuenta de que no resulta posible la división de la continenencia de la causa que por otra parte nadie plantea, al Tribunal profesional, por estar a él reservada la competencia para el enjuiciamiento de este delito «principal» y la de las restantes infracciones: tanto la tenencia ilícita del arma mortal como instrumento para cometer el delito consumado contra la vida, éste por ser el medio para cumplir el objetivo principal de venganza y el asesinato intentado cometido para procurar la impunidad de dicho asesinato consumado [art. 5.2.c) LOTJ].

Por tales razones, estamos ante un motivo que ha de ser desestimado y, con él, el Recurso en su integridad.

(...)

VOTO PARTICULAR A LA SENTENCIA
NÚM. 754/2010, RESOLUTORIA DEL RECURSO
DE CASACIÓN NÚM. 10472/2010-P,
QUE FORMULA EL MAGISTRADO
JOSÉ ANTONIO MARTÍN PALLÍN

1. En el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala, de 20 de enero de 2010, se deliberó y votó sobre un estudio presentado en el que se contenían una serie de conclusiones en orden a la interpretación del art. 5 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado. Después de una intensa deliberación sobre las diversas variantes que se sometían a la decisión del Pleno, resultó aprobado por mayoría (diez votos de los diecinueve asistentes) el texto que se consigna en el apartado siguiente.

(...)

3. Como puede observarse, en el párrafo último del apartado 3 («Por el contrario, si el objetivo perseguido fuese cometer un delito que no es competencia del Tribunal del Jurado y el que se comete para facilitar aquél o lograr su impunidad fuese alguno de los incluidos en el art. 1.2, en estos casos la competencia será del Juzgado de lo Penal o de la Audiencia Provincial, salvo que, conforme al apartado 1 de este acuerdo, puedan enjuiciarse separadamente») se introduce el criterio de la finalidad o motivación delictiva como pauta que marca la competencia del Juzgado de lo Penal o de la Audiencia Provincial. Es decir, si el propósito o móvil impulsor del autor es la comisión de un hecho delictivo que no es competencia del Tribunal del Jurado, los cometidos para facilitar la comisión del crimen matriz o motivador o para lograr su impunidad, se ven atraídos por el que desató la idea criminal, lo que les aleja o aparta del Tribunal del Jurado y les lleva a los órganos jurisdiccionales técnicos.

4. En general, la fórmula me parece absolutamente aleatoria, subjetiva, insegura y se presta a manipulaciones de la declaración del autor que, aconsejado técnicamente, puede elegir el sistema de enjuiciar su caso e incluso variar de criterio en una manifestación posterior. Se abre pues un espacio de inseguridad jurídica

y de aleatoriedad que repugna a los principios rectores del derecho y, sobre todo, a una cuestión de las que se llamaban de orden público y que ahora afectan también el principio del juez ordinario predeterminado por la ley.

5. El recurrente está acusado de los delitos de inducción al asesinato y obstrucción a la justicia. Se trataba de eliminar a una testigo protegida para que no declarase en el juicio, aunque al parecer ya había declarado en las diligencias de investigación. El art. 464.2) exige que los actos atentatorios contra la vida y otros bienes jurídicos personales y materiales se realicen como represalia contra la testigo por su actuación en el procedimiento judicial (ver si había declarado). El delito es independiente del que se cometa al realizar los atentados contra la vida, integridad física o bienes que se castigan de forma independiente según su naturaleza, tipicidad y pena señalada.

6. Se da la circunstancia de que el delito de obstrucción a la justicia del art. 464 del Código Penal contempla una pena de uno a cuatro años, lo que le llevaría a ser juzgado, en principio, por un Juzgado de lo Penal. Normalmente, los atentados contra la vida y la integridad física, sexual o libertad, tienen señaladas penas muy superiores, por lo que la competencia sería de la Audiencia Provincial, a pesar de ser un apéndice o secuela del propósito delictivo.

7. ¿Cuál era el objetivo del autor? ¿Privar de la vida a una persona en venganza o represalia por su actitud en un proceso penal o cometer un delito contra la Administración de Justicia en la modalidad de obstrucción a la misma? No cabe duda que esta posibilidad no pudo ser valorada por la persona del autor, que sólo pretendía vengarse de una posible delatora o testigo de cargo para lo que, de manera incidental y como consecuencia anudada al hecho, impedía que declarase como testigo. Ahora bien, la Administración de justicia, como órgano encargado de impartir justicia, podía no sufrir daño alguno, ya que ello no evitaba, de manera indefectible, una posible condena por medio de otras vías probatorias.

Sentencia 741/2010, Sala Segunda del TS, de 26 de julio

Ponente: **Julián Artemio Sánchez Melgar**

Resumen: **Circunstancia atenuante de confesión**

Artículos: **21.4.º Código Penal**

Se recoge la doctrina jurisprudencial relativa a la circunstancia atenuante de confesión, apuntando incluso a consideraciones de *lege ferenda*.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Segundo.—(...)

La circunstancia cuarta del art. 21 del Código penal dispone textualmente: «La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades».

De este precepto hemos interpretado que el concepto procedimiento judicial es equiparable también a diligencias policiales, y que la confesión ha de ser realizada ante autoridades oficiales, lo que excluye la confesión extrajudicial.

Quiere ello decir que la confesión así diseñada por el legislador deja poco margen de maniobra al intérprete, pues parece estar referida únicamente a los actos mediante los cuales, antes de que se conozca la realidad del delito —o se le investigue— el autor se dirige a una autoridad —judicial o policial— y narra espontáneamente su participación delictiva, declarándose autor. Este espacio cubre algunos sucesos violentos en el que, antes del descubrimiento del cuerpo del delito, el agente se dirige, como decimos, a la policía —generalmente— para confesar su participación en el hecho, y ofrecer el resto de los detalles del suceso. Pero sabemos que existen otros episodios en los que, ante la investigación policial, y toma de declaración con asistencia de letrado e información de derechos constitucionales, el autor, bien a propia iniciativa, bien pensando que obtendrá un beneficio penológico derivado de su recuento con el orden jurídico perturbado, confiesa su participación delictiva. Y paradójicamente este comportamiento no encaja propiamente en la aludida atenuante de

confesión, pues no es anterior cronológicamente a la investigación de los hechos. Sin embargo, en ciertos delitos menores, el legislador «premia» esta misma conducta en fase de conformidad con una rebaja de un tercio de la pena imponible. En otras ocasiones, a los denominados «arrepentidos» (hasta ahora en materia de terrorismo y narcotráfico) se les ofrece legalmente una sustancial rebaja de pena.

Quiere decirse con ello, que urge, a nuestro juicio, una nueva redacción de esta atenuante en supuestos de confesión y colaboración con la Justicia, lo que redundará en ahorrar costes y reducir recursos públicos, pero —sobre todo— dando seguridad y rapidez a su enjuiciamiento, y con ello que se produzcan resultados similares, de manera que sea efectivo el ofrecimiento de colaboración y confesión para que la respuesta del ordenamiento jurídico sea más ajustada a la verdadera culpabilidad del reo, y además, como decimos, se agilicen trámites y se ahorren costes. La vía de la mediación penal va por ese camino.

Naturalmente, han de quedar fuera de tales resortes aquellos otros supuestos en que la confesión no vaya dirigida a ninguno de tales fines, o que la evidencia de su participación quede patentizada desde el primer momento, por su evidencia o flagrancia.

En relación a la atenuante de confesión del art. 21.4 la jurisprudencia de esta Sala, manifestada entre otras, en SSTs de 3 de octubre de 1998, 25 de enero de 2000, 15 de marzo de 2000, 19 de octubre de 2000, 7 de junio de 2002, 2 de abril de 2003, ha puesto de relieve que la razón de la atenuante no estriba en el factor subjetivo de pesar y contrición, sino en el dato ob-

jetivo de la realización de actos de colaboración a la investigación del delito. Se destaca como elemento integrante de la atenuante, el cronológico, consistente en que el reconocimiento de los hechos se verifique antes de que el inculpado conozca que es investigado procesal o judicialmente por los mismos. En el concepto de procedimiento judicial se incluye la actuación policial (SSTS de 21 de marzo de 1997 y 22 de junio de 2001), que no basta con que se haya abierto, como se decía en la regulación anterior, para impedir el efecto atenuatorio a la confesión, sino que la misma tendrá la virtualidad si aún no se había dirigido el procedimiento contra el culpable, lo que ha de entenderse en el sentido de que su identidad aún no se conociera. La razón de ser del requisito es que la confesión prestada, cuando ya la autoridad conoce el delito y la intervención en el mismo del inculpado, carece de valor auxiliar a la investigación. Otro requisito de la atenuante es el de la veracidad sustancial de las manifestaciones del confesante, sólo puede verse favorecido con la atenuante la declaración sincera, ajustada a la realidad, sin desfiguraciones o falacias que perturben la investigación, rechazándose la atenuante cuando se ofrece una versión distinta de la luego comprobada y reflejada en el *factum*, introduciendo elementos distorsionantes de lo realmente acaecido (SSTS de 22 de enero de 1997, 31 de enero de 2001). Tal exigencia de veracidad en nada contradice los derechos constitucionales «a no declarar contra sí mismo» y «a no confesarse culpable» puesto que ligar un efecto beneficioso o la confesión voluntariamente prestada, no es privar del derecho fundamental a no confesar si no se quiere (STC 75/1987, de 25 de mayo).

En la Sentencia 25 de enero de 2000, se hace una exposición minuciosa de los requisitos integrantes de la atenuante de confesión, que serían los siguientes: 1) Tendrá que haber un acto de confesión de la infracción; 2) El sujeto activo de la confesión habrá de ser el culpable; 3) la confesión habrá de ser veraz en lo sustancial; 4) La confesión habrá de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial; 5) La confesión habrá de hacerse ante Autoridad, Agente de la Autoridad o funcionario cualificado para recibirla; 6) Tendrá que concurrir el requisito

cronológico, consistente en que la confesión no tendrá que haberse hecho antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él, habiendo de entenderse que la iniciación de diligencias policiales ya integra procedimiento judicial, a los efectos de la atenuante.

Esta Sala considera que pueden ser apreciadas circunstancias atenuantes por analogía: a) en primer lugar, aquellas que guarden semejanza con la estructura y características de las cinco restantes del art. 21 del Código Penal; b) en segundo lugar, aquellas que tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas; c) en un tercer apartado, las que guarden relación con circunstancias atenuantes no genéricas, sino específicamente descritas en los tipos penales; d) en cuarto lugar, las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código Penal, y que suponga la *ratio* de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido; e) por último, aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del art. 21 del Código Penal, lo que, en ocasiones, se ha traducido en la consideración de atenuante como efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental, singularmente el de proscripción o interdicción de dilaciones indebidas.

La confesión extrajudicial no ha sido considerada por la jurisprudencia de esta Sala como verdadera confesión, generalmente tampoco como analógica, en tanto que la doctrina legal declara que la atenuante de análoga significación no puede alcanzar nunca al supuesto de que falten los requisitos básicos para ser estimada una concreta atenuante, porque equivaldría a crear atenuantes incompletas o a permitir la infracción de la norma, pero tampoco puede exigirse una similitud y una correspondencia absoluta entre la atenuante analógica y la que sirve de tipo, pues ello equivaldría a hacer inoperante el humanitario y plausible propósito de que hablaba la Sentencia 28 de enero de 1980 (SSTS de 27 de marzo de 1985, 11 de mayo de 1992, 159/1995, de 3 de febrero, lo mismo en SSTS de 5 de enero de 1999, 7 de enero de 1999, 27 de noviembre de 2003).

Sentencia 770/2010, Sala Segunda del TS, de 15 de septiembre

Ponente: **Carlos Granados Pérez**

Resumen: **Coacciones**

Artículos: **16 y 172 Código Penal**

El delito de coacciones, como delito de resultado, admite formas imperfectas de ejecución y, por tanto, responsabilidad penal a título de tentativa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Único.—En el único motivo del recurso, formalizado por el Ministerio Fiscal al amparo del número 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, de los arts. 16.1 y 62 del Código Penal, en relación al art. 172.1, primer párrafo, del mismo texto legal.

Se alega en defensa del motivo que, dados los hechos que se declaran probados, el delito de coacciones debió apreciarse como consumado y no en grado de tentativa.

En el relato fáctico se dice que el acusado, interno en el Centro Penitenciario de Hombres de Barcelona, con la intención de hacerse oír y para presionar a las autoridades para que le trasladaran a otro centro penitenciario, agarró al también interno Aurelio y, sujetándolo con el brazo izquierdo, le puso al cuello un objeto punzante que se había construido partiendo de un cuchillo de plástico que envolvió en papel de plata para darle aspecto de arma blanca y dirigiéndose hacia la puerta de acceso lanzó unas hojas en las que exigía la presencia del Defensor del Pueblo y un bote de tranquilizante. A continuación, se desplazó con Aurelio, al que mandó sentarse, hacia la pared izquierda del patio, profiriendo expresiones conminatorias y amenazantes, siendo todo ello oído y contemplado por otros internos así como por funcionarios y el Director del Centro que había acudido al ser informado del incidente, quien acercándose al acusado le quitó el objeto que portaba y le inmovilizó con ayuda de otros funcionarios.

El Ministerio Fiscal señala, en apoyo de su recurso, dos sentencias de esta Sala en las que se

declara que el delito de coacciones es un delito de resultado, en el que se exige como elemento del tipo el constreñimiento de la voluntad del sujeto pasivo, cuya efectiva realidad es lo que determina el momento de la consumación, siendo indiferente para ello el hecho de que el culpable consiga o no el propósito que sirvió de móvil al delito, lo que pertenece a la fase de agotamiento de la infracción criminal.

Y como no podía ser de otra manera se comparten los razonamientos que se expresan en las mencionadas sentencias, pero ello no supone que deba entenderse que en el supuesto concreto que examinamos el delito de coacciones se hubiese cometido en grado de tentativa.

El Tribunal de instancia explica con precisión que el sujeto pasivo de la conducta coactiva realizada por el acusado, a quien se quería compeler, era el Director del Centro Penitenciario u otras autoridades penitenciarias, aunque se hubiera ejercido materialmente la violencia o intimidación sobre un tercero para obligar, en contra de su voluntad, a tales autoridades, y que no logró su propósito por causas ajenas a su voluntad, por la rápida intervención del Director que acercándose al acusado le quitó el cuchillo de plástico de que era portador y posibilitó su inmovilización por parte de los funcionarios, y que ello relega tal conducta delictiva, en lo que concierne al delito de coacciones, al grado de tentativa.

Tiene declarado esta Sala que el tipo penal de coacciones describe una figura de delito de resultado, en cuanto exige que efectivamente se impida hacer lo que la Ley no prohíbe o se obligue a efectuar lo que no se quiere, sea justo

o injusto, y por ello es posible la tentativa (Cfr. Sentencias de 19 de julio y 22 de noviembre de 1990, que se mencionan en apoyo del motivo).

Y es asimismo doctrina de esta Sala, como es exponente la Sentencia 487/1997, de 7 de abril, que entre los diferentes criterios que se tienen en cuenta para la clasificación de las figuras delictivas uno se fija en la relación existente entre la acción y el objeto de la acción, y ello da lugar a la distinción entre delitos de resultado y de mera actividad. Los delitos de resultado presuponen en el tipo la producción en el objeto de la acción de un efecto diferenciado de la acción y separable de ella espacio-temporalmente. Por el contrario, en los delitos de actividad el tipo de injusto se agota en una acción del sujeto, sin que deba producirse un resultado en el sentido de efecto exterior separable espacio-temporalmente.

Y aplicando la distinción expuesta al delito que nos ocupa, fluye sin dificultad su conceptualización como delito de resultado. La conducta típica exige que los actos del sujeto estén dirigidos y determinados a doblegar la autodeterminación del sujeto pasivo y en consecuencia su libertad de acción.

En el presente caso, la coacción iba dirigida a doblegar la voluntad de las autoridades del centro penitenciario para conseguir de éstas unas determinadas decisiones que no se produjeron, y para esclarecer la distinción, a la que se ha hecho antes referencia, entre consumación y agotamiento del delito, es oportuno significar que esta conducta delictiva se consuma cuando el sujeto pasivo hace aquello a lo que se le compele u omite aquello que se le impide, y el agotamiento consistiría en que el sujeto activo consiga sus últimos objetivos cuando impide hacer o compele a efectuar. Y como consta en el relato fáctico de la sentencia recurrida, no se produjo en el sujeto pasivo, en este caso el Director del Centro Penitenciario, ninguna modificación del mundo exterior, ningún efecto diferenciado de la acción coactiva y separable de ella espacio-temporalmente, salvo su interrupción en cuanto dicho Director quitó al acusado el objeto que portaba y le inmovilizó con ayuda de otros funcionarios.

La consideración de que el delito se cometió en grado de tentativa es correcta y el recurso debe ser desestimado.

Sentencia 802/2010, Sala Segunda del TS, de 17 de septiembre

Ponente: **Alberto Gumersindo Jorge Barreiro**

Resumen: **Dolo eventual**

Se resume la más reciente doctrina jurisprudencial en torno al dolo eventual y su separación frente a la imprudencia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Séptimo.—(...)

Sobre la cuestión del dolo se argumenta en las sentencias de esta Sala 172/2008, de 30 de abril, y 716/2009, de 2 de julio, «el dolo, según la definición más clásica, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización

de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado».

«Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el co-

nocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico... En el conocimiento del riesgo se encuentra implícito el conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado» (STS de 1 de diciembre de 2004, entre otras muchas).

«... se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca».

Por consiguiente, tal como se aprecia en los precedentes jurisprudenciales reseñados, esta Sala, especialmente a partir de la sentencia de 23 de abril de 1992 (relativa al caso conocido como del «aceite de colza» o «del síndrome tóxico») ha venido aplicando en numerosas resoluciones un criterio más bien normativo del dolo eventual, en el que prima el elemento intelectual o cognoscitivo sobre el volitivo, al estimar que el autor obra con dolo cuando haya tenido conocimiento del peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes tutelados por la norma penal.

Sin embargo, se afirma en la sentencia 69/2010, de 30 de enero, «ello no quiere decir que se excluya de forma concluyente en el dolo el elemento volitivo ni la teoría del consentimiento. Más bien puede entenderse que la primacía que se otorga en los precedentes jurisprudenciales al elemento intelectual obedece a un enfoque procesal del problema. De modo que, habiéndose acreditado que un sujeto ha ejecutado una acción que genera un peligro concreto elevado para el bien jurídico con conocimiento de que es probable que se produzca un resultado lesivo, se acude a máximas elementales de la experiencia para colegir que está asumiendo, aceptando o conformándose con ese resultado, o que cuando menos le resulta indiferente el resultado que probablemente va a generar con su conducta».

«Así pues, más que excluir o descartar el elemento volitivo —sigue diciendo la sentencia 69/2010—, la jurisprudencia lo orilla o lo poster-

ga en la fundamentación probatoria por obtenerse de una mera inferencia extraíble del dato de haber ejecutado el hecho con conocimiento del peligro concreto generado por la acción. Y es que resulta muy difícil que en la práctica procesal, una vez que se acredita el notable riesgo concreto que genera la acción y su conocimiento por el autor, no se acoja como probado el elemento de la voluntad o del consentimiento aunque sea con una entidad liviana o claramente debilitada. A este elemento volitivo se le asignan los nombres de asentimiento, asunción, conformidad y aceptación, en lo que la doctrina ha considerado como una auténtica disección alquimista de la voluntad, y que en realidad expresa lingüísticamente el grado de debilidad o precariedad con que emerge en estos casos el elemento voluntativo».

«Por lo demás, también parece claro que el conocimiento siempre precede a la voluntad de realizar la conducta que se ha previsto o proyectado. Si a ello se le suma que probatoriamente la acreditación del elemento intelectual, una vez que el riesgo es notablemente elevado para que se produzca el resultado, deriva en la acreditación inferencial de la voluntad, es comprensible la postergación de ésta en la práctica del proceso. Y es que tras constatarse que el autor actuó con el conocimiento del peligro concreto que entrañaba su acción, no parece fácil admitir probatoriamente que el acusado no asume el resultado lesivo. Las máximas de la experiencia revelan que quien realiza conscientemente un acto que comporta un grave riesgo está asumiendo el probable resultado. Sólo en circunstancias extraordinarias podrían aportarse datos individualizados que permitieran escindir probatoriamente ambos elementos. Las alegaciones que en la práctica se hacen en el sentido de que se confiaba en que no se llegara a producir un resultado lesivo precisan de la acreditación de circunstancias excepcionales que justifiquen esa confianza, pues ésta no puede convertirse en una causa de exculpación dependiente del subjetivismo esgrimido por el imputado. En principio, el sujeto que *ex ante* conoce que su conducta puede generar un grave riesgo para el bien jurídico está obligado a no ejecutarla y a no someter por tanto los bienes jurídicos ajenos a niveles de riesgo que, en el caso concreto, se muestran como no controlables» (STS 69/2010, de 30 de enero).

Sentencia 804/2010, Sala Segunda del TS, de 24 de septiembre

Ponente: **José Manuel Maza Martín**

Resumen: **Tentativa desistida y atenuante de confesión**

Artículos: **16 y 21.4.º Código Penal**

Se analiza el alcance del desistimiento en la tentativa, así como de la circunstancia atenuante de confesión del hecho.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Segundo.—Así, en el motivo Primero del Recurso se afirma que el acusado debería haber sido condenado como autor de un homicidio intentado, puesto que no nos hallamos en presencia del «desistimiento» (art. 16.2 CP) al que la Sentencia recurrida se refiere, para acabar calificando los hechos como un delito de lesiones.

En tal sentido comencemos recordando cómo el meritado art. 16.2 del Código Penal establece:

«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 pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta».

En esta ocasión, el autor del hecho, con una indudable intención de acabar con la vida de su víctima, *animus naecandi* cuya concurrencia expresamente se afirma en el relato de hechos y que por nadie se discute, pretende seccionar el cuello de Trinidad, sin que llegue a producirse ese corte porque la mujer, instintivamente, agacha su cabeza, resultando lesionada en el mentón.

En ese momento el agresor interrumpe su acometida letal y abre la puerta de la vivienda, permitiendo con ello la huida de la lesionada.

Con semejante base fáctica la Audiencia, como ya se dijo, considera de aplicación la figura del desistimiento y condena exclusivamente por el delito de lesiones consumadas, frente a la pretensión de la Acusación que sostiene que nos encontramos, en realidad, ante un delito de homicidio intentado.

Que lo descrito integra todos los elementos del intento de homicidio no ofrece, por consiguiente, duda alguna, pero ello lógicamente no es óbice para la aplicación del precepto transcrito toda vez que el mismo se refiere, precisamente, a la exención de responsabilidad para quien fuere autor de un «delito intentado».

Por cuanto lo que nos corresponde ahora determinar es si la Audiencia resolvió con acierto, ya que se daban todas las circunstancias precisas para la presencia del «desistimiento» o si, por el contrario, es a la recurrente, que se opone a ello, a quien le asiste la razón en este caso.

Para perseguir con nuestro razonamiento ha de ponerse de relieve que tales requisitos de la figura del «desistimiento» son los siguientes:

a) Que nos hallemos ante la comisión de un delito en grado de tentativa, cualquiera que fuere el grado de ejecución alcanzado, siempre que el mismo, obviamente, no hubiere llegado a consumarse.

b) Que dicha ausencia de consumación se debiera a una actuación llevada a cabo por el propio autor del delito, no de la víctima o de terceros.

c) Que esa actuación consista bien en un comportamiento pasivo, como el mero «desistimiento de la ejecución ya iniciada», o activo, «impidiendo la producción del resultado».

d) Que semejante comportamiento del autor sea completamente voluntario y no influido o condicionado por causas ajenas a su voluntad libre.

Mientras que, por otro lado, el fundamento de tal previsión legal estriba, según decía la STS de 19 de diciembre de 2007 y reiteró la de 2 de febrero de 2009, en lo siguiente:

«Algunos autores entienden que el tratamiento favorable que en el mismo se establece para el desistimiento del delito intentado responde a razones de política criminal. Según esta doctrina —conocida como teoría de la política criminal o del premio— la Ley ha querido crear un motivo para que, en vista de la exención de la pena, el autor desista de su hecho, lo que constituye un claro objetivo de la política criminal. Otros autores sostienen (teoría de la culpabilidad insignificante) que el fundamento de esta norma se encuentra precisamente en la reducción de culpabilidad hasta lo insignificante. Finalmente, otra parte de la doctrina, considera que, en el mismo, confluyen varios fundamentos: las apuntadas razones de política criminal y también la menor culpabilidad que implica la consideración global del hecho, con un significado inicial negativo que se compensa con un sentido positivo de la evitación del resultado configurador de la correspondiente figura penal».

En esta ocasión, el que el homicidio afortunadamente no llegó a consumarse y que eso fue posible por la actitud del agresor que, sin impedimento alguno ajeno para proseguir su acción homicida la suspendió de manera completamente voluntaria no cabe duda a la vista de la literalidad del relato de hechos, por lo que tan sólo nos quedaría determinar si esa conducta, además de eficaz en la evitación del resultado, puede ser considerada bastante para la apreciación de la figura del «desistimiento».

Porque a este respecto no podemos olvidar que la doctrina de esta Sala, en la exégesis del art. 16.2, ha venido distinguiendo entre la necesidad de un denominado «arrepentimiento activo», o acciones positivas tendentes a neutralizar los actos ejecutivos ya realizados, impidiendo con ello la producción del resultado, y la suficiencia de los meros actos omisivos, de interrupción de la ejecución del ilícito, para permitir la aplicación del repetido art. 16.2 del Código Penal, según que nos encontremos ante lo que se ha venido a denominar «tentativa acabada» o «inacabada».

Así, mientras que en la «inacabada» bastaría con la interrupción de la ejecución, en la «acabada» se requeriría la realización de actos impositivos del resultado.

Por lo que, en definitiva, la polémica se centraría, como brillantemente razona el Fiscal en su escrito de impugnación del Recurso con mención de las diversas teorías existentes en la doctrina y la Jurisprudencia al respecto (subjetiva, objetiva o mixta), en determinar ante cuál de ambas clases de tentativa nos hallamos, porque sólo de tratarse del supuesto de la «inacabada» la conducta de Balbino, consistente en la simple interrupción de la ejecución, sería suficiente para hablar con propiedad de la existencia del «desistimiento».

No obstante, esta Sala considera que, por mucho que haya parecido favorecer la claridad de la aplicación de la norma esa diferenciación, ya casi «clásica», entre la tentativa «acabada» y la «inacabada», la misma se muestra en realidad artificiosa y en ocasiones, como precisamente ésta de su relación con el «desistimiento», puede llegar a producir más confusión e inconvenientes que claridad y ventajas.

De hecho, parece incuestionable que nuestro Legislador de 1995, perfecto conocedor de las posiciones doctrinales defensoras de dicha distinción, optó con plena y consciente voluntad sin embargo, superando con ello la tradicional dicotomía tentativa-frustración, por reducir la ejecución ausente de consumación a una sola categoría, tentativa, que englobase tanto los supuestos de realización de «... todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado...» (art. 16.1 CP), remitiendo a la simple condición de regla para la determinación de la pena (art. 62 CP), sin entidad ontológica dispar, «... el grado de ejecución alcanzado» por el autor en la comisión del delito, que deberá además valorarse a tales efectos con otro criterio cual es el del «... peligro inherente al intento...».

En línea con lo anterior no parece adecuado el tener que remontarnos a la calificación como «acabada» o «inacabada» de la tentativa homicida que aquí se enjuicia y, partiendo de ella, determinar el grado de exigencia aplicable al autor para poder afirmar la presencia del «desistimiento» del art. 16.2.

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 li-

teralidad de los hechos declarados 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 responsabilidad en relación con el homicidio intentado acompañada de la condena por las lesiones consumadas.

De seguir el criterio de la vinculación entre la «clase» de la tentativa y la exigencia para la aplicación del «desistimiento», podríamos hipotéticamente en este caso, de acuerdo con la denominada «teoría objetiva», llegar a la conclusión de que nos enfrentamos a una «tentativa acabada» y que, por ende, resulta insuficiente para la aplicación del art. 16.2 la conducta del agresor interrumpiendo sus actos delictivos, por mucho que ésta fue la causa indudable de la evitación del resultado y, lo que es más, que era la única opción posible que le quedaba al autor para ello, al no haber ocasionado lesiones mortales a la víctima que le permitieran evidenciar su «arrepentimiento activo» con un comportamiento positivo de auxilio para impedir el resultado (llevándole urgentemente a un médico que impidiera su muerte, por ej.).

Solución tan incongruente como alejada de la justicia material y de las previsiones que, como antes vimos, fundamentan la existencia del art. 16.2, que puede no obstante ser evitada, conforme la argumentación ya expuesta, que evita la discusión acerca de la «clase» de tentativa como premisa para determinar las características necesarias del «desistimiento», por innecesaria e inconsistente, acudiendo a la indudable voluntariedad del comportamiento omisivo unida a la evidente efectividad del mismo en orden a la evitación del resultado consumativo de la infracción, para afirmar con la necesaria solvencia la justificación y procedencia, en este caso, de la exención de responsabilidad penal por el delito intentado de homicidio.

Otros argumentos, como los también expuestos por la recurrente, en orden a la ausencia de voluntariedad en la conducta de Balbino, que podría haberse comportado como lo hizo atemorizado ante los gritos de la mujer y los de los

vecinos, o la creencia de éste de que su víctima ya había fallecido cuando suspendió su acción, no pueden ni ser tenidos en consideración en este momento toda vez que la narración de los hechos llevada a cabo por la Audiencia, marco fáctico inevitable e inmodificable como ya dijimos en el que obligadamente hemos de movernos y nos vincula, no hace alusión alguna a tales extremos al referir escuetamente que: «Tras ese corte Balbino dejó de atacarla y abrió la puerta de la vivienda, de la que Trinidad pudo salir siendo auxiliada por varios vecinos...».

Por tanto, el motivo debe desestimarse.

Tercero.—El motivo Segundo, por su parte, se refiere a la indebida aplicación del art. 20.4.º del Código Penal, pues considera la recurrente que resulta incorrectamente aplicada la atenuante de confesión de los hechos por parte del autor de los mismos.

Pero, como ya se adelantó, lo cierto es que también esta alegación ha de rechazarse habida cuenta de que en el relato fáctico de la recurrida se describe cómo Balbino, inmediatamente después de cometer su delito, se encuentra con una patrulla de la Guardia Civil «... a la que se acercó comunicándoles que había agredido a su pareja resultando detenido».

Comportamiento que encaja perfectamente en las previsiones del precepto cuestionado cuando considera como circunstancia de atenuación de la responsabilidad criminal «La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades».

El hecho de que con posterioridad el propio autor del ilícito intentase justificar su conducta delictiva, que por otra parte no consta en la incontestable narración contenida en la Resolución de instancia, no excluye la concurrencia de la referida atenuante porque, como ya se decía en la Sentencia de este Tribunal de 6 de octubre de 1998:

«Es conveniente aclarar, ante todo, que no se debería confundir la confesión en el sentido del art. 21.4.ª CP con las alegaciones del Abogado defensor, como al parecer ocurre en el primer motivo del recurso. Pero, aclarado esto, no es tampoco adecuado considerar que la confesión pierde todo efecto atenuante simplemente por-

que junto con la admisión del hecho se alegan circunstancias que atenúan la responsabilidad o que, incluso, la excluyen. En efecto, en las SSTs de 6 de marzo de 1992, 11 de diciembre de 1992 y 604/1994, de 21 de marzo, esta Sala ha señalado que no es necesario para apreciar la veracidad de la confesión que exista una coincidencia total entre lo manifestado y lo ocurrido. Tales sentencias serían ya un fundamento suficiente para el rechazo del recurso, dado que si el acusado admite el hecho típico, pero no reconoce haber obrado sin causas que excluyan la antijuridicidad o la culpabilidad, se dará uno de los casos en los que —probado que no concurrió la eximente— la veracidad no sería total, pero, de todos modos, suficiente para apreciar la atenuante. Sin embargo, hay también otras razones: la compensación positiva de la culpabilidad por el hecho, fundamento de esta atenuante, es independiente de que el autor, luego de confesar la realización del hecho, pretenda ejercer un derecho de defensa (art. 24.2 CE). El valor atenuante surge, por lo tanto, de la confesión y no de la renuncia a defenderse, toda vez que el ejercicio de un derecho fundamental no puede tener efectos negativos sobre el que lo ejerce por el hecho mismo de su ejercicio».

Por consiguiente, tampoco el dato de que la iniciación del procedimiento era inevitable, puesto que la víctima había salido de la casa donde sufrió la agresión, poniéndose inmediatamente en contacto con los vecinos, y la circunstancia,

también evidente, de que resultaba inevitable que se conociera quién era el autor de aquélla, impiden la aplicación de la atenuante, toda vez que, como acabamos de ver, el fundamento de la misma estriba en las facilidades ofrecidas por el propio autor para el esclarecimiento, desde el primer momento, de lo acontecido, contribuyendo así a la acción de la Justicia.

Afirmando en este sentido la STS de 28 de octubre de 2004:

«La *ratio* atenuatoria hay que buscarla en motivaciones pragmáticas o utilitarias, procurando a quien favorece la investigación del delito, descubriéndolo y reconociendo su participación en él, un trato penológico favorable, por cuanto su aportación a la Administración de Justicia se traduce después de en más segura, fluida y equitativa aplicación de la Ley penal».

Añadiendo también a este respecto la STS de 9 de febrero de 2004:

«... no puede dejar de tenerse en cuenta a estos efectos, que la aceptación de unos hechos que, de otra forma, precisarían de una investigación, es una conducta que facilita la labor de la justicia y que, de otro lado, revela una menor necesidad de pena al suponer una aceptación del mal realizado y una colaboración en el retorno a la situación de vigencia efectiva del ordenamiento jurídico».

Razones por las que ha de desestimarse también este motivo y, con él, el Recurso en su integridad.

Sentencia 791/2010, Sala Segunda del TS, de 28 de septiembre

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

Resumen: **Expulsión de territorio nacional**

Artículos: **89 Código Penal**

Se recoge la doctrina jurisprudencial relativa a la expulsión del territorio nacional del extranjero residente ilegalmente en España como sustitutiva de la pena de prisión impuesta.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Cuarto.—El motivo tercero por infracción de Ley, en concreto el art. 89 CP, por cuanto la me-

didada de expulsión ha acordado de forma automática, inmotivada, *inaudita parte* y sin efectuar el imprescindible juicio de proporcionalidad y ponderación, dado su importante arraigo en España.

El primer párrafo de la norma, que se refiere a la sustitución íntegra de las penas privativas de libertad inferiores a seis años de prisión, por la expulsión del territorio nacional cuando sean impuestas a extranjeros no residentes legalmente en España, salvo que, excepcionalmente y de norma motivada, el Juez o Tribunal aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en España ha sido —como decíamos en STS 949/2009, de 28 de septiembre— objeto de una copiosa doctrina jurisprudencial con el fin de suavizar su literalidad y adecuar su interpretación a los tratados internacionales convenidos por España y a la jurisprudencia que los interpreta. Y así, en las SSTS 901/2004, de 8 de julio, y 906/2005, de 17 de mayo, se argumenta sobre la necesidad de realizar una lectura en clave constitucional del art. 89 del C. Penal, en la que, aplicando los criterios acogidos en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en los tratados suscritos por España sobre la materia, se amplíe la excepción a la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, su arraigo en nuestro país, la situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen. De modo que ha de evitarse todo automatismo en la adopción de la medida de la expulsión del extranjero y debe, por el contrario, procederse a realizar un examen individualizado en cada caso concreto, ponderando con meticulosidad y medida los derechos fundamentales en conflicto. Por último, considera este Tribunal en esas dos resoluciones que no debe otorgársele primacía a criterios meramente defencistas, utilitaristas y de políticas criminales de mera seguridad frente a derechos fundamentales prioritarios del propio penado, que será oído en todo caso antes de adoptar la resolución relativa a la expulsión.

Esta doctrina, con algunas precisiones y matices procesales relativos a la aplicación del principio acusatorio, del contradictorio y del derecho de defensa, ha sido después reafirmada en su aspecto nuclear por esta Sala en las sentencias que ha proseguido dictando en años posteriores (SSTS 1231/2006, de 23 de noviembre; 35/2007, de 25 de enero; 108/2007, de 13 de febrero; 140/2007, de 26 de febrero; 166/2007, de 14 de febrero; 682/2007, de 18 de mayo;

125/2008, de 20 de febrero; 165/2009, de 19 de febrero; y 498/2009, de 30 de abril, 439/2010, de 12 de mayo, entre otras) que sintetizan los requisitos necesarios que han de concurrir para justificar la expulsión en:

- Extranjeros con residencia ilegal, porque para la expulsión el tipo exige dicho presupuesto (STS 636/2005, de 17 de mayo).
- Condenados con una pena no grave inferior a 6 años prisión.
- Que la expulsión haya sido solicitada por el Ministerio Fiscal o, eventualmente, por otra acusación personada.
- Que haya sido escuchado el interesado previamente sobre la cuestión.
- Que no implica una ruptura de la convivencia familiar, por existir ésta y ser de cierta entidad por el número de miembros familiares, estabilidad alcanzada y dependencia económica del posible expulsado.

En definitiva, la jurisprudencia viene exigiendo una valoración individualizada, no sólo en atención a los derechos afectados, sino también desde la perspectiva de la justicia material y del respeto al principio de igualdad, en cuanto que la infracción delictiva cometida puede aparejar una sanción de muy diferentes consecuencias para el autor extranjero que reside ilegalmente que para el que lo hace de forma legal, o es de nacionalidad española (STS 166/2007). De otro lado, el automatismo en la aplicación del precepto acordando la expulsión es contrario a la posibilidad de que tal sustitución no proceda en atención a las circunstancias del delito, lo que implica la necesidad de proceder a una valoración de todas ellas.

En esta dirección ya se pronunció el Tribunal Constitucional con anterioridad a las últimas reformas, en Sentencia 242/1994, de 20 de julio, con motivo de aplicar la medida de expulsión en una sentencia penal, argumentando que «precisamente porque la medida de que se trata afecta a la efectividad de un derecho constitucionalmente tutelado en los términos antes expuestos, no puede abandonarse su aplicación a una decisión discrecional de los órganos jurisdiccionales. Es

preciso, además de comprobar el cumplimiento de los presupuestos que autorizan su aplicación —la condena en sentencia firme por delito castigado con pena igual o inferior a la de prisión menor— que los órganos judiciales valoren las circunstancias del caso, y la incidencia de valores o bienes con relevancia constitucional (como el arraigo del extranjero en España, o la unificación familiar, art. 39.1 CE), que deban ser necesariamente tenidos en cuenta para una correcta adecuación entre el derecho del extranjero a residir en nuestro país conforme a la ley, y el interés del Estado en aplicar la medida de expulsión».

Y en aquel sentido debemos recordar que el Informe del Consejo General del Poder Judicial al entonces Proyecto de la LO 15/2003, de 1 de octubre, ya ponía el acento en la omisión que en el texto se apreciaba —y así está en la actualidad— respecto de las concretas circunstancias personales del penado para ante ellas, acordar o no la expulsión. Argumentaba el Consejo con toda razón, que además de la naturaleza del delito como argumento que justificara la excepción,

debería haberse hecho expresa referencia a otra serie de circunstancias directamente relacionadas con la persona del penado «... olvidando las posibles e importantes circunstancias personales que pudieran concurrir (...) y que el TEDH valora la circunstancia de arraigo que es extensible a la protección de la familia, o que la vida del extranjero pueda correr peligro o ser objeto de torturas o tratos degradantes contrarios al art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión...».

Consecuentemente con esta doctrina lo que pretende corregirse por esta Sala son aquellos supuestos en los que la medida sustitutoria de las penas impuestas se aplique, aun cuando literalmente pareciera entenderse que hubiera de ser así con la lectura del precepto aplicado y hoy aún vigente, de forma automática y sin cumplir los cánones esenciales constitucionalmente consagrados de cumplimiento con los derechos de audiencia, contradicción, proporcionalidad y suficiente motivación.

Sentencia 854/2010, Sala Segunda del TS, de 29 de septiembre

Ponente: **Joaquín Giménez García**

Resumen: **Tribunal del Jurado: competencia**

Artículos: **24.2 CE y 1.2 y 5 LOTJ**

Se hace aplicación del Acuerdo Plenario de 20 de julio de 2010 con relación a los de 20 de enero y 23 de febrero inmediatos para confirmar, en el caso de autos (conocido como caso «Fago»), la competencia de la Audiencia frente a la del Tribunal del Jurado. Destaca, asimismo, un voto particular.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Segundo.—El *motivo primero*, por el cauce de la vulneración de derechos constitucionales denuncia como quebrantado el derecho a la tutela judicial efectiva en el aspecto del derecho al Juez predeterminado por la Ley, por estimar que el Tribunal que condenó al recurrente fue el de la Audiencia Provincial de Huesca, cuando debió ser juzgado por el Tribunal del Jurado.

(...)

esta *Sala de Casación Penal*, en su condición de tal, *es el último intérprete de la legalidad ordinaria penal*, debiendo proporcionar el sistema jurídico la necesaria seguridad jurídica, indispensable en todo ordenamiento jurídico así como la efectividad de una *interpretación uniforme de la Ley* con lo que se garantiza el principio de igualdad.

Ambos tienen alcance constitucional al estar recogidos en los arts. 9.3.º y 14 de la Constitución.

Para la consecución de tal fin, se articulan dos medios: los Plenos Jurisdiccionales y los Plenos no Jurisdiccionales. En los primeros, es la totalidad de los miembros de la Sala la que compone el Tribunal sentenciador. En el caso de los Plenos no Jurisdiccionales, los miembros del Tribunal designados por el turno preestablecido, para resolver el caso concernido, ante las concretas circunstancias del mismo, abocan el tema al Pleno de la Sala para conocer la opinión de todos los Magistrados y posteriormente, resolver lo que proceda con conocimiento de aquella opinión, no jurídicamente vinculante, pero sí revelante, porque el enjuiciamiento queda residenciado exclusivamente los miembros del Tribunal inicial.

Esto es lo que ocurrió en el presente caso, en el que, se contaba como precedente jurisprudencial con la Sentencia 728/2009, de 26 de junio de 2009, que supuso un giro jurisprudencial en esta materia de determinación de la competencia del Tribunal del Jurado en caso de conexión delictiva.

IV. Consecuencia de dicha sentencia fue el Pleno no Jurisdiccional del día 20 de enero de 2010 completado el día 23 de febrero del mismo año,

(...)

Obviamente, *tal Acuerdo no fue conocido por el Tribunal de la Audiencia de Huesca*, ya que ésta dictó sentencia el 4 de diciembre de 2009, y por tanto con anterioridad.

V. En este estado la situación que se planteaba a esta Sala, ante la formalización del primer motivo de casación, era la de determinar si dicho acuerdo de 20 de enero, completado el 23 de febrero, *tenía o no aplicación retroactiva*, pues de una u otra solución iba a depender la suerte del motivo. Por ello se adoptó la decisión de llevar el tema a un Pleno no Jurisdiccional a fin de conocer la decisión de los Magistrados. El sentido del Acuerdo, adoptado por la mayoría muy significativa de los asistentes al Pleno no Jurisdiccional —15 a favor y 2 en contra—, *el día 20 de julio fue el siguiente:*

«Los acuerdos adoptados en los plenos no jurisdiccionales de la Sala que tengan como

objeto cuestiones de índole procesal no se aplicarán a los actos procesales ya tramitados en la fecha del acuerdo. Se exceptúan aquellos actos que hubieran incurrido en la vulneración de un derecho fundamental que fuera determinante por su nulidad».

El valor de éste, y en general, de todos los acuerdos adoptados en los Plenos no Jurisdiccionales de la Sala, fue concretado, a su vez, en el Pleno no Jurisdiccional de 18 de julio de 2006, según el cual:

«Los acuerdos de Sala General (Pleno no Jurisdiccional) son vinculantes».

Realmente no podía ser de otra manera porque caso contrario resultaría ineficaz e inútil tales acuerdos. Pues bien, en acatamiento a lo anterior, *hay que resolver la denuncia casacional en el sentido adverso a lo interesado por el recurrente.*

Según el Pleno no Jurisdiccional de 20 de enero de 2010, los Acuerdos de la Sala *no* tienen vigencia retroactiva, sino que sólo se proyecta hacia los actos procesales *posteriores* a la fecha del acuerdo.

En el presente caso, la resolución que acordó la tramitación de la causa por los cauces del procedimiento Sumario, y la propia sentencia recurrida lo fue con anterioridad al Pleno no Jurisdiccional de 20 de enero de 2010. Baste recordar que la sentencia es de 4 de diciembre de 2009, y de conformidad con lo decidido en el Pleno indicado de 20 de julio, debe estimarse correcta la decisión del Tribunal sentenciador.

Como conclusión de todo lo razonado, procede la *desestimación* del motivo vista la doctrina jurisprudencial de esta Sala.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA, RESPECTO DE LA SENTENCIA NÚM. 854/2010 DE FECHA 29 DE SEPTIEMBRE DE 2010, RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 10118/2010P, INTERPUESTO POR URBANO, CONTRA LA SENTENCIA DICTADA POR LA SECCIÓN I DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUESCA, DE FECHA 4 DE DICIEMBRE DE 2009

Con el máximo respeto a la opinión de la mayoría del Tribunal en relación al motivo pri-

mero del recurso referente a la competencia del Tribunal de la Audiencia Provincial de Huesca para juzgar del caso, considero que el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de Sala de 20 de julio —apartado V de la sentencia— motivado, precisamente para conocer la opinión de toda Sala en orden a determinar la naturaleza retroactiva o no de los Acuerdos de la Sala, al determinar *exceptuar de la no retroactividad* que en dicho Acuerdo se proclama «... aquellos actos que hubieran incurrido en la vulneración de un derecho fundamental que fueran determinantes por su nulidad...», permite, a mi juicio, estimar, que el caso concernido afecta al derecho al juez predeterminado por la Ley, pues el delito de asesinato comprende en cuanto a su enjuiciamiento, al Tribunal del Jurado. Desde esta perspectiva cabe considerado, *desde el respeto al Acuerdo citado*, que la atribución del conocimiento a

la Audiencia Provincial de Huesca supuso una vulneración del derecho a ser juzgado por el Juez ordinario predeterminado por la Ley —el Tribunal del Jurado—, lo que incluso tiene una proyección en la materia del derecho al acceso a los recursos, ya que, sin perjuicio de reconocer que el actual recurso de casación es un recurso efectivo en los términos del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y del art. 13 del Convenio Europeo, tampoco se puede olvidar que la atribución del conocimiento de la causa al Tribunal del Jurado, tiene por consecuencia el derecho a la segunda instancia, además del Recurso de Casación.

Por ello es mi opinión que se puede seguir sosteniendo que el conocimiento de esta causa debió corresponder al Tribunal del Jurado, desde el respeto al Acuerdo no Jurisdiccional de 20 de julio del presente año.

Sentencia 862/2010, Sala Segunda del TS, de 4 de octubre

Ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro

Resumen: *Ne bis in idem* internacional

Artículos: 24.1.º y 25.1.º CE y 5.4.º LOTJ

Doctrina general sobre las exigencias que han de concurrir para apreciar la vulneración del principio «ne bis in idem» en supuestos transfronterizos o internacionales.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Sexto.—En el *motivo primero* invoca este recurrente la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al amparo de los arts. 24.1 CE, 5.4 de la LOPJ y 568 (*sic*) y 849.1.º de la LECr. La razón que expone es que concurren en el presente caso dos procedimientos abiertos por los mismos hechos, en países diferentes (Italia y España), habiendo recaído ya en aquél una sentencia con fecha 12 de diciembre de 2008 dictada por el Tribunal Ordinario de Roma, en la que fue condenado el ahora recurrente, Cesar, a una pena de doce años de reclusión. Por lo cual, dice la defensa, se ha vulnerado el principio *non bis in idem* en su vertiente material

y procesal, al haber determinado que el acusado fuera condenado dos veces por los mismos hechos, vulnerándose así lo dispuesto en el art. 25.1 de la CE.

Para dirimir la cuestión suscitada es importante señalar previamente las circunstancias que se dan en el caso concreto al efecto de situarnos en el contexto procesal del problema. Y así, en primer lugar conviene destacar que otros dos de los acusados (Iván y Efrain), que también han sido enjuiciados en el proceso del Tribunal Ordinario de Roma que cita el ahora recurrente y que han sido asimismo condenados en la misma sentencia de 12 de diciembre de 2008 (folios 415 y ss. del rollo de la Audiencia), no han planteado ante esta Sala de casación la excepción

de cosa juzgada ni tampoco la vulneración del principio del *non bis in idem*.

En segundo lugar, consta en las actuaciones que tanto el ahora recurrente como Iván y Efrain llevan más de cuatro años en prisión preventiva por esta causa (en concreto desde el 17 de agosto de 2006) y han sido ahora juzgados por hechos que han sido cometidos básicamente en España.

En tercer lugar, hay que resaltar el dato procesal de suma relevancia de que la sentencia dictada en Roma no es firme, por lo que es claro que no cabe hablar de cosa juzgada material. Ya hace casi dos años que ha sido dictada por el Tribunal Ordinario de Roma sin que conste en este procedimiento que haya sido resuelto el recurso de apelación que se interpuso contra ella. Todo viene pues a indicar que el tribunal italiano está pendiente de la resolución definitiva que se adopte en la causa española.

En la sentencia de esta Sala 572/2007, de 18 de junio, y en las que en ella se citan, se exigen los siguientes requisitos para que opere la cosa juzgada:

1. Identidad sustancial de los hechos motivadores de la sentencia firme y del segundo proceso.
2. Identidad de sujetos pasivos, de personas sentenciadas y acusadas.
3. Resolución firme y definitiva en que haya recaído un pronunciamiento condenatorio o excluyente de la condena. Se consideran resoluciones que producen cosa juzgada las sentencias y los autos de sobreseimiento libre firmes (900/2006, de 22 de septiembre de 2006).

Pues bien, en el supuesto que se juzga es claro que, tal como se ha anticipado, y así se ha constatado en la vista oral del juicio, la sentencia del Tribunal Ordinario de Roma no es firme, circunstancia que impide por tanto que se acoja la excepción de cosa juzgada, excluyéndose así también la vulneración del principio de legalidad desde la perspectiva del *non bis in idem*.

Y si nos adentramos en la cuestión relativa al *bis in idem* en su vertiente procesal, hay que recordar lo afirmado en la sentencia de esta Sala 183/2010, de 3 de marzo, en la que, respondiendo a la alegación de la incompatibilidad

de la doble persecución penal por unos mismos hechos, se argumentó que «el art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial proclama la extensión universal de la jurisdicción de los tribunales españoles mientras no surja el obstáculo a que se refiere la letra c) de su apartado 2: que el imputado haya sido absuelto, indultado o penado y, en este último caso, si aún no ha cumplido la pena, se mantiene la extensión jurisdiccional, por más que se imponga un cómputo de la ya cumplida para extinguir la que pueda imponerse en España».

A ello ha de añadirse —según advierte la misma sentencia— que «España ratificó el 13 de marzo de 1997 el Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los gobiernos de los Estados el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, la República Francesa, el Gran Ducado de Luxemburgo y el Reino de los Países Bajos, tal como quedó enmendado por el protocolo de adhesión del gobierno de la República italiana, firmado en París el 27 de noviembre de 1990, cuya aplicación provisional fue publicada en el Boletín Oficial del Estado número 181, de 30 de julio de 1991».

«En dicho Acuerdo ya se establecían normas en aplicación del principio *non bis in idem* que se reflejaron en sus arts. 54 y ss. La preclusión para la persecución se condicionaba a que la persona haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante y por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena. Lo que suponía aplicación del denominado principio de «agotamiento del procedimiento».

Por lo tanto, si los arts. 54 a 58 del referido Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen exigen de forma reiterada para operar con el principio del *non bis in idem* que en alguno de los procedimientos en trámite haya recaído una sentencia firme, parece claro que en este caso, contrariamente a lo que se alega por la parte recurrente, ese principio no debe aplicarse. Con mayor razón todavía si se repara en que los hechos concretos que se le atribuyen al recurrente César se han perpetrado en España y las prue-

bas han sido obtenidas por la policía española. Sin desdeñar tampoco el dato de que los imputados se hallan presos preventivos en España desde hace más de cuatro años y que sólo ese recurrente interesa ante esta Sala la inhibición a la jurisdicción italiana, jurisdicción que, según se desprende de las actuaciones, ha suspendido

la tramitación del recurso de apelación ante el Tribunal de Roma a la expectativa de lo que se decida por la jurisdicción española con respecto a unos imputados que en aquel país han sido juzgados además en rebeldía.

A tenor de lo expuesto, el motivo se desestima.

Sentencia 855/2010, Sala Segunda del TS, de 7 de octubre

Ponente: **Joaquín Giménez García**

Resumen: **Lesiones preterintencionales**

Artículos: **147, 149, 152 y 617 Código Penal**

Se admite la existencia de lesiones «preterintencionales», aplicando la solución prevista para el concurso ideal de delitos, entre una falta de malos tratos dolosa y la pérdida, imprudentemente producida, de la visión de un ojo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Tercero.—(...)

El Tribunal sentenciador partiendo del relato que acepta: discusión y forcejeo mutuamente aceptado por ambos contendientes, verifica que el resultado producido a la víctima: graves lesiones que le han supuesto la práctica pérdida de visión de un ojo, efectúa una subsunción jurídica de tales hechos en una estructura correcta, a salvo lo que luego se dirá.

Se refiere la sentencia a la preterintencionalidad como construcción jurídica ya superada por desconocimiento del principio de culpabilidad y que en su día fue tributaria del principio canónico condensado en el brocardo *versari in re illicita* que hacía responsable vía dolo del resultado causado a aquél que partía de un acto ilícito inicial aunque el resultado no fuera ni querido ni siquiera imaginado, atenuando las consecuencias punitivas que se derivaban de este planteamiento con la atenuante de preterintencionalidad del art. 9.4.º del Cpenal 1973.

Hoy día se ha superado esta construcción jurídica por cuanto no es respetuosa con el principio de culpabilidad indispensable en un siste-

ma penal propio de un Estado de Derecho. En esta situación, se considera que se está ante un ilícito inicial voluntariamente querido y del que se debe ser responsable vía dolo —el delito de lesiones del art. 147.1.º Cpenal, según la sentencia—, en concurso ideal con un resultado más grave y no querido, y por lo tanto sólo atribuible a título de imprudencia —el delito de lesiones imprudentes del art. 152.1.2.º—.

La construcción es correcta en la medida que, en efecto, *la culpabilidad del agente debe ser la medida de la pena*, por lo que no querido ni abarcado por el dolo del autor, no puede serle atribuido a título de dolo.

¿Qué fue lo querido y aceptado por recurrente y recurrido en este caso? Según el *factum* existió un entrecruce de insultos recíprocos que desembocaron en un forcejeo entre ambos.

La traducción jurídico-penal de esto, que según la sentencia sometida al presente control casacional es de un delito de lesiones del art. 147.1.º Cpenal, *no se compadece con el factum pues no existen datos en el relato que puedan dar lugar a la realidad de tales lesiones dolosas*.

Por el contrario, esa situación contemplada en los hechos probados como la única querida

debe ser calificada como constitutiva de *una falta* del art. 617.2.º como con acierto indica el Ministerio Fiscal en su informe ya que dicha falta se refiere al «... que golpease o maltratase de obra a otro sin causarle lesiones...», y en efecto, la lesión producida a Belarmino con el palo de la bandera, no obstante su gravedad

—pérdida de un ojo— debe ser imputable a título de imprudencia grave, pero el arranque ilícito consentido, no supera la indicada falta dolosa.

Procede la estimación parcial del motivo en el sentido expuesto y con el alcance punitivo que se dirá en la segunda sentencia.

Sentencia 890/2010, Sala Segunda del TS, de 8 de octubre

Ponente: **Alberto Gumersindo Jorge Barreiro**

Resumen: **Conducción suicida. Homicidio con dolo eventual. Imputabilidad**

Artículos: **20.1, 21.1, 101, 138, 381.1.º y 382 Código Penal**

Se extractan pasajes de la sentencia relativa a la separación entre el «homicidio con dolo eventual» y la denominada «conducción suicida», así como en lo concerniente a la inimputabilidad y consiguiente aplicación de medidas de seguridad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—1. En los *motivos quinto y sexto* del recurso, que, dada su estrecha vinculación, han de ser examinados conjuntamente, denuncia la parte recurrente, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1.º de la LECr, la vulneración de los arts. 138, 142, 147 y 152.1.1.º del C. Penal. La tesis de la defensa se centra en cuestionar la existencia de dolo eventual en la conducta homicida y lesiva penada por la Audiencia. Se alega al respecto que la enfermedad psíquica que padece el acusado — un trastorno esquizoafectivo tipo bipolar de varios años de evolución, en fase maniaca con efectos delirantes de control e influencia— descarta la posibilidad de que actuara con el conocimiento y voluntad propios del dolo eventual. La idea delirante de conducir en dirección contraria debido a que se hallaba convencido el acusado de que estaba siendo filmado como protagonista de una película con objeto de que los esquizofrénicos se tomaran la medicación, imposibilita —dice la defensa— que actuara con dolo eventual. Considera por tanto que debieron aplicarse los tipos imprudentes del homicidio y de las lesiones, al hallarnos ante un supuesto de culpa consciente y no de dolo eventual.

2. Sobre el tema del *dolo* se argumenta en las sentencias de esta Sala 172/2008, de 30 de abril, y 716/2009, de 2 de julio, que «el dolo, según la definición más clásica, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado».

«Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico... En el conocimiento del riesgo se encuentra implícito el conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado» (STS de 1 de diciembre de 2004, entre otras muchas).

«... se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca».

Por consiguiente, tal como se aprecia en los precedentes jurisprudenciales reseñados, esta Sala, especialmente a partir de la sentencia de 23 de abril de 1992 (relativa al caso conocido como del «aceite de colza» o «del síndrome tóxico») ha venido aplicando en numerosas resoluciones un criterio más bien normativo del dolo eventual, en el que prima el elemento intelectual o cognoscitivo sobre el volitivo, al estimar que el autor obra con dolo cuando haya tenido conocimiento del peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes tutelados por la norma penal.

Sin embargo, se afirma en la sentencia 69/2010, de 30 de enero, «ello no quiere decir que se excluya de forma concluyente en el dolo el elemento volitivo ni la teoría del consentimiento. Más bien puede entenderse que la primacía que se otorga en los precedentes jurisprudenciales al elemento intelectual obedece a un enfoque procesal del problema. De modo que, habiéndose acreditado que un sujeto ha ejecutado una acción que genera un peligro concreto elevado para el bien jurídico con conocimiento de que es probable que se produzca un resultado lesivo, se acude a máximas elementales de la experiencia para colegir que está asumiendo, aceptando o conformándose con ese resultado, o que cuando menos le resulta indiferente el resultado que probablemente va a generar con su conducta».

«Así pues, más que excluir o descartar el elemento volitivo —sigue diciendo la sentencia 69/2010—, la jurisprudencia lo orilla o lo posterga en la fundamentación probatoria por obtenerse de una mera inferencia extraíble del dato de haber ejecutado el hecho con conocimiento del peligro concreto generado por la acción. Y es que resulta muy difícil que en la práctica procesal, una vez que se acredita el notable riesgo concreto que genera la acción y su conocimiento por el autor, no se acoja como probado

el elemento de la voluntad o del consentimiento aunque sea con una entidad liviana o claramente debilitada. A este elemento volitivo se le asignan los nombres de asentimiento, asunción, conformidad y aceptación, en lo que la doctrina ha considerado como una auténtica disección alquimista de la voluntad, y que en realidad expresa lingüísticamente el grado de debilidad o precariedad con que emerge en estos casos el elemento voluntativo».

«Por lo demás, también parece claro que el conocimiento siempre precede a la voluntad de realizar la conducta que se ha previsto o proyectado. Si a ello se le suma que probatoriamente la acreditación del elemento intelectual, una vez que el riesgo es notablemente elevado para que se produzca el resultado, deriva en la acreditación inferencial de la voluntad, es comprensible la postergación de ésta en la práctica del proceso. Y es que tras constatarse que el autor actuó con el conocimiento del peligro concreto que entrañaba su acción, no parece fácil admitir probatoriamente que el acusado no asume el resultado lesivo. Las máximas de la experiencia revelan que quien realiza conscientemente un acto que comporta un grave riesgo está asumiendo el probable resultado. Sólo en circunstancias extraordinarias podrían aportarse datos individualizados que permitieran escindir probatoriamente ambos elementos. Las alegaciones que en la práctica se hacen en el sentido de que se confiaba en que no se llegara a producir un resultado lesivo precisan de la acreditación de circunstancias excepcionales que justifiquen esa confianza, pues ésta no puede convertirse en una causa de exculpación dependiente del subjetivismo esgrimido por el imputado. En principio, el sujeto que *ex ante* conoce que su conducta puede generar un grave riesgo para el bien jurídico está obligado a no ejecutarla y a no someter por tanto los bienes jurídicos ajenos a niveles de riesgo que, en el caso concreto, se muestran como no controlables» (STS 69/2010, de 30 de enero).

3. La aplicación de la doctrina precedente al caso concreto que ahora se juzga nos lleva a inferir, confirmando el criterio de la Audiencia, que el acusado actuó con *dolo eventual* en su comportamiento homicida.

(...)

A tenor de lo que se acaba de exponer, resulta evidente que el acusado generó un peligro concreto muy elevado para la vida y la integridad física de las personas que circulaban con sus vehículos por la autovía, peligro de tal magnitud que entrañaba una probabilidad muy alta de materializarse en un resultado de muerte o de lesiones muy graves para la integridad física de otros conductores y viajeros que se desplazaban correctamente con sus vehículos.

Aclarado el elemento objetivo del riesgo propio de los tipos penales aplicados por la Sala de instancia, tampoco se suscitan dudas sobre el elemento intelectual del dolo, pues sobre este particular la sentencia de instancia argumenta que el acusado manifestó en su primera declaración judicial que «iba cagado de miedo», frase de la que se vale la Audiencia para, aplicando las máximas de la experiencia, colegir que el acusado era consciente del peligro que estaba creando. Este juicio de inferencia no lo cuestiona la parte recurrente, y además, según se razona en la propia sentencia, aparece avalado por el dato objetivo de que el acusado, en el propio lugar de los hechos, se arrodilló delante de las víctimas, según se constató mediante la prueba testifical, y manifestó: «Dios mío, qué es lo que he hecho».

Así las cosas, y una vez acreditado el elemento intelectual del dolo, se infiere mediante un razonamiento indiciario que el acusado estaba asumiendo la probable materialización del peligro concreto que generaba para terceras personas y para él mismo, pues si «estaba cagado de miedo» es que percibía la probabilidad de colisionar y de generar los resultados que, desgraciadamente, terminó ocasionando.

Es cierto que, tal como alega la parte recurrente, su conducta tenía como fin ser el protagonista de una película que habría de servir como estimulante para que los esquizofrénicos tomaran su medicación, que era el delirio que padecía en ese momento el acusado. Ahora bien, ese fin u objetivo, que pudiera tener relevancia para operar como móvil de su acción y para activar su voluntad, no excluye el conocimiento de los importantes riesgos que engendraba su conducción por la autovía para conseguir los objetivos de su idea delirante. Ello significa que sí se daban los elementos propios del dolo,

cuando menos del conocido como dolo natural o neutro.

En la sentencia cuestionada se afirma que el acusado actuó con «desprecio para la vida de los demás», acudiendo así a la expresión que se utiliza en el art. 381.1 para describir el dolo propio de los delitos de conducción con temeridad manifiesta en su modalidad más grave, conocidos como delitos de «conducción suicida». Estos delitos son concebidos en la doctrina como tentativas de homicidio con dolo eventual, al estimarse que el «manifiesto desprecio» supone una objetivación del dolo basada en el alto nivel de riesgo que genera la conducta, de tal modo que no se puede alegar que se esperaba o se confiaba de forma racional en que no se produjera el resultado.

Lo que sucede en el presente caso es que el riesgo típico de la conducción temeraria acabó materializándose en el resultado, de ahí que no quepa acudir a una mera tentativa con dolo eventual, tipificada como delito de peligro concreto en el art. 381.1 del C. Penal, en lo que puede entenderse como una modalidad de tentativa de homicidio atenuada o privilegiada (conducción suicida). Debe acudirse por tanto, una vez producidas las muertes, al tipo doloso de resultado previsto en el art. 138 del C. Penal.

La defensa aduce también como argumento exculpatorio que el acusado actuó realmente con dolo de peligro y no de lesión, pues —según afirma— asumió el resultado de peligro pero no de lesión, razonamiento mediante el que postula la aplicación del tipo imprudente por faltar el dolo con respecto al resultado homicida.

Pues bien, en la práctica resulta de una especial complejidad deslindar entre el dolo eventual de lesión, el dolo de peligro concreto y la culpa consciente. La delimitación entre esas tres modalidades subjetivas resulta de una enorme dificultad al tener que operar los aplicadores del derecho con la estratificación de fenómenos psíquicos que presentan una difícilísima comprobación empírica en el ámbito procesal. De ahí que se acuda a criterios normativos para solventar con pautas objetivables tan espinosa cuestión.

Si nos situamos en el plano propio de los fenómenos empíricos, todo indica que resulta francamente difícil que el autor perciba un pe-

ligro concreto de acentuada intensidad y no perciba al mismo tiempo un resultado eventual de lesión, pues si el autor se percatara de un elevado peligro concreto para un bien jurídico no parece fácil que no esté percibiendo al mismo tiempo la lesión eventual de la víctima. Y en el caso de que perciba la posibilidad de lesión pero confíe en que no se produzca, habrá que verificar si tiene realmente controlado el riesgo o si la propia víctima lo tiene controlado, en cuyas hipótesis podría hablarse de una confianza racional y excluirse por tanto el dolo eventual de lesión.

Si, como sucede en el presente caso, el peligro generado para los bienes jurídicos es muy elevado y no constan datos indiciarios de que el acusado tuviera controlado el riesgo y tampoco constan indicios de que las víctimas lo tuvieran neutralizado, es claro que no concurren los supuestos fácticos de una situación objetiva que propiciara la confianza en la evitación del resultado. Y si se diera una creencia de esa índole, sería realmente totalmente irracional.

Por lo cual, en el supuesto enjuiciado no sólo cabe hablar de dolo de peligro concreto como señala la defensa, sino también de dolo eventual de lesión. Y es que al conocer el acusado la gravedad del peligro concreto, escenificado en los coches que casi lo rozaban al pasar y en las maniobras que tenían que hacer para esquivarlo, tenía la obligación de tomarse en serio ese peligro y abstenerse de conducir en dirección contraria por una carretera de circulación densa y rápida. Máxime cuando no concurrían elementos objetivos que neutralizaran el riesgo ya que en ningún momento se hizo referencia a ellos.

Al conocer el grado muy elevado de peligro concreto que estaba generando, tuvo que captar —*ex ante*— necesariamente el eventual resultado («iba cagado de miedo», según sus propias palabras). Y si lo percibió y no desistió de su comportamiento arriesgado, sólo cabe concluir que, en contra de lo que alega la parte recurrente, sí estaba asumiendo o aceptando ese resultado muy probable en que acabó materializándose el riesgo.

(...)

3. Centradas en tales términos las divergencias de la defensa con la sentencia de instan-

cia, se hace preciso exponer cuáles son los *criterios jurisprudenciales* sobre la materia a tratar.

La jurisprudencia de este Tribunal (SSTS 1170/2006, de 24 de noviembre; 455/2007, de 19 de mayo; 258/2007, de 19 de julio; 939/2008, de 26 de diciembre; 90/2009, de 3 de febrero; 983/2009, de 21 de septiembre; y 914/2009, de 24 de septiembre, entre otras) tiene reiteradamente declarado, en relación a la apreciación de atenuaciones de la responsabilidad por afectaciones mentales con reflejo en la capacidad de culpabilidad, que ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que el sistema del Código Penal vigente exige no sólo la existencia de un diagnóstico que aprecie una anomalía o alteración psíquica como elemento biológico o biopatológico, sino que a él debe añadirse la comprobación de que tal déficit impide al sujeto, o le dificulta en mayor o menor medida, la comprensión de la ilicitud de la conducta o bien la actuación conforme a esa comprensión (elemento psicológico-normativo). La jurisprudencia anterior al vigente Código ya había declarado que no era suficiente con un diagnóstico clínico, pues era precisa una relación entre la enfermedad y la conducta delictiva, «ya que la enfermedad es condición necesaria pero no suficiente para establecer una relación causal entre la enfermedad mental y el acto delictivo» (STS núm. 51/2003, de 20 de enero; y STS 251/2004, de 26 de febrero).

Centrados así en la cuestión estricta de la capacidad de culpabilidad, es importante subrayar con carácter previo que si bien no suele suscitar graves problemas constatar, con base en las pericias psiquiátricas, el elemento biopatológico de la eximente del art. 20.1.º del C. Penal, resulta en cambio bastante más complejo —probablemente por lo abstruso de la materia— realizar un análisis específico del marco o espacio relativo al efecto psicológico-normativo que se plasma en la fórmula legal. Es decir, establecer pautas o directrices sobre los efectos o consecuencias de la enfermedad o patología psíquica en la comprensión de la ilicitud del hecho por parte del acusado y en la capacidad de actuar conforme la comprensión de la ilicitud.

En la práctica se analiza y examina el material probatorio atinente al elemento biopatológico, se establece el grado y la intensidad del

padecimiento psíquico, y después se extrae de forma directa de tal base biopatológica la conclusión sobre si el autor de la conducta delictiva actuó comprendiendo la ilicitud del hecho y con posibilidad de actuar conforme a esa comprensión, o, en su caso, con una comprensión o una capacidad de actuación limitadas o excluidas (SSTS 914/2009, de 24 de septiembre; 983/2009, de 21 de septiembre; 90/2009, de 3 de febrero; 649/2005, de 23 de mayo; 314/2005, de 9 de marzo; 1144/2004, de 11 de octubre; 1041/2004, de 17 de septiembre; y 1599/2003, de 24 de noviembre, entre otras muchas). Esta conclusión —expresada con una nueva dicción legal que viene a sustituir a lo que antes, con menor rigor técnico, se cifraba en la merma o anulación de las facultades intelectivas o volitivas— suele estar en relación simétrica directa con el grado de limitación psíquica del sujeto. De modo que ante una enfermedad mental grave que cercena de forma severa o relevante las facultades intelectivas o volitivas, sin anularlas, lo razonable parece ser que el sujeto actúe también con un conocimiento más limitado de la antijuridicidad de su acción y con una capacidad sustancialmente disminuida, pero no excluida.

La doctrina jurisprudencial de esta Sala, al tratar de la capacidad de culpabilidad de las personas que padecen psicosis esquizofrénica, viene aplicando generalmente la circunstancia eximente completa del art. 20.1.º del Código Penal cuando el hecho se ha producido bajo los efectos del brote esquizofrénico; acude en cambio a la eximente incompleta del art. 21.1.º si no se obró bajo ese brote pero revelándose un comportamiento anómalo atribuible a esa enfermedad; y opera con la atenuante analógica del núm. 6 del art. 21 si el hecho es consecuencia del residuo patológico llamado defecto esquizofrénico (SSTS 1341/2000, de 20 de noviembre; 143/2009, de 17 de febrero; y 1369/2009, de 10 de diciembre).

Y así, como ejemplo de esa concepción jurisprudencial, se argumenta en la Sentencia 983/2009, de 21 de septiembre, que procede aplicar la eximente completa cuando los datos empíricos aportados desde la ciencia médica nos dicen que las ideas delirantes invaden su vida psíquica hasta llegar a focalizar gran parte, «por

no decir toda», la actividad mental del sujeto y «ser irrefutables a la argumentación lógica», concluyendo que han podido alterar la capacidad volitiva del informado, modificando las capacidades de entender y comprender el alcance de sus consecuencias, además de precisar tratamiento psiquiátrico y control evolutivo riguroso.

La Sentencia 63/2006, de 31 de enero, precisa que cuando los peritos afirman que el acusado recibió tratamiento con fármacos antipsicóticos desde su ingreso en prisión y que obró en el momento del hecho «con motivaciones delirantes» y «pérdida de autodominio», teniendo prácticamente anuladas sus capacidades intelectivo-volitivas debido a la esquizofrenia paranoide que padecía, procede declarar la inimputabilidad del acusado y apreciar la eximente completa en lugar de la incompleta.

En la sentencia de esta Sala 452/2005, de 1 de abril, sobre un supuesto de una persona que ejecuta la acción homicida cuando se halla en pleno brote esquizofrénico, se dice que la serie de informes médicos encadenados que el Tribunal pudo escuchar confirman los trastornos alucinatorios y nos lleva a estimar que actuó en virtud de una irrupción brusca de las ideas delirantes sin desencadenantes tóxicos, lo que le lleva a diagnosticar una esquizofrenia paranoide. El trastorno se califica de grave, por lo que le impulsaba a actuar de modo incomprensible e inmotivado y tenía en lo que respecta a la culpabilidad «disminuidas gravemente sus capacidades para entender y querer y actuar». En definitiva, los dictámenes se inclinan mayoritariamente por considerar que la forma de actuar respondía a un brote esquizofrénico-paranoide y que tenía sus facultades anuladas.

Y en la Sentencia 369/2005, 30 de marzo, se afirma que al haberse acreditado que el acusado padecía una esquizofrenia ya descubierta en su pubertad, que sufría de delirios y alucinaciones y que, además, no sólo tenía tendencia al abuso del alcohol, sino que en el momento de los hechos estaba alcoholizado, no sólo existen razones suficientes para entender que padecía una psicosis, sino que además no debe haberse podido comportar según su comprensión de la antijuridicidad de su acción.

(...)

5. La estimación de la referida eximente completa conlleva la aplicación en este caso de la correspondiente *medida de seguridad de internamiento*. Su imposición no suscita en este caso problema procesal alguno, toda vez que ha sido solicitada de forma alternativa por el Ministerio Fiscal en su escrito de calificación definitiva, y además la propia defensa la postula en su escrito de recurso para el supuesto de que siga apreciando la eximente incompleta y no se acceda a la completa, que sí se ha acabado acogiendo por esta Sala.

Según se especifica en la sentencia 603/2009, de 11 de junio, son requisitos ineludibles para la imposición de la medida: la comisión de un hecho previsto como delito (art. 95.1 CP); la condición de inimputable (arts. 101.1, inciso 1, art. 102.1, inciso 1, art. 103 inciso 1; y art. 105 Párr. 1.º CP), o en su caso semiimputable (arts. 99 y 104), de su autor; y la acreditada probabilidad de comisión de nuevos delitos por éste, es decir, de su peligrosidad delictiva (art. 101.1 y 2). Además el delito cometido ha de tener asignada una pena privativa de libertad (arts. 6.2, 95.5, 101.1, 102.1, 103.1 y 104.1), y ha de justificarse la necesidad fundada de la privación de libertad, a los fines terapéuticos perseguidos con el concreto supuesto de la imposición de la medida de internamiento (arts. 101 a 104).

A la hora de concretar la duración de la medida debe tenerse presente que no está vinculada en su gravedad y duración a la magnitud de la culpabilidad, sino a la peligrosidad del autor del hecho delictivo, por lo que, en principio, se permiten intervenciones más amplias que las autorizadas para las penas.

De otra parte, tal como se destaca en la sentencia 482/2010, de 4 de mayo, y en otros precedentes de esta Sala, el juicio sobre la peligrosidad del sujeto opera en dos fases: a) en la fase de diagnóstico, fundado en el actuar peligroso para la sociedad, ya patentizado y objetivado en el hecho dañoso ejecutado, y a ello se refiere el art. 95.1.1.º del C. Penal; y b) en la fase de pronóstico, que se proyecta hacia su comportamiento futuro y que tiene por finalidad prever la posibilidad de que la persona concernida cometa nue-

vos hechos dañinos para la sociedad, según se recoge en el art. 951.2.º del C. Penal.

Y en cuanto a los fines y función de la medida a adoptar, ha de ponderarse, de una parte, la protección del propio acusado, quien mediante el correspondiente tratamiento médico-terapéutico puede controlar los impulsos de su enfermedad mental y acabar haciendo una vida normalizada, objetivo de rehabilitación social que acabará repercutiendo también en beneficio de la comunidad. Y se protege también con la medida a la sociedad, salvaguardándola de los riesgos que genera una persona que ya tiene acreditada una peligrosidad objetivada en el hecho enjuiciado, evitando la reiteración de tales actos en el futuro.

Pues bien, en el caso concreto no surgen dudas de que el acusado evidenció con su conducta delictiva una peligrosidad social muy elevada, según se desprende de la conducción que realizó con su vehículo y de los perjuicios irreparables que se derivaron de su manejo del automóvil. Y en lo que respecta al pronóstico de futuro, no se muestra nada positivo o halagüeño, sino más bien todo lo contrario. Pues la frecuencia con que padece delirios como el que sufrió el día de los hechos, avalada por algún intento interior de realizar acciones similares de conducir por dirección contraria, según se recoge en los históricos clínicos sobre su enfermedad, permiten inferir un mal pronóstico sobre su comportamiento en el futuro.

Por consiguiente, y en virtud de lo dispuesto en el art. 101 del C. Penal, procede acordar su internamiento en un centro psiquiátrico penitenciario por un período máximo de 15 años, que es el tope legal previsto para el conjunto de los delitos cometidos, dado lo dispuesto en los arts. 138 y 382 del C. Penal, sin que pueda salir del referido centro sin autorización de la autoridad judicial competente.

Por lo demás, la Sala de la Audiencia Provincial que ha de ejecutar la sentencia debe proceder a fijar el régimen de control del cumplimiento de la medida, mediante el procedimiento contradictorio que se establece en el art. 97 del C. Penal.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia 26/2010, AP Palma de Mallorca, Sec. 1.^a, de 15 de marzo

Ponente: **Miguel Ángel Arbona Femenia**

Resumen: **Realización de actividad profesional por parte de funcionario público: artículo 441 del Código Penal. Guardia Civil**

Artículos: **441, 171.2, 243, 197.2 y 6, 198 y 402 Código Penal**

Considera la sentencia —y, en consecuencia, condena— absolutamente incompatible para cualquier miembro de la Guardia Civil la realización de cualquier actividad privada, con inclusión de las profesionales, sean por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de entidades o particulares que se relacionen con sus funciones.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Octavo.—El Ministerio Fiscal imputó también a Indalecio un delito de REALIZACIÓN DE ACTIVIDAD PROFESIONAL POR PARTE DE FUNCIONARIO PÚBLICO AL SERVICIO DE PARTICULARES EN ASUNTOS RELATIVOS A SU PROPIA OFICINA, previsto y penado en el art. 441 del Código Penal.

Se ha dejado para el final de esta resolución el examen de este delito, pese a que es el primero por el que se formula acusación, porque se considera que de la descripción de todos los hechos precedentes queda patente la comisión de este delito.

Así, pese a que Indalecio negó haber trabajado con los otros acusados y lo único que reconoció es que iba mucho por el local donde ellos estaban porque era su amigo y estaba de baja en la Guardia Civil, lo cierto es que son muchos los testigos que lo han visto actuar en compañía de los otros dos acusados. Al tiempo, en la conversación transcrita en los folio 471 y siguientes

—reconocida como cierta por el acusado Pedro Miguel — aparece Indalecio como plenamente integrado en la actividad de los otros dos acusados. Así, se le indica que en un dispositivo están activados sus números de teléfono de fijo y de móvil —igual que el de Pedro Miguel y de José Luis, el testigo que manifestó que no tenía nada que ver con la empresa— y se le facilita la clave de acceso. También comentan la llamada del Sr. Millán y, más adelante, refieren que pueden entrar «ocho kilos», repasando las diversas actividades que tienen: Winterthur, Rafael, Joaquín, «y todo eso sin contar las veinte mil de provisión de fondos que hemos pedido por la información que estás llevando tú» en referencia a Indalecio. Incluso los dos acusados comentan que no van a decir nada a José Luis y que son actividades que se llevan ellos y no la empresa.

El art. 441 CP tipifica la conducta de la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos por las Leyes o Reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento perma-

nente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que debe intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa». El bien jurídico protegido lo constituye el correcto funcionamiento de la función pública, con respeto de los principios de objetividad, imparcialidad, igualdad e incorruptibilidad. Se destaca que se trata de un delito especial propio —el sujeto activo del mismo sólo puede ser una persona que sea autoridad o funcionario público—, de mera actividad —no requiere de resultado—, sin que deba concurrir un dolo especial. En este sentido la STS de 4 de febrero de 2003 expresó que este precepto «contempla aquellos supuestos en los que el funcionario no llega a verse realmente influido de forma negativa en el modo de desempeño de su actividad pública, sino que únicamente se pone en el riesgo de que eso suceda, por el solapamiento de aquella con otra de interés particular relativa al mismo ámbito. Es decir, el funcionario se limita a poner su capacidad técnica, en abstracto, al servicio de un sujeto no oficial». Como elemento negativo se exige que la actuación de la autoridad o funcionario se ejecute «fuera de los casos admitidos por las Leyes y Reglamentos».

El Ministerio Fiscal considera que Indalecio cometió este delito porque participó en la empresa Agencia de Tecnologías, Investigación y Sistemas de Seguridad —ATISS— con los coacusados Obdulio y Pedro Miguel, cuando, en su condición de miembro de la Guardia Civil no podía hacerlo, ya que la actividad de esta empresa era incompatible con su condición de miembro de la guardia civil. El acusado Sr. Indalecio niega estos hechos. Expone que conocía a Obdulio, que éste le presentó a Pedro Miguel y que, como estaba de baja, acudía al local de ATISS a verlos y a tomarse un café con ellos. Esto no obstante, admitió que había hablado con ambos le dijeron que tenían un trabajo con el Ministro de los otros dos acusados.

Desde la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones públicas y el RD 517/1986, de 27 de febrero, de desarrollo de la

misma, el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto que el legislador ha pretendido instaurar un sistema general de incompatibilidades que establezcan las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos y de los demás empleados del sector público, que responde a los principios de preservar la independencia e integridad de tan numeroso colectivo, en el marco del art. 103 de la Constitución, así como a garantizar la eficacia de la actuación administrativa, operando de una manera indirecta como medio de una política social y laboral. En este sentido, en relación a las actividades privadas que son las imputadas al acusado, el apartado 3 del art. 1 de la Ley viene a señalar que «el desempeño de un puesto de trabajo por el personal incluido en el ámbito de aplicación de esta Ley será incompatible con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad, público o privado, que pueda impedir o menoscabar el estricto incumplimiento de sus deberes o comprometer su incapacidad o independencia», requiriéndose y exigiéndose para el comienzo de la realización de cualquiera de las actividades privadas expresadas que se desarrollan en el Capítulo IV de la Ley —artículos 11 y siguientes— autorización administrativa tal como desarrolla el RD 517/1986, que adapta para el personal militar esta legislación. Este Real Decreto distingue dentro de las actividades privadas las absolutamente incompatibles, las susceptibles de declaración de incompatibilidad y las incompatibles o exceptuadas del régimen de incompatibilidades.

En este marco legal se considera absolutamente incompatible para cualquier miembro de la Guardia Civil la realización de cualquier actividad privada, con inclusión de las profesionales, sean por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de entidades a particulares «que se relacionen directa o indirectamente con las funciones propias del departamento, órgano, ente o empresa donde está destinado, del que dependa o esté adscrito, pudiendo incluirse también aquellas cuya jornada exceda de las 20 h semanales».

En nuestro caso, el acusado Indalecio, por ser miembro del Cuerpo de la Guardia Civil y de conformidad con lo dispuesto en el art. 2.1 de la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, del Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil, es

militar de carrera de dicho Cuerpo, siéndole de aplicación, en cuanto a derechos y deberes, lo dispuesto en las Leyes Orgánicas 2/1986, de 12 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y 11/1991, de 17 de junio, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y en las leyes penales militares. Así el art. 221 de las Reales Ordenanzas ya señaló, con carácter general, que el ejercicio por el militar de carrera de cualquier cargo o profesión ajeno al de su condición de militar, estaría limitado por el régimen de incompatibilidades fijado en las disposiciones vigentes; Y la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado,

norma básica de los dos Institutos que los integran —Cuerpo Nacional de Policía y Guardia Civil—, que en su art. 6.7, dispone que la pertenencia a tales Fuerzas y Cuerpos es causa de incompatibilidad para el desempeño de cualquier otra actividad, pública o privada, salvo aquellas actividades exceptuadas de la legislación sobre incompatibilidades.

Para nuestro caso, del examen de los hechos declarados probados hemos de concluir que el acusado desarrolló actividades de asesoramiento en una empresa privada de seguridad, lo que está prohibido y es incompatible con la condición de guardia civil, por lo que cometió el delito que se le imputa.

Sentencia 190/2010, AP Tarragona, Sec. 4.^a, de 15 de marzo

Ponente: **Francisco José Revuelta Muñoz**

Resumen: **Pena de alejamiento: insuficiencia de fijar 30 metros como límite**

Artículos: **53, 617.3 y 620.2 Código Penal**

Señala la sentencia de apelación que la pena de prohibición de aproximación acordada por la juzgadora de instancia (30 metros), aun siendo formalmente correcta, no es adecuada a los fines que se pretenden alcanzar con su imposición por lo que revoca la sentencia en este punto, aumentando la distancia, tal como se motiva.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Frente a la sentencia de instancia que condena a Mariano, se alzan las acusaciones particulares formulando recurso de apelación contra dicha sentencia, recurso que únicamente alega como motivo el considerar que la pena de alejamiento impuesta en la misma no se ajusta a derecho ni a la realidad de los domicilios donde residen las partes, considerando insuficiente la distancia de 30 metros impuesta en la misma solicitando que se amplié a la distancia de 500 metros, siendo impugnado el recurso por el Ministerio Fiscal quien estima plenamente ajustada a derecho la pena de prohibición de aproximación y comunicación impuesta.

Segundo.—En primer lugar de señalarse que en la actualidad la pena de alejamiento impuesta por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de

Tarragona ya ha vencido en el plazo de 6 meses que establecía la sentencia, toda vez que la misma se notificó al denunciado en fecha de 15 de junio de 2009, es decir hace más de 6 meses, por lo que la cuestión suscitada en el mismo y la resolución efectiva que se diera al recurso carece de cualquier tipo de eficacia material.

Bien, no obstante, determinado el objeto devolutivo del recurso debe anticiparse que el mismo debe estimarse al apreciarse el gravamen denunciado. En dicho sentido debe destacarse que la pena de prohibición de aproximación acordada por la juzgadora de instancia si bien en su contenido y fundamentación es acorde y ajustada a derecho, en relación con la finalidad pretendida por la misma que no es otra que la de otorgar a los perjudicados de un mayor marco de protección a los efectos de evitar la reiteración en conductas como la de autos por

parte del denunciado, no cabe duda de que la distancia de treinta metros se antoja deficitaria a los efectos de cumplir con tal finalidad. Qué duda cabe que dicha pena de alejamiento debe imponerse siempre de forma motivada y tratando de causar el menor perjuicio de las partes, ahora bien siempre debiendo cumplir la misma con las finalidades pretendidas, circunstancia que no se daba en el presente caso toda vez que la distancia impuesta permite cuando menos el acceso visual e incluso verbal del denunciado

a los perjudicados, y por tanto no cumple con su finalidad protectora respecto de los mismos. Atendidas las manifestaciones vertidas por el propio denunciado en fase de enjuiciamiento, única referencia o información obrante en autos, donde manifiesta que vive cerca del barrio de los denunciados, debe entenderse que la distancia por la que se acuerda la prohibición de aproximación puede ser más amplia a la referida en la propia sentencia, fijando la misma en 150 metros.

Sentencia 143/2010, AP Tarragona, Sec. 4.^a, de 16 de marzo

Ponente: **María Concepción Montardit Chica**

Resumen: **Dilaciones indebidas: impago de prestaciones familiares. Alegación sobrevenida en la apelación**

Artículos: **227 Código Penal, 741 LEC, 21.6 y 24 CE**

Examina la presente sentencia la posibilidad de admitir la alegación de dilaciones indebidas en la apelación cuando no se hizo en el Juzgado de lo Penal. Se inclina por la solución afirmativa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Descartada la pretensión absoluta, debe entrarse en el análisis de la pretensión subsidiaria consistente en la apreciación de la circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas.

Dicha pretensión plantea un previo problema de admisión. El examen de las actuaciones revela que ninguna de las partes pretendió en trámite de calificación la apreciación de la atenuante, en contra de lo afirmado por el apelante en el escrito del recurso cuando manifiesta que en el momento de elevar a definitivas sus conclusiones provisionales, expresó la modificación de éstas en el sentido de solicitar que para el hipotético caso de condena del acusado, debería aplicarse la referida atenuante, siendo lo cierto que de la audición del CD del juicio resulta ser incierta tal afirmación.

Ello nos lleva a plantearnos si nos enfrentamos a una cuestión nueva que desbordaría los

límites objetivos de la apelación cuya naturaleza, si bien implica un *novum iudicium*, sin embargo no permite superar los límites objetivos y normativos del objeto procesal delimitado en la instancia, salvo cuando el tribunal *ad quem*, de oficio, aprecie cuestiones que afectan al orden público constitucional.

Si ello es así, la respuesta al problema parece que reclama la inadmisión del motivo. Sin embargo, la aparente razón formal colisiona con las exigencias derivadas del proceso justo y equitativo y la correlativa necesidad de que los jueces interpreten de manera favorecedora los presupuestos o condiciones de ejercicio del derecho a la defensa, mediante la interposición de recursos, sobre todo cuando de lo que se trata es de combatir la responsabilidad penal declarada en la sentencia de instancia. Así, si bien la pretensión atenuatoria no se formuló en el trámite de conclusiones, lo cierto es que, atendida la propia naturaleza de la circunstancia, no puede reconocerse, por ello, ningún atisbo de

indefensión por la introducción del motivo en apelación.

Por ello, aunque la técnica empleada por la parte apelante ciertamente no sea la adecuada, en atención a lo expuesto, cabe la admisión del motivo, anunciando ya el éxito de la pretensión.

Examinadas las actuaciones no puede sino reconocerse que la duración de la causa se ha prolongado por un período de más de cinco años, lapso de tiempo que se presenta a todas luces como excesivo, atendidos los estándares normales para la sustanciación de un proceso de estas características, sin ninguna clase de complejidad y habiéndose practicado como únicas diligencias instructoras la declaración de la denunciante, que en el momento de personarse en el Juzgado instructor de la causa aportó la documental requerida por aquél consistente en copia del auto de medidas provisionales y de la sentencia que las confirmó, y la declaración del imputado. Debe, asimismo, observarse que la paralización de la causa no resulta imputable al acusado. En este sentido, resulta de las actuaciones que por providencia se fijó el día 26 de marzo de 2007 para tomarle declaración, que no pudo llevarse a efecto por resultar negativa la diligencia de citación, procediendo el Juzgado entonces a señalar el 27 de abril de 2007, de-

biendo matizarse que si bien el Sr. Segundo no pudo asistir a este emplazamiento, primero del que tuvo conocimiento, sí lo hizo el 14 de mayo de 2007, apenas dos semanas después.

Así, ni la complejidad de la causa, ni la conducta procesal del inculpado justifican la notable demora en la tramitación del procedimiento. La infracción del derecho resulta indubitada y, desde luego, los problemas estructurales de la organización judicial no pueden actuar como justificación de lo que carece de explicación.

Así las cosas, procede estimar concurrente la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, con el carácter de muy cualificada, apreciándose la especial intensidad que permite atribuirle ese carácter. De tal modo, procede fijar la pena por el delito enjuiciado en cinco meses de multa, más próxima al límite máximo que al mínimo de la pena que se rebaja en un grado, estimándola ajustada a las condiciones de culpabilidad y a la gravedad de los hechos, si se tiene en cuenta que, si bien procede la rebaja del grado atendiendo al carácter muy cualificado de la atenuante, desde que el acusado tuvo conocimiento en 2004 de la obligación a su cargo de satisfacer la pensión alimenticia a favor del hijo común menor de edad, no ha desembolsado, o al menos así no consta, cantidad alguna en tal concepto.

Sentencia 30/2010, AP Jaén, Sec. 2.^a, de 17 de marzo

Ponente: **María Fernanda García Pérez**

Resumen: **Delitos contra los derechos de los trabajadores y lesiones imprudentes. Principio de consunción**

Artículos: **8,4, 152, y 316 Código Penal**

Sigue esta sentencia la doctrina mayoritaria de considerar —en la generalidad de los casos— como aplicable a estos casos el principio general de consunción del artículo 8 del Código Penal, al afirmar que, si como consecuencia de la infracción de normas laborales, se produce el resultado que se debería evitar, el delito de resultado absorbería al de peligro como una manifestación lógica de la progresión delictiva.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Infracción de los arts. 316 y 152.1 1.º y 8.4 CP.

Discute el apelante la concurrencia de los elementos de los tipos penales de delito contra los derechos de los trabajadores y de lesiones por imprudencia por los que ha sido condena-

do el acusado así como la relación de concurso ideal apreciada entre ambos.

Comenzaremos por analizar la posible relación de concurso entre ambos delitos.

A este respecto conviene recordar que el delito contra los derechos de los trabajadores tiene una estructura omisiva que supone la infracción de un deber cual es el de garantizar la seguridad en el trabajo mediante la supresión de cualquier riesgo para la vida y la salud del trabajador que tenga su origen en el entorno de la prestación del trabajo, ello al margen de la efectiva lesión que pudiera sufrir el trabajador que, en cualquier caso, tendría consideración independiente. Pues bien, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria aplica como regla general el principio de consunción del art. 8.3.ª del CP. Así lo estableció la STS de 14 de julio de 1999 al afirmar que si a consecuencia de la infracción de normas laborales se produce el resultado que se quería evitar (muerte o lesiones del trabajador) el delito de resultado absorberá al de peligro como una manifestación lógica de la progresión delictiva, si bien se podría aplicar el concurso ideal de delitos (art. 77 CP) cuando el resultado producido constituye solamente uno de los posibles resultados de la conducta omisiva del responsable de las medidas de seguridad, por en-

contrarse en la misma situación de peligro otros trabajadores de la empresa, postura mantenida también en la SSTS 26 de julio de 2000, 26 de septiembre de 2001, 22 de diciembre de 2001 o 4 de junio de 2002.

En este caso concreto, no ha sido objeto de discusión que la trabajadora fuese la persona que en exclusiva manejara la picadora de carne, máquina a la que se circunscribió la inspección de medidas de seguridad tanto por la Inspección de Trabajo como del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales, y, por otro lado, no ha sido traído ningún otro trabajador como testigo de la falta general de medidas de seguridad en la carnicería y de la ausencia de formación e información sobre prevención de riesgos laborales. En consecuencia, al no haber quedado acreditado que la ausencia de medidas de seguridad en la máquina picadora hubiese puesto en riesgo la salud, integridad física o vida del resto de trabajadores, que se concretan a la familia del acusado (esposa, hija y yerno), no puede estimarse cometido el delito contra los derechos de los trabajadores como delito independiente, debiendo por el contrario entenderse que queda absorbido en el de lesiones por imprudencia. Por tanto, el aplicable es el principio de consunción del art. 8.3 CP.

Sentencia 73/2010, AP Palma de Mallorca, Sec. 1.ª, de 22 de marzo

Ponente: **Margarita Beltrán Mairata**

Resumen: **Responsabilidad civil: necesidad de acreditar al menos las bases del daño o perjuicio causado**

Artículos: **77, 115, 273.3, y 274.2 Código Penal**

La parte perjudicada —dice esta sentencia— no tiene un derecho incondicionado a acreditar los presupuestos de su acción ni los términos de la misma cuando y como le plazca. El momento procesal hábil es el acto del juicio y, solamente si por cualquier causa no es posible tal liquidación, cabe relegar su exacta concreción al período de ejecución de sentencia, previa determinación en sentencia de las bases de cuantificación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Cuarto.—Por a través del último motivo, se excepciona que de forma incorrecta, la Acusa-

ción Particular —a cuya pretensión se adhirió el Ministerio Fiscal— interesó que en concepto de responsabilidad civil se indemnizara a la entidad Tous S.L. en la cantidad que se determinara

en ejecución de sentencia. Y que fue la propia representante de la mercantil quien centró el perjuicio —con independencia de su venta o no al consumidor— en el momento en que se entrega al distribuidor, es decir, la distribución del proveedor al comerciante. Y a ello une que, sin haberlo pedido nadie, el Juez *a quo* condena a indemnizar en la cantidad que los acusados hubieran debido pagar a dicha sociedad por la concesión de una licencia que les hubiera permitido llevar a cabo su utilización conforme a derecho, importe este a determinar en fase de ejecución de sentencia.

Por su parte la apelada considera que el pronunciamiento de instancia únicamente la perjudica a ella misma, que vé limitadas las opciones para valorar los daños, y que, por consiguiente, la recurrente carece de legitimación en relación a la cuestión dicha.

Suscita el motivo una espinosa cuestión, respecto de la cual, con carácter previo, debe rechazarse el alegato de la representación procesal de la mercantil Tous S.L.

De una parte, no consigue argumentar la razón por la cual la condenada al pago carece de legitimación para cuestionar la condena misma. Y tampoco consigue argumentar que, por a través del pronunciamiento de instancia estén «limitadas» sus opciones, cuando, de todas las que a su alcance han existido desde el inicio del procedimiento, a ninguna ha acudido en el momento procesal hábil, concretando y perfilando su pretensión civil, quizá en el erróneo entendimiento de que ello es posible en cualquier estado de la causa.

Así, la Acusación Particular, en sus conclusiones provisionales elevadas a definitivas, textualmente postuló «Por vía de responsabilidad civil, D. Hermenegildo y D. Cesáreo deberán indemnizar a Tous S.L. en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia».

Ni siquiera de la lectura global de éstas se desprende la causación de daño o perjuicio alguno para Tous S.L., salvo el potencialmente inferible de la acción típica imputada (posesión para la comercialización de objetos amparados por modelo o dibujo industrial o signo distintivo).

El Juez *a quo*, en el Hecho Probado Cuarto, declara que «los perjuicios sufridos por la empresa titular de los derechos de propiedad industrial no han sido determinados».

En el Fundamento Jurídico Octavo, acude al art. 115 del C. Penal, que permite la posibilidad de dictar sentencia «a reservas de liquidación» en los procesos penales, y, considerando que el daño, en sí mismo, ha quedado probado, entendido como el desprestigio que a la referida marca le produce la proliferación en el mercado de objetos de baja calidad, así como que la posible venta disminuye las ganancias del titular de la marca; empero en atención a que no existe prueba de los beneficios obtenidos por el infractor, ni de los beneficios que, fruto de esas ventas no acreditadas podría haber obtenido el titular de los derechos registrados, considera que debe aplicarse para el cálculo de las indemnizaciones el criterio del apartado c) del art. 43.3 de la Ley de Marcas (y, por analogía el criterio seguido en la ley de Patentes), esto es «el precio que el infractor hubiera debido pagar al titular por la concesión de una licencia que le hubiera permitido llevar a cabo su utilización conforme a derecho».

A criterio de la Sala, el pronunciamiento de instancia extravasa los límites del principio de rogación, saliendo al paso de un defectuoso ejercicio de la acción civil.

La parte perjudicada no tiene un derecho incondicional a acreditar los presupuestos de su acción ni los términos de la misma cuando y como le plazca. El momento procesal hábil es el acto juicio, y sólo si por cualquier causa justificada no es posible tal liquidación, cabe relegar su exacta concreción al período de ejecución de sentencia, previa determinación en sentencia de las bases de tal cuantificación, empero bases que mínimamente debe aportar quien ejercita la acción civil, en orden a que puedan ser conocidas y discutidas por aquél a quien pueden perjudicar.

Al efecto, no resultará ocioso recordar lo dispuesto en el art. 219 de la LEC, de aplicación supletoria:

1. Cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos,

rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética.

2. En los casos a que se refiere el apartado anterior, la sentencia de condena establecerá el importe exacto de las cantidades respectivas, o fijará con claridad y precisión las bases para su liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución.

3. Fuera de los casos anteriores, no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al tribunal en la sentencia, que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución. No obstante lo anterior, se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando ésa sea exclusiva-

mente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades.

El genérico *petitum* de la Acusación Particular —y del Ministerio Fiscal, en tanto parte adherida— no puede ser subsanado por el Juez *a quo*, establecimiento *ex officio* una base en función de la cual liquidar después, en fase de ejecución de sentencia, la indemnización del perjuicio, más aun cuando, nótese, los criterios legalmente establecidos en la Ley de Marcas para el cálculo de las ganancias dejadas de obtener y a los que acude el Juez *a quo*, son «a elección del perjudicado» y opción que ni siquiera Tous S.L. ha propuesto.

La defectuosa articulación de la pretensión civil, a criterio de la Sala, no es susceptible de subsanación. Y ello conlleva a la improcedencia de diferir para el trámite de ejecución de sentencia la cuantificación de unos perjuicios por no haber propuesto la parte a quien incumbía base alguna para liquidarlos en una total desidia o inacción procesal.

Procederá, por consiguiente, estimar el motivo.

Sentencia 290/2010, AP Barcelona, Sec. 10.^a, de 23 de marzo

Ponente: **Elisenda Franquet Font**

Resumen: **Delitos contra la propiedad intelectual: necesidad de denuncia previa**

Artículos: **270 y 287.1 Código Penal**

Del examen de la causa consta la presencia de dos entidades mercantiles que reclaman por los perjuicios irrogados, pero el problema es que estas sociedades, por medio de quienes deben ser sus representantes, no acreditan ser los titulares de los derechos de propiedad intelectual.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El análisis del recuso se iniciará por el último argumento del mismo, que debe ser estimado. Es sabido que el art. 270.1 del Có-

digo Penal, en su redacción hoy vigente dada por la reforma operada por LO 15/2003, castiga a «quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra

literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios». Comprende, pues, entre las conductas típicas la de distribución y, como ya tenemos dicho en otras sentencias «en su sentido semántico distribuir, entre otras acepciones, es dar a algo su oportuna colocación o el destino conveniente», «entregar una mercancía a los vendedores y consumidores» como así enseña el Diccionario de la RAE y al jurídico se refiere el art. 19 LPI cuando expresa que «se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma» (sentencia de 8 de abril de 2008, Rollo de Apelación núm. 234/2007).

La venta callejera encaja en la modalidad comisiva de la distribución. Y en el caso de autos se constató que el acusado poseía ese número ingente de copias, y se concluyó con la certeza de su finalidad de distribución.

Exige el tipo, además, que se actúe «con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero», siendo entendido conforme a conocida jurisprudencia el ánimo lucrativo como el lucro pretendido o buscado al realizar la copia, bien para su posterior venta, bien para otros usos no exclusivos del propietario del soporte del que se obtiene la copia. La exigencia de que se actúe «en perjuicio de tercero» da naturaleza patrimonial al delito y, de otro lado y como señala la STS de 2 de octubre de 2002, «la identificación de los titulares del derecho es esencial para poder comprobar si éstos otorgaron o no la correspondiente autorización que podría excluir la realización del tipo».

En el caso de autos se declara probado que los 122 CD y los 79 DVD intervenidos al acusado, hoy recurrente, eran copias de sus originales (y eso parece que es obvio e indiscutible, dadas sus características físicas), pero no se afirma en el relato fáctico que las copias se hubieran producido sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual sobre las mismas o de entidad que tuviere encomendada

la gestión y administración de dichos derechos. Afirmándose ello en la fundamentación jurídica de la resolución.

Sin embargo del examen de la causa se desprende que manifestaron reclamar por los perjuicios irrogados (y ello en virtud de diligencias complementarias solicitadas por el Ministerio Fiscal al folio 108 de las actuaciones), ADIVAN y AGEDI, a los folios 114 y 116 de la causa, acudiendo uno de los supuestos representantes de las sociedades al plenario a decir que reclamaba y que no habían autorizado la creación ni la distribución de esas copias.

Pues bien, el problema es que tales mercantiles por medio de sus supuestos representantes (que no acreditaron esa representación), en ningún momento han demostrado ser las titulares de los derechos de propiedad intelectual de las concretas obras intervenidas, y por ello no consta quién ostenta tales derechos, originarios o cedidos, y por ello pese a las manifestaciones vertidas en el plenario por el Sr. (se ignora el nombre ya que en el acta del juicio oral consta sólo que es el legal representante de AGEDI y que declara por videoconferencia), no puede tenerse como acreditado que los titulares de esos derechos no hubieran autorizado las copias o su distribución a la concreta persona que fue detenida, al acusado.

Y la general conclusión de que en estos casos de venta ambulante no suele haber autorización no ha de permitir relajar las formas en el proceso penal ni eximirá a los titulares de estos derechos (tras probar que lo son, que en este caso no se acreditó) de la acreditación (la mera manifestación) de que no han autorizado a esta persona concreta a distribuir copias de la obra. De manera que, ausente la prueba de la titularidad sobre los derechos controvertidos que se dicen ostentar, y producida la afirmación de la falta de autorización por quien no consta que tenga cedidos esos derechos, ello determina, por sí solo, la absolución del apelante, por falta de un requisito de tipicidad.

En cuanto a la SGAE, cuyo supuesto representante que expresó reclamar en el propio acto del juicio oral, solicita se le abone el canon por copia elaborada, cuestión que desde luego no forma parte del derecho de la propiedad intelectual.

tual. Esto es, no establecido que se trate de una violación del derecho de la propiedad intelectual, no puede pretenderse que el no abonar ese canon (dato que se desconoce) implique la existencia del delito contra la propiedad intelectual.

Lo expuesto implica la estimación del recurso interpuesto, y la absolución del acusado del delito que se le imputó, por ausencia de acreditación de uno de los requisitos constitutivos del mismo.

Sentencia 82/2010, AP Córdoba, Sec. 2.^a, de 23 de marzo

Ponente: **José Antonio Carnerero Parra**

Resumen: **Impago de pensiones: legitimación del cónyuge aunque los hijos ya sean mayores de edad**

Artículos: **227 y 228 Código Penal**

No andan unánimes las Audiencias en relación a este problema. Destaca el criterio de la de Córdoba en un supuesto en que entiende que existe posibilidad legal de reclamación por el progenitor custodio en relación a los hijos mayores de edad, al tratarse de prestaciones derivadas de las cargas del matrimonio, cuyo titular instrumental es el cónyuge a cuyo cargo conviven los hijos mayores, más cuando la pensión no es percibida directamente, sino por el padre o madre con quien conviven.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El primer motivo de impugnación atañe al presupuesto procesal de perseguibilidad que exige para estos delitos semipúblicos el art. 228 del Código Penal, la previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Caso de que prosperase este motivo, impediría al juzgador valorar los hechos, y debe dictarse sentencia absolutoria.

Las diligencias se inician mediante denuncia interpuesta en fecha 2 de febrero de 2007 por Sonsoles, madre de los dos beneficiarios de la prestación de alimentos reconocida en la Sentencia de 8 de enero de 1991 de separación matrimonial, cuyo impago por el obligado motiva la causa. Los alimentistas son Federico, nacido el día 7 de diciembre de 1987, por lo que ya era mayor de edad al tiempo de interposición de la denuncia, aunque en la misma también se reclaman pensiones de mensualidades anteriores a haber alcanzado esa mayoría; y Nuria, nacida el día 10 de julio de 1989, que tenía 17 años de edad a la fecha de formaliza-

ción de aquella denuncia, y cuya mayoría de edad se ha producido durante la tramitación del procedimiento.

Este Tribunal es consciente de que esta cuestión se resuelve de forma distinta por la jurisprudencia, y que existe un importante número de resoluciones que niegan esa legitimación activa al progenitor custodio cuando al tiempo de la denuncia el hijo en nombre de quien reclama ya es mayor de edad. Incluso esta Audiencia Provincial, su Sección 3.º, se ha pronunciado en este sentido en Sentencia de 28 de julio de 2008, partiendo de una noción restrictiva del término «agraviado», que diferencia de la calidad de «perjudicado», limitando aquel concepto al sujeto titular del bien jurídico protegido por el tipo sobre el que directamente recae la acción delictiva, por lo que ese óbice de procedibilidad sólo puede ser salvado por la denuncia del beneficiario de la prestación si ya ha alcanzado la mayoría de edad.

Este Tribunal entiende que existe posibilidad legal de reclamación por el progenitor cus-

todo en relación a los hijos mayores de edad, al tratarse de prestaciones derivadas de las cargas del matrimonio, cuyo titular instrumental es el cónyuge a cuyo cargo conviven los hijos mayores, más cuando la pensión no es percibida directamente por éstos, sino por el padre o madre con quien conviven.

Recientemente esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en la Sentencia núm. 340/2009, de 23 de diciembre, en cuyo fundamento jurídico segundo se argumenta a favor de esa legitimación de la madre para interponer denuncia en nombre de su hijo dependiente económicamente, aunque éste hubiese alcanzado la mayoría de edad a la fecha de la misma: «Sin embargo, por lo que a éste respecta, la Sala entiende que el concepto de persona agraviada por este tipo de delitos no queda circunscrito al mero titular de la pensión establecida, sino que, en función de las particulares circunstancias concurrentes puede serlo también el progenitor que, teniéndolo en su compañía por no haber alcanzado independencia económica, sufre las consecuencias del mismo no sólo desde el punto de vista pecuniario, sino por el especial agravio que supone hacer frente en soledad al sostenimiento de la prole sin el auxilio del sujeto activo de la infracción.

En efecto, dice el art. 228 del Código Penal que los delitos previstos en los dos artículos anteriores sólo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Según el diccionario de la Real Academia, agraviar consiste en hacer agravio o rendir, agravar o apesadumbrar, y resulta claro que la omisión del deber de atender a los hijos no sólo obliga a adelantar al cumplidor los medios que su alimento, vestido, educación y habitación requieran sino que es susceptible de causar los sentimientos derivados de los verbos que la definición académica utiliza para describir el concepto de agravio, máxime cuando, como es el caso, además del hijo mayor dependiente económicamente, la madre querellante se ve en la necesidad de sacar a sus hijos adelante en la ignominiosa situación causada por la inhibición del acusado, consciente de que uno de ellos padece una minusvalía

que requiere de un mayor auxilio económico y afectivo.»

Incluso si se acogiese la tesis restrictiva que limita la legitimación de la denuncia a los hijos mayores de edad, no puede negarse en este caso el valor de la formulada por la madre en nombre de su hija Nuria, dado que el inicio del procedimiento mediante aquel acto formal se produjo cuando aún no había alcanzado la mayoría de edad; siendo unánime la jurisprudencia que, en estos casos, aun cuando durante el curso del procedimiento cumpliera la edad de 18 años, no es necesario que se formule nueva denuncia o se renueve o convalide la ya deducida. Así se establece desde sentencias como la del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1989, hasta las de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de abril de 2003 y la Asturias de 28 de abril de 2005; y puede leerse en la doctrina especializada, como en los Comentarios al Código Penal de 1995, dirigidos por Gonzalo Quintero Olivares.

En el caso de Manuel Jesús, aquella legitimación activa de la madre sería indudable cuando reclama pensiones devengadas durante el tiempo en que era menor de edad, e incluso debe extenderse a las posteriores en la medida en que siguiese siendo dependiente económicamente, pues al no recibir las mensualidades que venían asignadas a cargo de su padre, el incumplimiento de éste repercutía en que los gastos que con esos ingresos debía aportar derivaban sobre la madre, dado que con ella convivía el menor, viéndose por ello perjudicada por la omisión del cumplimiento de aquella obligación. En cualquier caso, resulta correcta la argumentación contenida en el fundamento de derecho primero de la sentencia en cuanto a la aplicación de la denuncia tácita como medio sanador, habiéndose evidenciado en este juicio, por la manifestación expresa de dicho hijo, su voluntad de que el hecho criminal en la medida que él era el agraviado se persiguiese y se sancionase por la Juez de lo Penal.

Todo lo razonado conduce al rechazo del primer motivo de impugnación y, por lo tanto, a considerar concurrente el presupuesto procesal de perseguibilidad exigido en el art. 228 del Código Penal.

Sentencia 67/2010, AP Murcia, Sec. 3.ª, de 24 de marzo

Ponente: **Juan del Olmo Gálvez**

Resumen: **Impago de prestaciones: necesidad de denuncia previa**

Artículos: **227 y 228 Código Penal**

Si los únicos beneficiarios de la prestación eran los hijos (ya todos mayores de edad) y ninguno de ellos autorizó o encomendó a su madre, con arreglo a derecho, que interpusiera denuncia alguna en su nombre, la condición de la denuncia previa requerida por el artículo 228 del Código Penal no se ha visto cumplida lo que invalida todo el actuar procesal posterior.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—En el presente supuesto el propio contenido de la denuncia, así como la testifical de los cuatro hijos del acusado (ya en su momento ante el Juzgado de Instrucción el 31 de julio de 2006 —folios 117 a 124 de la causa—), ponía de manifiesto que la persona que denunciaba carecía de legitimación para formular con arreglo a Derecho esa denuncia (artículo 228 del Código Penal), por cuanto la prestación económica en su momento fijada lo era a favor de los hijos, quienes ya eran mayores de edad, con capacidad económica y vital independiente y autónoma, sin existencia de ninguna incapacidad o situación que les impidiera ejercitar sus derechos y facultades.

Si los únicos beneficiarios de esa prestación eran los hijos (ya todos ellos mayores de edad), y ninguno de ellos autorizó o encomendó a su madre (con arreglo a Derecho) que interpusiera denuncia alguna en su nombre, la condición de la denuncia previa requerida por el art. 228 del Código Penal no se ha visto cumplida, lo que invalida todo el actuar procesal posterior.

Esa falta no se ha visto en modo alguno subsanada con el comportamiento procesal de los hijos, por cuanto los mismos, aunque han apoyado a su madre con sus manifestaciones, han reconocido explícitamente todos ellos que tenían trabajo y vivían con autonomía vital y económica.

Los hijos prestaron declaración el 31 de julio de 2006:

— María Rosario, nacida el 23 de junio de 1978: trabaja desde los 16 años, desde

el año 1994. Que su hermano pequeño tiene su trabajo propio.

— Teodulfo, nacido el 22 de mayo de 1976: que trabaja desde los 18 años, es decir, desde el año 1994. Que su hermano pequeño estuvo ayudando a su padre en la tienda y que en la actualidad tiene su trabajo propio.

— Eulalio, nacido el 5 de septiembre de 1980: que trabaja desde los 16 años, es decir, desde el año 1996. Que su hermano pequeño ayudó a su padre en la tienda, pero que ya no lo hace.

— Carlos Antonio, nacido el 23 de septiembre de 1983: que trabaja desde los 16 años, es decir, desde el año 2000. Que está trabajando. Que estuvo ayudando a su padre en la tienda.

El contenido de esas manifestaciones, así como las que se recogen de los mismos en la vista oral, pone de manifiesto el sentimiento de afecto y de apoyo a su madre, pero en ningún momento suponen la formulación de denuncia alguna contra el acusado, sino el reproche al progenitor de haber desatendido como padre a su madre, desde el punto de vista económico, durante tan amplio lapso temporal.

En consecuencia, procede estimar el recurso de apelación en el extremo relativo a la falta de denuncia previa preceptiva, lo que excusa de analizar el resto de reproches formulados.

Procede así revocar la sentencia de instancia y absolver al acusado del delito por el que fue acusado y condenado en la instancia.

Sentencia 288/2010, AP Barcelona, Sec. 3.^a, de 26 de marzo

Ponente: **María Jesús Manzano Meseguer**

Resumen: **Legitimación del progenitor para interponer denuncia por pensiones no abonadas a hijos mayores de edad**

Artículos: **228 Código Penal**

Recoge la presente Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona un interesante resumen de las diferentes posturas que adoptan las Salas de apelación sobre legitimación del progenitor para actuar en nombre de los hijos mayores, pese a que, en el caso concreto que cae en consideración, la controversia se resume en un supuesto de falta de prueba.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Contra la sentencia de instancia se alza la representación procesal de Carlos Francisco, alegando como motivos de apelación error en la valoración de la prueba e infracción del art. 228 del CP.

Bajo los dos motivos el recurrente viene a alegar lo mismo, la falta de legitimación de la denunciante para interponer denuncia por ser sus hijos mayores de edad, por lo que falta el requisito de procedibilidad exigido por el art. 228 del Código Penal.

Aunque resulte sorprendente, no se ha acreditado la edad de ninguno de los dos hijos, Irene y Javier, pese a que el segundo llegó a declarar en el acto del Juicio Oral y tuvo que presentar su DNI. Resulta asimismo sorprendente que la Defensa, que es precisamente quien sostiene que los hijos son mayores de edad, ni siquiera llegara a preguntar a Javier su edad o fecha de nacimiento, lo que tampoco preguntó ni al acusado ni a la denunciante, limitándose a señalar en su recurso que la denunciante declaró en fecha 27 de febrero de 2007 ante el Juzgado de Instrucción que sus hijos eran mayores de edad, por lo que en la fecha de la denuncia, 29 de noviembre de 2006, probablemente lo debían ser. Asimismo, alega que la sentencia sobre la guarda y custodia de los hijos de fecha 11 de febrero de 2003, señala que tienen 14 y 15 años, por lo que uno seguro que es mayor de edad y el otro probablemente.

La Defensa, que alega la falta de legitimación de la denunciante para interponer la denuncia, debía haber probado la edad de los hijos, algo que le resultaba muy fácil con sólo aportar el libro de familia o inscripciones de nacimiento, cosa que no ha hecho.

Sobre la legitimación del progenitor para interponer denuncia por las pensiones no abonadas a los hijos mayores de edad la Jurisprudencia de las Audiencias adoptan diversas posiciones. Las hay que niegan la existencia de legitimación pues consideran que el agraviado sólo puede ser el sujeto pasivo del delito y que la mayoría de edad extingue la patria potestad y por tanto la administración de los bienes y representación de los hijos, otorgando a los hijos plena capacidad para los actos de la vida civil, por lo que una vez alcanzada la mayoría de edad, sólo ellos merecen la condición de agraviados (SSAP Lugo 4 de abril de 2006; Barcelona, sección 10.^a de fecha 14 de octubre de 2004; Málaga, en sentencia de 13 de abril de 2003, etc.).

En contra, otras Audiencias consideran que el progenitor con el que conviven los hijos, aun cuando sean mayores de edad, tiene legitimación para denunciar, pues el concepto de agraviado debe ser ampliado al progenitor que cuida habitualmente del hijo y que ante el incumplimiento del otro cónyuge de sus obligaciones se ve obligado a suplir dichas omisiones con sus propias aportaciones económicas, pues si bien los alimentos fueron establecidos a favor de los hijos, ello no significa que tengan que ser los hijos los

perceptores directos, sino que es el progenitor que los ampara el que figura como perceptor de dicha cantidad para su administración y gasto, en beneficio de los hijos, sin que el mero hecho de que éstos alcancen la mayoría de edad suponga un cese automático en la obligación de dichas prestaciones. Así se desprende de la aplicación de los arts. 93 y ss. del Código Civil (LEG 2889, 27). Si tanto el Tribunal Supremo [Sentencia de 24 de abril de 2000 (RJ 2000, 3378)] como las Audiencias Provinciales han reconocido la plena legitimación del progenitor con el que conviven los hijos mayores para reclamar los alimentos de estos, ello demuestra que dicho cónyuge debe ser conceptualizado como «agraviado» a los efectos del art. 228 del Código Penal, y por tan-

to legitimado para denunciar [SAP de Valencia (Sección 3.^a), de 12 de marzo, con cita de la de 9 de marzo de 2001; SAP Castellón 52/2003 (sección 3.^a), de 20 de febrero; SAP de Barcelona (sección 6.^a) de 10 de diciembre de 2006, la SAP de Valencia (sección 3.^a), de 12 de marzo; SAP de Barcelona (sección 3.^a) de].

En el presente caso la anterior controversia deviene irrelevante, no sólo porque no ha quedado probada la mayoría de edad de los hijos, sino porque en el acto del Juicio Oral compareció el hijo Javier que ratificó la denuncia de su madre manifestando que reclamaba por las pensiones.

Por todo ello procede desestimar el recurso confirmando la sentencia de instancia.

Sentencia 129/2010, AP Castellón, Sec. 2.^a, de 26 de marzo

Ponente: **Pedro Javier Altares Medina**

Resumen: **Información de la dispensa de declarar sobre parientes a testigos menores de edad**

Artículos: **259, 410, 416, 433.3, y 707 LECrim**

Aun cuando una reciente línea jurisprudencial se muestra partidaria de generalizar la información del artículo 461 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los testigos parientes, con independencia de que sean denunciantes o no, esta resolución entiende que, en el presente supuesto, es evidente que la menor no fue a denunciar en cumplimiento del deber general establecido en el artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino demandando la protección de las autoridades ante un hecho del que se sentía víctima.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Tercero.—En tercer lugar, se alega «infracción de normas del ordenamiento jurídico, concretamente de los arts. 433.3.º, 410, 707 y 416 LECrim».

Insiste la parte apelante en su planteamiento según el cual no hay razón alguna para que fuera excluida la presencia del letrado del acusado en la exploración de la menor; y en su consideración de que la testigo menor hija del acusado hubo de ser instruida de lo previsto en el art. 416.1 de la LECrim.

(...)

Sobre lo segundo, es cuestión dudosa (y no resuelta de manera uniforme ni siempre concordante por el TS) si a los testigos menores de edad se les debe informar de lo previsto en el art. 416.1 de la LECrim. Afirmativamente se ha respondido a ello en la Sentencia del TS núm. 957/2008, de 18 de diciembre, y en la sentencia del TS núm. 210/2003, de 17 de febrero. En otras sentencias se excluye que se haga dicha información a menores de corta edad, o menores de edad en general, respecto de los que se considere que el testigo no está en condiciones de comprender el alcance y sentido de la dispensa prevista

en el art. 416.1 LECrim (STS núm. 1069/2009, de 26 de octubre). Pero también en esta última sentencia se señala que, según se indicaba en la Sentencia del TS núm. 625/2007, de 12 de julio, no es aplicable el art. 416.1 LECrim cuando es la propia víctima, pariente del 416.1 LECrim, la que denuncia de forma espontánea y para obtener protección personal. Y se resalta en la sentencia indicada núm. 1069/2009, de 26 de octubre, el cambio introducido en el art. 433 de la LECrim por LO 8/2006, de 4 de diciembre, a partir de la cual al testigo menor de edad (sin distinción o especificación expresa más) no se le toma juramento o promesa de decir verdad, ni se le advierte ya de la obligación de ser veraces, ni de la posibilidad de incurrir en delito de falso testimonio; y que parece que con ello se parte del entendimiento de que el menor carece de capacidad para entender el alcance y trascendencia del acto. También la Sentencia del TS núm. 959/2006, de 11 de octubre, se muestra partidaria de no tener que informar al testigo menor de edad, víctima, de lo previsto en el art. 416.1 de la LECrim.

En el mismo sentido, la Sentencia del TS núm. 1225/2004, de 27 de octubre; y, menos claramente, la sentencia núm. 326/2006, de 8 de marzo. En el auto núm. 687/2006 del TS, de 29 de marzo, se mantiene también que en supuestos en que «es la propia víctima la que denuncia las prevenciones de dicho artículo» (se refiere al 416.1 LECrim) «son superfluas y en todo caso su omisión ninguna relevancia tiene».

En igual sentido las sentencias del TS núm. 101/2008, de 20 de febrero.

La sentencia núm. 129/2009, de 10 de febrero, contempla un supuesto que no coincide con el supuesto que nos ocupa, ya que la testigo ya era mayor de edad cuando denunció.

Respecto de las STS núm. 13/2009, de 20 de enero, citada por el apelante, más allá del pasaje citado, se refiere a una problemática muy diferente de la que nos ocupa.

En la STS núm. 31/2009, de 27 de enero, también citada por el apelante, se refería a la problemática planteada en relación con una testigo, pariente del 416.1 de la LECrim, que se niega a declarar en el juicio oral, siendo ya mayor de edad; considerando el TS que no podía incorporarse al plenario lo declarado por ella en

instrucción ni por la vía del art. 730 de la LECrim, ni por la vía del art. 714 de la LECrim.

La reciente sentencia del TS núm. 160/2010, de 5 de marzo, se muestra partidaria de generalizar la información del art. 416.1 LECrim en relación con los testigos parientes incursos en alguno de los parentescos previstos en dicho precepto, con independencia de si aquéllos fueron denunciadores o no. Sin embargo, no se trata de una doctrina claramente consolidada (según se indica en la propia sentencia citada); y, sobre todo, no se refiere a la problemática específica que se plantea en relación con los testigos menores de edad. Insistimos en que, tratándose de menores víctimas de delitos, este dato constituye un dato adicional muy relevante con respecto a la problemática suscitada con respecto a si al testigo denunciante, pariente del art. 416.1 LECrim, se le debe instruir de lo dispuesto en éste. Y es que, al margen de la cuestión acerca de si el menor está o no capacitado para decidir la alternativa que dicho precepto ofrece, lo que sí es indudable es el general designio constitucional y legal de protección preferente del *bonum filii* (y que comprende, prioritariamente, cabría señalar, su protección frente a los delitos de los que pueda ser víctima).

En nuestro caso, es evidente que la menor no fue a denunciar en cumplimiento del deber general establecido en el art. 259 de la LECrim, sino demandando la protección de las autoridades ante un hecho del que se sentía víctima. No parece que en tales casos tenga mucho sentido informar a la denunciante de lo previsto en el art. 261 de la LECrim. Parece superfluo, porque es obvio, que, aunque se tuviera conocimiento de la previsión contenida en este precepto, la denunciante no modificaría su decisión de denunciar, decidida no en base al art. 259 de la LECrim, sino para demandar protección y pedir que se castigue al infractor. También nos parece superfluo y un puro formalismo informar a la menor del art. 416.1 de la LECrim, cuando es obvio que no iba a hacer uso de la dispensa, ya que lo que demanda al denunciar es que se adopten medidas contra su padre al que denuncia. Siendo esto así, y siendo dudoso con carácter general que a los menores (a los que, antes que nada, no lo olvidemos, hay que proteger —entre otras cosas, de los delitos de los

que puedan ser víctimas—) se les deba de hacer algún tipo de advertencia general antes de su declaración como testigo, y en particular que se les deba plantear una cuestión para la que es dudoso que tengan capacidad de juicio para poder afrontarla y resolverla, nos decantamos por admitir como válido el testimonio de la testigo menor que denunció solicitando protección frente al acusado, insistiendo en tal demanda en el acto del juicio al igual que su representante legal con la que no tenía el conflicto de interés producido en relación con su padre acusado (las cuales es obvio que, además, interesan, aun no

habiéndose constituido como parte acusadora, que se imponga la sanción que proceda).

En estas circunstancias, nos resultaría artificial y carente de sentido acceder a la declaración de nulidad de actuaciones solicitada por la parte apelante (la cual, hemos de recordar, ni siquiera interesó en tiempo oportuno que se diera cumplimiento al art. 416.1 de la LECrim. No hizo petición alguna en tal sentido antes de la declaración de la menor, o en el momento de ir a practicarse ésta; sino que dejó constancia de su protesta en tal sentido después de producirse la declaración de la testigo).

Sentencia 190/2010, AP Granada, Sec. 2.^a, de 26 de marzo

Ponente: **María Aurora González Niño**

Resumen: **Atentado: agresión a personal sanitario**

Artículos: **550 y 551 Código Penal**

Cuestiona el recurso del apelante la concurrencia del elemento objetivo de ser el perjudicado funcionario público en el ejercicio de sus funciones en este supuesto en el que la médico es agredida por un paciente que requiere sus servicios.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—En el expresado procedimiento recayó sentencia con fecha 27 de enero de 2009 que declara probados los siguientes hechos:

«Sobre las 11:00 horas del día 14 de octubre de 2006, tras requerir el acusado Domingo asistencia médica a través del 061, Tarsila, médico del ambulatorio de Alhama de Granada y en servicio de guardia, se personó a tal fin en la puerta del domicilio del acusado sito en la calle [...] de la localidad de Santa Cruz del Comercio y tras comprobar que no presentaba lesión física y que se encontraba hiperactivo intentó ponerle un tranquilizante momento en que Domingo empezó a decirle que iba a prender fuego.

Nuevamente el día 15 de octubre de 2006, sobre las 18:00 horas, el acusado Domingo volvió a requerir asistencia médica indicando que tenía rota la tibia y el peroné, por lo que la médico Tarsila se personó en su domicilio y al encontrarlo sentado en la puerta del mismo con un pañuelo atado en la pierna derecha intentó ex-

plorarla momento en que le golpeó tres veces en la mano. A consecuencia de los referidos hechos Tarsila sufrió agravación de epicondilitis derecha preexistente y trastorno por estrés postraumático, habiéndose requerido una sola asistencia facultativa y precisando para sanar 88 días de los que 57 fueron improductivos para su actividad habitual. Del mismo modo y al causar Tarsila por tales hechos baja laboral hubo de ser sustituida desde el 19 de octubre al 30 de noviembre de 2006 lo que originó un gasto al Servicio Andaluz de Salud de 6.768,24 euros por la referida sustitución, a razón de un salario diario de 159,66 euros»,

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Otro tanto se puede decir de la concurrencia en este caso, como elemento objetivo del delito de atentado, del carácter de funcionario público del sujeto pasivo, que también cuestiona el recurrente por no haber acreditado las partes acusadoras, se entiende que documentalmente, la condición de funcionario de carrera de la médico

agredida ya que, según el personal y subjetivo criterio del Letrado de la Defensa, quedarían fuera del amparo penal otras categorías de empleados públicos como los que prestan servicio a la Administración con contratos laborales, o los sustitutos e interinos. Se trata de un nuevo error jurídico de la parte tratando de soslayar el amplio concepto que del funcionario público ofrece el propio Código Penal en su art. 24, interpretado por la jurisprudencia en distintas sentencias de las cuales destacan las citadas y parcialmente transcritas en la sentencia apelada, la de 20 de mayo de 1993 y 4 de diciembre de 2007, a las cuales nos remitimos, y en las que el Tribunal Supremo confirmó el delito de atentado cometido contra personal médico de la Seguridad Social o de los sistemas públicos de salud, aun cuando mediara una relación laboral de éstos con la Administración.

A mayor abundamiento, se debe señalar que el concepto penal del funcionario *ex* art. 24 del CP es mucho más amplio que el que ofrece el Derecho administrativo, pues si para éste son funcionarios públicos las personas incorporadas a la Administración por una relación de servicios permanentes, profesionales y retribuidos, el concepto penal tan sólo exige la mera participación en la función pública con independencia de las categorías y definiciones meramente administrativas, que son intrascendentes en Derecho penal

porque lo que importa es proteger la función y el servicio público de forma eficaz, y nada importan en este campo ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario, ni siquiera la estabilidad o la temporalidad en el ejercicio de la función o servicio (STS de 22 de abril de 2004, 27 de enero de 2003, 5 de abril de 2002...), habiendo destacado expresamente el Tribunal Supremo la irrelevancia de que el funcionario sea de plantilla, de carrera o interino, porque lo que define la condición de funcionario público en Derecho penal es su participación en funciones públicas (STS de 23 de diciembre de 2004).

Desde esta perspectiva se habrá de desestimar el motivo aducido por el recurrente, pues además de que la propia ofendida reiteró en el acto del juicio oral su condición de funcionaria de carrera como médico APD, lo importante no es su categoría funcional a los efectos penales que nos ocupan sino su relación de dependencia con el Servicio Andaluz de Salud, plenamente demostrada, al encontrarse destinada a la fecha de autos como médico de familia en el centro de salud de Alhama de Granada y Santa Cruz del Comercio, en el ejercicio de cuyas funciones y como consecuencia de éstas fue agredida por el paciente.

Sentencia 51/2010, AP Madrid, Sec. 7.ª, de 26 de marzo

Ponente: **María Teresa García Quesada**

Resumen: **Descubrimiento y revelación de secretos: copia de escritura notarial indebidamente librada**

Artículos: **197.1, 390.1.1.º, 2.º y 3.º y 396 Código Penal**

El acusado, prevaliéndose de su puesto de trabajo en el Colegio Notarial, llamó por teléfono desde las oficinas del Colegio a una notaría situada en Navacarnero, y, manifestando que era trabajador del Colegio Notarial y que su esposa necesitaba urgentemente una copia de una escritura, consiguió que una de las empleadas de dicha notaría se la remitiera, primero por fax y luego por correo. El acusado presentó esta copia en un procedimiento judicial.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Los hechos declarados probados son igualmente constitutivos de un delito de des-

cubrimiento y revelación de secretos del Artículo 197.1.º del Código Penal.

Dice el tenor literal de la Ley «1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimi-

dad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.

Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.

4. Si los hechos descritos en los se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior.

5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.

6. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente

previstas en los números 1 a 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado 5, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años».

Son los elementos objetivos del delito del artículo 197.1 del Código Penal:

1.º la conducta típica, en la que se pueden distinguir dos modalidades: apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, y la interceptación de telecomunicaciones o la utilización de artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o cualquier otra señal de comunicación.

2.º Sujeto activo del tipo básico podrá ser cualquiera, «el que», dice el texto legal; y

3.º Sujeto pasivo, ha de ser el titular del bien jurídico protegido y se corresponderá con el de objeto material del delito, pues el concepto que se examina utiliza el posesivo «sus» referido a papeles, y también al otro supuesto, intercepta «sus telecomunicaciones».

4.º La conducta típica, se consuma con el apoderamiento, interceptación, etc., sin necesidad que se produzca el efectivo descubrimiento de los secretos, o vulneración de la intimidad, siendo posibles las formas imperfectas de ejecución, tentativa acabada o inacabada.

5.º El elemento subjetivo del delito, constituido por la conducta típica que ha de ser dolosa, pues no se recoge expresamente la incriminación imprudente, exigida conforme al artículo 12 CP 95, ha de llevarse a cabo con la finalidad de descubrir secretos o vulnerar la intimidad, ya que la dicción literal del precepto emplea la preposición «para» (TS Sala 2.ª, S 10 de diciembre de 2004).

Así en el supuesto que ha sido descrito en el relato fáctico, puede afirmarse que concurren todos los aludidos requisitos.

En efecto, el acusado se hizo de forma subrepticia con la escritura, no siendo cierto, como afirma, que la misma se encontraba en su domicilio, y aun cuando así fuera, no era de su propie-

dad ni tenía autorizado el acceso a la misma por las personas que en dicha escritura figuraban.

En dicha escritura se contienen datos relativos a las circunstancias personales y familiares de la denunciante, con indicación de sus domicilios, y se contienen expresas menciones a bienes de carácter patrimonial, distintos de los inmuebles, pues consta la referencia a las cuentas bancarias y sus saldos, los paquetes de acciones y fondos de inversión que formaban asimismo parte de la herencia, debidamente identificados. Tales datos pertenecen claramente a la intimidad de sus titulares, quienes se encuentran protegidos en orden a su derecho a publicitar, o no su patrimonio en ámbitos distintos de donde es obligada su comunicación.

El argumento esgrimido por la defensa en el sentido de que tales datos son públicos no es de recibo, ya que no es cierto. Lo que es público,

por constar inscrito en los oportunos registros, es la titularidad de los bienes inmuebles y el concepto por el que se adquieren, pero no las demás circunstancias expuestas que constan en la escritura y que la denunciante no tenía intención de dar a conocer a su esposo. Y así se deduce de las notas simples registrales aportadas como prueba por la propia defensa, ya que en ellas no se hace mención alguna a los datos que se han enumerado.

Concorre además el elemento subjetivo que se ha puesto de manifiesto en la anterior relación, toda vez que la finalidad de la obtención de tal escritura era la de demostrar la capacidad económica de la denunciante, a los efectos económicos que procedieran en el divorcio pendiente, sin que estuviera en modo alguno legitimado para ello, ya que todos los bienes adquiridos por título sucesorio tendrían carácter privativo.

Auto 140/2010, AP Madrid, Sec. 4.^a, de 26 de marzo

Ponente: **Josefina Molina Marín**

Resumen: **Impago de pensiones: se pagan las cuotas pero no los incrementos del IPC**

Artículos: **227.1 Código Penal**

Lo que se reclama por la acreedora de la pensión son los incrementos del IPC y el período en el que, al amparo de una resolución que no era firme, se rebajó la pensión alimenticia, discutiendo la obligación del pago del seguro, la cual, según el imputado, está dentro de la pensión de alimentos. Por ello, la Audiencia confirma el auto de sobreseimiento dictado en la fase de instrucción.

EXTRACTOS DEL AUTO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...).

Delimitados los requisitos propios del delito de abandono de familia contemplado en el art. 227 CP, no cabe duda de que estos elementos que la configuran son susceptibles de valoración judicial al objeto de discernir sobre su concurrencia en la conducta que se imputa; es decir, el mero impago de la prestación económica, su pago parcial o el retraso en su abono no determinan sin más la existencia del delito

que sanciona el art. 227 del Código Penal, habida cuenta de que pueden concurrir otras circunstancias que o bien justifiquen esta conducta o bien determinen su atipicidad en el orden penal (incumplimiento carente de trascendencia), pudiéndose obtener el resarcimiento del perjudicado por otra vía también hábil pero menos traumática que la apelación al Ordenamiento Jurídico Penal —principio de intervención mínima—.

En el caso de autos, por Sentencia de 4 de octubre de 2005, se acuerdan las medidas en

relación al hijo común de las partes, fruto de su relación de pareja de hecho, en la que se fijaba una pensión alimenticia a favor del menor de 750 euros, cantidad que se revisaría a partir de enero de 2007, para adaptarla a las variaciones del IPC, así como el abono del 50% de los gastos extraordinarios. Llegado el mes de enero de 2007, el imputado continúa pagando los 750 euros, sin el incremento del IPC, que elevaría esa cantidad a 770'25 euros, siendo a partir de mayo cuando abona 768 euros. En ese año interpone demanda de modificación de medidas, en la que recayó sentencia estimatoria el 4 de junio de 2007, reduciendo a 500 euros mensuales la pensión de alimentos, fecha a partir de la cual se aquieta a esta rebaja, pese a que no es firme, y comienza a abonar 500 euros, y en julio 384, para deducir el exceso abonado en el mes de junio. En fecha 21 de febrero de 2008 se estimó el recurso de apelación contra la sentencia de 4 de junio de 2007, manteniendo el pronunciamiento que sobre pensión alimenticia se contiene en la sentencia de 4 de octubre de 2005, pese a lo cual el imputado continuó abonando 500 euros hasta el mes de mayo que continuó con los 750 euros, cuando por el incremento del IPC, le correspondía abonar 802,60 euros. Además la querellante le reclama el pago del 50% del seguro médico dental de los años 2006, 2007, y 2008.

Consecuentemente lo que se reclama, son los incrementos de IPC, y el período en el que al amparo de una resolución que no era firme, rebajó la pensión alimenticia, discutiendo la obligación del pago del seguro, que según el imputado está dentro de la pensión de alimentos.

Teniendo en cuenta que el bien jurídico protegido por el tipo delictivo de referencia por su ubicación en el Código Penal, tratándose de un especie de abandono de familia y como tal, de un delito contra la seguridad de las personas con el que se pretende otorgar máxima protección a quienes, en crisis matrimoniales, padecen las consecuencias de la insolidaridad del obligado a las prestaciones; no se está sancionando el impago de una deuda, de una simple obligación civil, sino por el contrario se está sancionando a quien deja desamparada a su familia y abandona los deberes derivados de

la paternidad, abandono que en este caso no se evidencia.

De ahí que en definitiva se comparta la conclusión del instructor, al acordar el sobreseimiento provisional y no quepa criminalizar la conducta del denunciado, sin perjuicio, en su caso, de acudir a la vía civil lo que conduce a la desestimación de la apelación entablada con la consiguiente confirmación de la resolución recurrida, teniendo en cuenta que en el ordenamiento penal no se atiende al automatismo que se pretende por la recurrente, consistente en que siempre que en esta materia exista una situación de impago, necesariamente ha de seguirse la condena penal. Como enseñan las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de julio de 1999 y 3 de abril de 2001, el precepto penal invocado podría suponer una forma encubierta de «prisión por deudas» cuando su interpretación se rija por criterios de automatismo derivados de la mera existencia de una deuda civil. Ahora bien la prisión por deudas se encuentra expresamente prohibida por el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, que dispone que «nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual», precepto que se integra en nuestro Ordenamiento Jurídico, conforme a lo dispuesto en los arts. 10.2.º y 96.1.º de la Constitución Española.

A ello ha de unirse el principio de intervención mínima, siendo necesario acudir a la jurisprudencia penal posterior a la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 de julio (RCL 1981\1700) del divorcio, en relación con la aplicación del delito de abandono de familia. En ellas [por ejemplo, sentencias del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1986 (RJ 1986\5487), 7 de marzo de 1988 (RJ 1988\1577)] se recuerda la trascendencia que debe reconocerse en el ámbito familiar del principio de intervención mínima del Derecho Penal, así como la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de unos cauces, suficientemente generosos, para que los interesados puedan resolver —en la medida de lo posible— los problemas que necesariamente suscitan las situaciones de crisis familiares.

Sentencia 29/2010, AP Murcia, Sec. 2.ª, de 26 de marzo

Ponente: **Abdón Díaz Suárez**

Resumen: **Agresión sexual: interpretación de la agravación por el empleo de medios peligrosos. Llave inglesa; destornillador**

Artículos: **163.1, 178, 179, 180.5.º y 617 Código Penal**

Explica la sentencia por qué los hechos relatados como probados no atraen la aplicación del subtipo agravado, a pesar de que aparecen una llave inglesa y un destornillador. Se motiva el diferente alcance de estos medios en distintas figuras delictivas del Código Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Los hechos no atraen el subtipo agravado del art. 180.1.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Puede resumirse la doctrina del Tribunal Supremo sobre el art. 180.1.5 en los términos siguientes, conforme exponen la STS 15/2006, de 13 de enero y la de 1 de julio de 2007.

«Hay una tendencia a comparar esta norma con la del art. 242.2 que recoge una agravación paralela para el delito de robo con violencia o intimidación en las personas en los casos en que «el delincuente hiciere uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos que llevare...». Y ello para destacar el carácter más restrictivo de ciertas expresiones utilizadas en el precepto que estamos examinando [180.1.5a)].

Aparece a primera vista la restricción derivada de la expresión que, con relación a tales armas o medios peligrosos, precisa así: «susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este código». Esta expresión revela la voluntad del legislador de dar a esta agravación un alcance menor que el del citado 242.2. No obstante, entendemos que con escasa o nula relevancia práctica, ante la dificultad de que puedan existir armas o medios peligrosos que sean aptos para producir lesiones de los arts. 147 o 148 y no lo sean para las de los 149 y 150 o para el homicidio.

En el texto inicial de esta circunstancia 5.ª aparecían los términos «medios especialmente peligrosos» hasta que la LO 11/1999 los sustituyó por «medios igualmente peligrosos», que es lo que dice y siempre ha dicho el referido art. 242.2.

El adverbio especialmente vino utilizándose como una manifestación más de esa voluntad restrictiva del legislador, lo que sirvió de pauta a esta sala para justificar una interpretación estricta, argumento que, evidentemente, tras la mencionada modificación legal ya no cabe utilizar (SSTS 722/2001, de 25 de abril, 1081/2004, de 30 de septiembre y 1300/2005, de 8 de noviembre).

Sin embargo, este criterio restrictivo a la hora de interpretar y aplicar este art. 180.1.5.a) continúa en base a otros argumentos diferentes que examinamos a continuación.

D) El primero, y más importante sin duda, se deduce del principio de proporcionalidad.

Refiriéndonos al caso más grave, que es el aquí examinado, el de la agresión sexual con acceso carnal, para el que se ha restablecido el término violación, la pena, concurriendo una sola de las circunstancias modificativas del art. 180, va de 12 a 15 años de prisión, superior a la del homicidio del art. 138 para el que se prevé de 10 a 15 años de prisión. Ciertamente hay que respetar la voluntad del legislador. No podemos prescindir de esta pena, ni rebajarla sin causa legal; pero esto nos obliga a seguir la mencionada vía de la interpretación estricta en pro de una aplicación al menor número de casos posibles. La pena para el delito básico en estos casos, la del art. 179, va de 6 a 12 años.

E) Hay otro argumento con frecuencia utilizado por esta sala en pro de esta tendencia restrictiva, que se deduce del principio *non bis in idem*, principio que la doctrina del TC enlaza con el de legalidad del art. 25.1 CE. Se utiliza al respecto una razón, quizá discutible, al considerar que lo habitual en esta clase de delitos es uti-

lizar para las amenazas algún instrumento de las clases que objetivamente podrían encajar en los términos armas o medios peligrosos usados en esta norma penal, con lo cual lo que habría de ser la excepción propia de los delitos cualificados se convertiría en la regla general, la propia de los delitos básicos. Para evitar esta consecuencia indeseable, se acude a esta vía de la interpretación restrictiva. De otro modo, aquello que vale para constituir el elemento violencia o intimidación, el uso de arma o medio peligroso, con frecuencia el único elemento usado al respecto, se utilizaría dos veces en la punición del hecho, una para aplicar el art. 178 y otra para esta agravación 5.ª. Por esto venimos hablando de posible vulneración del principio *non bis in idem* en estos casos.

F) La concreción de esta aplicación del art. 180.1.5.ª con carácter restrictivo se encuentra, con cierta asiduidad, en la exclusión de aquellos casos en que el arma o medio peligroso se utiliza sólo para exhibirlo, de modo que la víctima quede intimidada al conocer el elemento de que dispone su agresor. Enseñar el arma de fuego, el arma blanca o el instrumento útil para otras cosas pero que puede causar lesiones por su uso espurio, como un destornillador, un martillo, una maza o simplemente una garrota o un palo, y no utilizarlo después en la agresión realizada, se considera que no basta a los efectos de la cualificación que estamos examinando.

G) Por último, conviene añadir aquí algo también reiteradamente proclamado por esta sala: en todo caso hay que tener en cuenta, con criterios objetivos, el instrumento utilizado y la forma en que se usó.

Tal doctrina jurisprudencial se encuentra, entre otras, en nuestras Sentencias 264/2007, de 30 de marzo; 1353/2005, de 16 de enero; 1158/2004, 939/2004, 1605/2003, 1487/2003, 283/2003, 722/2001, 431/1999 y en otras que en estas mismas se citan».

Tercero.—Ninguno de los dos primeros hechos atrae el subtipo agravado del núm. 5 del artículo 180 del Código Penal. En el caso de Ana porque, acaso por la distancia temporal y la tensión de un relato que rememora hechos traumáticos, en el juicio sitúa el empleo por Cándido de la llave inglesa una vez que éste culmina sus violencias eróticas sobre ella.

En los episodios que afectan a Guillerma, tanto la acusación pública como la particular, en sus correspondientes escritos conclusorios, atribuyen al procesado la exhibición del destornillador sólo al tiempo de interceptarla e introducirla en el vehículo, destornillador que sólo vuelve a esgrimir aquella, en actitud de defensa.

La agravación prevista en el artículo 180.5.º CP no castiga el ataque a la libertad sexual, sino el riesgo contra la incolumidad física que supone el uso de medios especialmente peligrosos. Así pues, el factor relevante para la aplicación de este precepto no lo será «el instrumento», sino «el uso» que el sujeto haga del mismo, de tal manera que la mera presencia del instrumento no integraría el subtipo agravado, si no se hace un uso de aquel que pueda poner en riesgo la integridad física del sujeto pasivo. Por consiguiente, si el bien jurídico protegido por el precepto es la vida y la salud corporal de la víctima de una agresión sexual, parece razonable aceptar que el artículo 180.5.º CP esté reservado para los supuestos en los que el ataque sexual se ejecuta no con el empleo de intimidación, sino con el uso de violencia con medios «especialmente peligrosos». No procede, por lo tanto, la apreciación automática de esta agravación ante el empleo de cualquier arma con efectos meramente intimidatorios, ya que ello podría determinar una injustificada exacerbación punitiva, con eventual vulneración del principio *non bis in idem*, al determinar la acción intimidatoria al mismo tiempo la calificación de la conducta como agresión sexual y su cualificación como agresión agravada, de tal manera que la mera exhibición del instrumento no es suficiente para integrar el subtipo agravado cuando no se aprecie un peligro especialmente relevante y constituya el único elemento que integra la intimidación.

En el caso que se decide se está ante una episódica exhibición que surge *ab initio* y cesa casi de inmediato, sin que llegue a impregnar de eficacia comisiva y conminatoria todo el trayecto delictivo, ni a ser preludeo de violencias y excesos que sucederán en un marco temporal posterior y en un espacio diferente.

Fuera de la sorpresa inicial en la que se ve abordada, es muy escasa la sugestión intimidatoria que la visión del destornillador ejerce sobre Guillerma. Tan pronto como logra reaccionar, y

al no conseguir que el procesado atendiera sus deseos y la dejara bajar, trata de abrir la puerta del vehículo, y aquél no emplea ya el destornillador, sino su fuerza física para sujetarla con el brazo, combinando esa fuerza con la persuasión que envuelve las insinuantes promesas de cocaína que asegura llevar.

El procesado sigue conduciendo con ambas manos, mientras el destornillador ha quedado abandonado en el vehículo y olvidado.

Para nada precisa de él Cándido cuando llegan a un paraje solitario, en el que la mujer queda a su merced, y le basta para imponerle sus apetencias lúbricas con su superioridad física. Sólo entonces será fugazmente recuperado y esgrimido como arma de defensa, no por el acusado, sino por Guillerma. Pero con ello sólo logrará tal despliegue sobre ella de fuerza bruta sin empleo de arma o instrumento alguno, que le llevó a creer estar próxima a su fin.

Sentencia 218/2010, AP Sevilla, Sec. 3.ª, de 26 de marzo

Ponente: Ángel Márquez Romero

Resumen: **Delito urbanístico: edificación ilegal. No autorizable**

Artículos: **319.2 y 3 Código Penal**

Alega la parte recurrente que la edificación que se levantó ilegalmente en suelo no urbanizable es susceptible de autorización posterior. La sentencia resuelve cómo interpretar la mención que se contiene en la figura delictiva.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Tercero.—Igualmente se alega, infracción de precepto legal al haberle condenado por el delito previsto en el art. 319.2 del Código Penal resultando que la edificación levantada en suelo no urbanizable es susceptible de autorización posterior. El motivo debe ser desestimado.

Como ya hemos tenido oportunidad de pronunciarnos en resoluciones anteriores sobre el mismo tema, el empleo del término «edificación no autorizable» que recoge el art. 319.2 del Código Penal, no se está refiriendo a la posibilidad de que en un futuro, pudiera modificarse la naturaleza del suelo y consiguientemente la legalidad urbanística, ya que si fuera ello así, no podría cometerse nunca este delito pues la calificación del terreno, es susceptible de cambio por el legislador o resolución de la administración competente en materia urbanística. Es evidente por tanto, que este elemento del tipo debe referirse a la ilegalidad de la edificación en el momento en que se realiza, no bastando con que la edificación se haya realizado sin licencia, ni que se haya hecho en suelo no urbanizable, sino

que se requiere además que, sea contraria a la legalidad urbanística vigente en ese momento y por tanto, no sea posible su autorización.

En el presente caso, está probado y no se discute que la vivienda construida por el acusado lo fue en suelo no urbanizable común, así lo afirma el Arquitecto Municipal en el plenario y es incluso admitido por los apelantes en su escrito de recurso; constando asimismo que la vivienda construida es ilegal al ser contraria a la Legislación urbanística. Además, de la escritura de compraventa de la parcela, y su inscripción registral, resulta claro que lo adquirido era terreno rústico.

Es cierto, tal y como señala el recurrente que la Legislación urbanística andaluza, permite llevar a cabo en el suelo no urbanizable determinadas edificaciones, en general, acordes con el uso natural, no urbano, de los terrenos y respetar las limitaciones o prohibiciones que se puedan establecer en la legislación sectorial o en el planeamiento urbanístico, cosa que no ha ocurrido en el presente caso.

El art. 20 de la Ley 6/1998 sobre régimen del Suelo y valoraciones, en su apartado 1 es-

tablece que «Los propietarios del suelo clasificado como no urbanizable tendrán derecho a usar, disfrutar y disponer de su propiedad de conformidad con la naturaleza de los terrenos, debiendo destinarla a fines agrícolas, forestales, ganaderos, cinegéticos u otros vinculados a la utilización racional de los recursos naturales y dentro de los límites que, en su caso, establezcan los leyes o el planeamiento».

La Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, en su art. 52 recoge lo actos que pueden realizarse en suelo no urbanizable, autorizando la realización de «las obras o instalaciones precisas para el desarrollo de las actividades enumeradas en el art. 50.B).a), que no estén prohibidas expresamente por la legislación aplicable por razón de la materia, por los Planes de Ordenación del Territorio, por el Plan General de Ordenación Urbanística y por los Planes Especiales». El art. 50 al que se remite el anterior (citado en la sentencia de instancia), incluye dentro de los derechos de los propietarios de estos terrenos «la realización de los actos precisos para la utilización y explotación agrícola, ganadera, forestal, cinegética o análoga a la que estén efectivamente destinados, conforme a su naturaleza y mediante el empleo de medios técnicos e instalaciones adecuados y ordinarios, que no supongan ni tengan como consecuencia la transformación de dicho destino, ni de las características de la explotación. Los trabajos e instalaciones que se lleven a cabo en los terrenos quedan sujetos a las limitaciones impuestas por la legislación civil y administrativa aplica-

bles por razón de la materia y, cuando consistan en instalaciones u obras, deben realizarse, además, de conformidad con la ordenación urbanística aplicable».

También permite el mismo art. 52, en su apartado B, «las edificaciones, construcciones, obras o instalaciones que, estando expresamente permitidas por el Plan General de Ordenación Urbanística o Plan Especial de desarrollo, sean consecuencias, entre otras, del normal funcionamiento y desarrollo de las explotaciones agrícolas (letra a), la necesidad justificada de vivienda unifamiliar aislada, cuando esté vinculada a un destino relacionado con fines agrícolas, forestales o ganaderos (letra b), la conservación, rehabilitación o reforma de edificaciones, construcciones o instalaciones existentes (letra c), aquellos que respondan a las características propias de los ámbitos del Hábitat Rural Diseminado (letra d) y la ejecución y el mantenimiento de las infraestructuras y los servicios, dotaciones y equipamientos públicos (letra e)».

En consecuencia, la construcción examinada en este caso (una vivienda compuesta por una edificación de 90 metros cuadrados de superficie, formada por tres habitáculos, además de piscinas y fosa séptica), no se ajusta a las normas de planeamiento vigentes en dicho municipio, pues no está vinculada a ninguno de los usos autorizados, al estar destinada a vivienda de los acusados, y haberse levantado en terreno clasificado no urbanizable común, y por tanto, la construcción realizada por el recurrente no es autorizable.

Sentencia 89/2010, AP La Rioja, Sec. 1.ª, de 29 de marzo

Ponente: **Luis Miguel Rodríguez Fernández**

Resumen: **CD y DVD destinados a la venta. Delitos contra la propiedad intelectual**

Artículo: **270.1 Código Penal**

Los hechos enjuiciados se refieren a la posesión y ofrecimiento en venta a terceros de CD y DVD que eran reproducciones no autorizadas de los originales pertenecientes a diferentes compañías discográficas y videográficas, lo que integra un delito del artículo 270 del Código Penal que configura un delito de resultado cortado que no precisa la venta efectiva del objeto. La Audiencia estima el recurso del Fiscal, revoca y condena.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—No obstante, la cuestión controvertida ya ha sido resuelta en ocasiones en esta Sala, partiendo del propio contenido del recurso y sin necesidad de modificar los incuestionados hechos que se declaran probados, entendiéndose evidente que no nos encontramos ante discrepancias relativas a la interpretación o valoración de prueba personal, sino ante una cuestión de naturaleza estrictamente jurídica, por cuanto partiendo de unos mismos hechos probados, el Ministerio Fiscal considera que determinan una consecuencia jurídica distinta del absolutorio pronunciamiento que adoptó la Juzgadora de la instancia, concretamente la de su relevancia penal en relación con lo dispuesto en el artículo 270 del Código Penal.

Siguiendo el criterio marcado por la sentencia de esta Sala de 20 de noviembre de 2009, el recurso debe ser estimado, por cuanto, como este Tribunal ha podido ya recoger en anteriores resoluciones dictadas al resolver recursos planteados frente a sentencias absolutorias procedentes de este mismo Juzgado de lo Penal, ninguno de los argumentos que expone la juzgadora permiten excluir la aplicación del precepto penal cuya infracción denuncia el Ministerio Fiscal. Los hechos objeto de este procedimiento, tal y como se declaran probado, se refieren a la posesión y ofrecimiento en venta a terceros de CD y DVD que eran reproducciones no autorizadas de los originales pertenecientes a diferentes compañías discográficas y videográficas, lo que íntegra la comisión del delito contra la propiedad intelectual que tipifica el art. 270 del Código Penal, que como han venido sosteniendo numerosas Salas de esta y otras Audiencias Provinciales, configura un delito de resultado cortado que no precisa de la venta efectiva del objeto, al resultar suficiente cualquier actuación que se realice dentro del ciclo de distribución de las copias ilícitamente obtenidas.

En todo caso, la expresión «distribución» incluye la contraoferta de la mercancía a otras personas, de modo que los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida constituyen la acción descrita en el tipo penal contenido

en el art. 270 del Código Penal. Tal precepto castiga a los que posean tales productos para su comercialización, no siendo pues necesario que se llegue a realizar actividad alguna de comercialización o tendente a dicha comercialización. Éste es el criterio mayoritariamente seguido por esta Audiencia Provincial. El art. 19 de la Ley de Propiedad Intelectual define la distribución de la siguiente manera: «Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma, y basta una interpretación literal, y desde luego no extensiva, del texto para poder afirmar, sin duda alguna, que la mera puesta a disposición del público, previo a la venta, es un supuesto que encaja en la acción típica de «distribuir». Poner a disposición consiste en colocar al alcance de los destinatarios (el público) y por cualquier medio, la obra, sin que sea necesaria la venta del producto».

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 4 de abril de 2005, señalando que «con independencia de que interpretar distribución como ofrecimiento a la venta es una interpretación posible del delito contra la propiedad intelectual puesto que la lesividad propia del delito contra la propiedad intelectual se fundamenta en el ofrecimiento en el mercado de productos sin autorización del titular de los derechos de explotación, los delitos contra la propiedad intelectual son delitos contra intereses generales para cuya consumación no es necesario probar un efectivo perjuicio para una o unas personas determinadas, perjuicio que de existir se tomará en consideración en orden a la determinación de la responsabilidad civil». También la Sentencia de la misma Audiencia de Barcelona de fecha 7 de abril del mismo año establece que «la distribución, a efectos legales, consiste, a tenor del art. 19 de la Ley de Propiedad Intelectual en la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma».

Finalmente debemos señalar que el precepto se refiere a una conducta realizada «en perjuicio de tercero» y no con efectivo resultado

de perjuicio, es decir, que el perjuicio a que se refiere el tipo no es propiamente el resultado del delito sino un elemento del tipo subjetivo correlativo al ánimo de lucro, que lo convierte en un delito de tendencia, la de obtener un beneficio a consta de la propiedad intelectual ajena como viene a señalar la Juzgadora de la instancia en la sentencia recurrida, aunque, también debe tenerse en cuenta que en todo caso, desde el momento en que se ponen a la venta o en distribución copias de obras ilegalmente obtenidas ya se está provocando un perjuicio económico a los titulares de los derechos sobre las mismas, y tampoco el número de copias ofrecidas en venta desvirtuaría en este caso la comisión del delito, porque el tipo no establece ningún tipo de exigencia en cuanto a un límite mínimo al respecto.

Por otro lado, tampoco puede el Tribunal compartir el argumento relativo a la aplicación del principio de intervención mínima del derecho penal, por cuanto que el mismo está dirigido al Legislador para limitar el establecimiento de sanciones penales a aquellas conductas que pueden proteger los bienes jurídicos de otra forma menos gravosa para los derechos individuales, pero tal principio no puede restringir la punibilidad de aquellas transgresiones que cumplen todos los elementos de la infracción penal, como en este caso la infracción de los derechos de propiedad intelectual acreditados. En este sentido se cita la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid Sec. 1.ª de 17 de abril de 2009, núm. 238/2009. Y Sentencia de la Audiencia Provincial Madrid, Sec. 1.ª, de 2 de abril de 2009, núm. 146/2009, Rec. 84/2009.

Sentencia 352/2010, AP Madrid, Sec. 17.ª, de 29 de marzo

Ponente: **Manuela Carmena Castrillo**

Resumen: **Delito contra la integridad moral: trato humillante y degradante contra persona que quiere cambiar de sexo**

Artículos: **139.1, 172, 173.1 y 243 Código Penal**

El fundamento jurídico decimotavo motiva los actos que califica la sentencia como atentatorios contra la integridad moral de la víctima: privación de libertad física de deambulación, de contacto y comunicación con el exterior; imposibilitación de comunicarse con visitas en su domicilio, y, finalmente, humillaciones físicas que las acusadas causaron a la víctima para violentar su sexualidad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Decimotavo.—Los hechos declarados probados constituyen también un delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código Penal. Dice el art. 173 del Código Penal que comete este delito quien infrinja a una persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, que será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

Radica por tanto esta figura delictiva en torno precisamente al contexto de lo que es el bien jurídico protegido en el título séptimo del libro

segundo del Código Penal es decir la integridad moral, reconocida en el art. 15 de la Constitución Española. Éste tras, manifestar que todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, prohíbe, en consecuencia, todo tipo de torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, consagrando en dicho precepto constitucional, tanto la integridad moral como la integridad física en un concepto más amplio de integridad personal.

Sin que podamos confundir el concepto de integridad moral con el concepto de integridad física —en la que incluimos la integridad psíquica

ca— protegida a través de los delitos contra la vida e integridad (delitos de homicidio o lesiones), ni con doblegamiento de la voluntad, que afectaría al derecho a la libertad protegido en el Código Penal en los delitos contra la libertad.

El concepto de integridad moral ha sido definido por la doctrina como el conjunto de sentimientos, ideas y vivencias cuyo equilibrio permite, al optar el individuo entre distintas posibilidades proyectarse en la unicidad de cada uno de los seres humanos y en el libre desarrollo de su condición de persona. Desde esta perspectiva la integridad moral estaría constituida por la inviolabilidad de la conciencia y el derecho de todo ser humano a recibir un trato acorde a su condición de persona (Rodríguez Mesa: torturas y otros delitos contra integridad moral cometidos por funcionarios públicos edición, Ares. Granada 2000 páginas 172 a 173).

Objeto o bien jurídico protegido no es la integridad física —en su concepto global de salud corporal y mental— sino la integridad moral, que constituye un bien jurídico reconocido expresamente por el art. 15 de la Constitución española como distinto y diferenciado de la integridad física.

Dicho precepto reconoce el «derecho» de todos a la vida y a la «integridad» física y «moral». Asimismo, el nuevo Código penal de 1995 dedica, por primera vez, un título específico a la tutela de la «integridad moral», reconociendo la autonomía y relevancia de este «derecho» y su condición de bien jurídico merecedor de tutela penal. Se trata del Título VII del libro II («De las torturas y delitos contra la integridad moral»).

La colocación sistemática del título entre los delitos contra bienes jurídicos más «fundamentales» (la vida, la libertad, la integridad física), contribuye a resaltar la relevancia del bien jurídico que se tutela y la gravedad de los atentados contra el mismo.

La integridad moral se configura, constitucional y penalmente, como valor autónomo, independiente de otros bienes jurídicos, en especial del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad o al honor, radicando su esencia en la necesidad de proteger la «inviolabilidad de la persona», o su «incolumidad» —el derecho a la integridad moral es el derecho de toda persona

a recibir un trato acorde con su condición de ser humano libre y digno, a ver respetadas su personalidad y voluntad, a no ser rebajado o degradado a una condición inferior a la de persona, a no ser tratado nunca como un simple objeto—.

La integridad moral, como integridad personal, aunque íntimamente relacionada con el concepto de «dignidad humana» no debe ser confundida con ésta, pues «la dignidad humana» se configura como base y sustento de todos los derechos fundamentales (en el art. 10 CE constituye uno de los fundamentos del orden político y de la paz social), y también como base del derecho a la integridad moral (a la que se refiere el art. 15 de la Constitución Española) tiene una mayor concreción: es el interés de toda persona a ser respetada como tal, a no ser sometida a comportamientos que se dirijan a humillarla o a generarle sentimiento de humillación, utilizándola como mero instrumento o «cosa» en manos del sujeto activo.

Dijo el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación —que suscribió íntegramente la letada de la acusación particular — que las acusadas infringieron a Marcelina un trato humillante y degradante. Éste quedó totalmente acreditado tal y como hemos podido comprobar en la fundamentación fáctica de esta sentencia. El cruel comportamiento, que las acusadas desarrollaron con quien bondadosamente y gratuitamente les había acogido en su domicilio, tiene tres aspectos. Cada uno de ellos por sí mismo, ya constituye una expresión de indudable trato humillante y degradante, pero desgraciadamente en este caso al coincidir los tres hicieron aun más intolerable y brutal el trato que Marcelina sufrió.

Un primer aspecto es el relativo a la privación que sufrió Marcelina de su libertad física de deambulación de contacto y comunicación con el exterior. Es así que en los hechos que hemos afirmado recogemos que las acusadas a partir del mes de mayo aproximadamente no la dejaban salir sola de su domicilio y que cuando las dos acusadas salían juntas la dejaban encerrada, que la habían quitado el teléfono móvil y que cuando aún lo tenía, eran ellas mismas quienes contestaban a sus llamadas, tanto en ese teléfono móvil como en el fijo, dando constantes excusas para que la misma no pudiera ponerse al teléfono.

Asimismo las acusadas impidieron que Marcelina pudiera entrevistarse con las personas que acudieron a su domicilio para interesarse por su salud y visitarla. Nunca permitieron a ninguna de las amigas o vecinos de Marcelina que la visitarán, esgrimiendo también excusas vanas como que estaba descansando o que no era el momento oportuno. Las acusadas además completaron este aislamiento físico arrancando los tiradores de las persianas de la habitación que ocupaba habitualmente Marcelina para que siempre permanecieran bajadas y en modo alguno pudiera Marcelina intentar algún tipo de comunicación con sus vecinos.

Un segundo aspecto del trato degradante y humillante que componen la acción de este tipo penal es el relativo a las humillaciones físicas que las acusadas infringieron a Marcelina para violentar su sexualidad como las que consin-

tieron en obligarla a dejarse grabar desnuda, mientras que era depilada del bello masculino que la misma había logrado incrementar como consecuencia del tratamiento hormonal que había seguido. Asimismo también las acusadas María Purificación y Lina obligaron a Marcelina a vestir ropa claramente femenina como faldas y tacones. A la vez y delante de ella les dijeron a los vecinos con tono despectivo para justificar una indumentaria que jamás llevó Marcelina que últimamente le gustaban los hombres. Se jactaron también las acusadas frente a amigas de Marcelina de que, si querían, podían prostituirla y obligarla a una boda de connivencia.

Un tercer aspecto del trato degradante y humillante propio del tipo penal lo constituyen todos los actos relativos a los constantes castigos físicos que la misma sufrió, fundamentalmente, durante las noches.

Sentencia 74/2010, AP Murcia, Sec. 3.^a, de 29 de marzo

Ponente: **Juan del Olmo Gálvez**

Resumen: **Violencia en el ámbito familiar: necesidad de que el relato fáctico explicita la vulnerabilidad de la víctima**

Artículos: **153 y 617 Código Penal y 741 LECrim**

Plantea el recurrente —y contesta la sentencia— la cuestión de si, al no recogerse en el relato de hechos probados de la sentencia la precisión de una situación de discriminación, desigualdad o dominación en la relación de pareja, no debe pensarse por el tipo del artículo 153 del Código Penal, sino por la falta.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Se plantea en este caso la cuestión ya suscitada ante esa Sala, y resuelta entre otras sentencias por las tres últimas Sentencias de 26 de marzo de 2010 (Rollo de Apelación 63/2010 —Pte. Morales Limia—, Rollo de Apelación 240/2009 —Pte. del Olmo Gálvez— y Rollo de Apelación 247/2009 —Pte. del Olmo Gálvez—), en las que, al no recogerse en los relatos de Hechos Probados de las sentencias de instancia la descripción o precisión de una situación de discriminación, de desigualdad, de dominación y/o las relaciones de poder en la relación de

pareja y que afectase o incidiese en la mujer, ha llevado a la exclusión del delito del art. 153 del Código Penal y a la condena por falta.

No puede olvidarse que una vez resuelta la constitucionalidad de los preceptos penales, las exigencias relativas a los elementos objetivos y subjetivos que configuran los delitos de género son cuestiones de legalidad ordinaria, cuya interpretación corresponde a los Órganos Jurisdiccionales enjuiciadores, y, en última instancia, al Tribunal Supremo (salvo en los casos de irracionalidad de la interpretación, en cuyo caso podrían ser controlables por el Tribunal Constitucional).

En este sentido, y sin soslayar la controversia jurídica suscitada en los criterios de aplicación de las Audiencias Provinciales relativos a estos tipos penales (fundamentalmente el art. 153.1 del Código Penal), no cabe obviar que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha conocido ya diversos recursos de casación sobre la materia, en los que aunque con proyección también de la controversia jurídica (como después se señalará), parece haber establecido un criterio jurídico reiterado y de continuidad en tres de sus sentencias, la última conocida la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2009 (Pte. Ramos Gancedo).

En esta Sentencia se recoge en su Fundamento de Derecho Tercero: La razón de ser y el origen del actualmente vigente art. 153 CP se encuentra, efectivamente, en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que modificó el precepto penal precisamente como una de las medidas encaminadas a luchar para erradicar el maltrato del hombre a la mujer en el marco de su relación conyugal o análoga, actual o pretérita, y que —como establece el art. 1.1 de la misma—, tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges...».

Es importante subrayar que todas las disposiciones adoptadas por el legislador —entre ellas la modificación del art. 153 CP— tienen como fundamento y como marco de su desenvolvimiento, lo que el legislador ha denominado violencia de género, considerando el mayor desvalor de esta violencia en tanto que afecta a la igualdad, a la libertad, a la dignidad y a la seguridad de las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja, «... porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa» (STC núm. 45/2009, de 19 de febrero), produciendo un efecto negativo añadido a los propios usos de la violencia en otro contexto (STC núm.

95/2008, de 24 de julio). Y es en esta misma resolución del Alto Tribunal donde se reitera que el ámbito donde la LO 1/2004, de 28 de diciembre y las medidas que en ella se adoptan, es el de la violencia de género al señalar que «la diferencia normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen, y a partir también de que tales conductas no son otra cosa ... que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada».

Queda claro, de este modo, que no toda acción de violencia física en el seno de la pareja del que resulte lesión leve para la mujer, debe considerarse necesaria y automáticamente como la violencia de género que castiga el nuevo art. 153 CP, (...), sino sólo y exclusivamente —y ello por imperativo legal establecido en el art. 1.1 de esa Ley— cuando el hecho sea «manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer...».

Cabe admitir que aunque estadísticamente pueda entenderse que ésta es la realidad más frecuente, ello no implica excluir toda excepción, como cuando la acción agresiva no tiene connotaciones con la subcultura machista, es decir, cuando la conducta del varón no es expresión de una voluntad de sojuzgar a la pareja o de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer colocando a ésta en un rol de inferioridad y subordinación en la relación con grave quebranto de su derecho a la igualdad, a la libertad y al respeto debido como ser humano en sus relaciones sentimentales.

(...) acreditar las circunstancias concurrentes al realizar la conducta típica, así como el *animus* que impulsaba la acción, pues estamos ante un delito eminentemente doloso en el que —(...)— la conducta típica debe ser manifestación de la discriminación, desigualdad, dominación y sometimiento que el sujeto activo impone sobre el sujeto pasivo, según el principio rector que informa la Ley Orgánica de la que emana el tipo delictivo.

Paralelamente, el Juez o Tribunal se encuentra en la misma obligación (...), valorando la prueba practicada al efecto y verificando si concurren o no los elementos que configuran el delito —(el resaltado en negrita es de la Sala)—.

El criterio aquí recogido atendía a una anterior Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2008 (Pte. Sánchez Melgar), en la que se plasmaba literalmente lo siguiente: La Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, 1/2004, de 28 de diciembre, contiene un Título V, bajo la rúbrica de la «Tutela Judicial», que entró en vigor el día 29 de junio de 2005.

Para su delimitación, debemos acudir al art. 1.º (objeto de la ley), en cuyo apartado primero se lee lo siguiente: «la presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia».

Ha de concurrir, pues, una intencionalidad en el actuar del sujeto activo del delito, que se puede condensar en la expresión actuar en posición de dominio del hombre frente a la mujer para que el hecho merezca la consideración de violencia de género, y en consecuencia, la atribución competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Un primer acotamiento ya resulta del contenido del art. 1.3 de la LOMPIVG, en estos términos: «la violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad».

No cabe duda alguna que los hechos que pretende el Ministerio Fiscal sean incluidos como de violencia de género, lo son, de acuerdo con estas precisiones legales. La situación de dominio exigible en tales situaciones, está, sin duda, íntimamente relacionada con los motivos que ocasionan el conflicto, la discusión o la agresión.

En la línea de dicho criterio jurídico cabe señalar la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2009 (Ponente: Puerta Luis), que en su Fundamento de Derecho Segundo señala: En relación con la doctrina establecida por el TS en la sentencia núm. 58/2008, de 25 de enero, dice el Ministerio Fiscal que «siguiendo la doctrina anterior, es evidente que el motivo de la discusión que desemboca en la agresión es determinante, en cada caso concreto, para elevar simples faltas a un delito del art. 153 CP, dado que aquél puede reflejar la inadmisibles posición dominante y opresora del hombre sobre la mujer» (...).

Para pronunciarnos sobre la cuestión planteada en este motivo, hemos de tener en cuenta que, conforme se establece en el art. 3.1 del Código Civil, «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas», y que, «las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas» (art. 4.2 C. Civil). En definitiva, pues, la interpretación de la ley penal debe ser estricta, sin que pueda ser aplicada, en ningún caso, con criterios de analogía *in malam partem*, lo cual no es óbice, sin embargo, según reiterada jurisprudencia, para que, en el ámbito penal, quepa la analogía *in bonam partem* y sea posible la aplicación del principio *favor rei*.

En este sentido, hemos de reconocer que el criterio teleológico de interpretación de la norma penal constituye, sin la menor duda, uno de los criterios comúnmente aceptados por la doctrina científica y por la jurisprudencia; y, en este sentido, cobra especial significación lo que el legislador dice, en la exposición de motivos de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, es decir, que ésta constituye «uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución», por lo que, «en su título IV, la Ley introduce normas de natu-

raleza penal, mediante las que se pretende incluir, dentro de los tipos agravados de lesiones, uno específico que incremente la sanción penal cuando la lesión se produzca contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. También se castigarán como delito las coacciones leves y las amenazas de cualquier clase cometidas contra las mujeres mencionadas con anterioridad», añadiendo que «para la ciudadanía, para los colectivos de mujeres y específicamente para aquellas que sufren este tipo de agresiones, la Ley quiere dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza plasmándolas en tipos penales específicos». (...).

(...) el hecho enjuiciado en la STS 58/2008, de 23 de enero, especialmente citada por el Ministerio Fiscal en su recurso, se refiere a un supuesto radicalmente distinto del que es objeto del presente recurso, por cuanto se trataba de un caso en el que el hombre había prohibido a la mujer salir a la calle con un determinado pantalón y ella se había negado a mantener relaciones sexuales con su compañero, por lo que la conducta de éste constituye, sin la menor duda, una manifestación clara de «superioridad machista», en cuanto denota una pretensión de dominio del hombre frente a la mujer y por tanto, este tipo de conductas encajan perfectamente en el tipo penal aquí cuestionado.

La Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo (Pte. Sala Sánchez), a fin de salvar la constitucionalidad del precepto cuestionado introdujo una amplia argumentación, de la que cabe extraer un apoyo a la interpretación sostenida en las tres sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo antedichas. Dice así dicha Sentencia 59/2008: 7. (...) a la vista del tipo de conductas incriminadas en el art. 153.1 CP y de las razones de su tipificación por el legislador, sustentadas en su mayor desvalor en comparación con las conductas descritas en el art. 153.2 CP, no constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados, (...). La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son

más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa, como a continuación se razonará, que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada. (...)

9. La razonabilidad de la diferenciación normativa cuestionada —la que se produce entre los arts. 153.1 y 153.2 CP— no sólo requiere justificar la legitimidad de su finalidad, sino también su adecuación a la misma. No sólo hace falta que la norma persiga una mayor protección de la mujer en un determinado ámbito relacional por el mayor desvalor y la mayor gravedad de los actos de agresión que, considerados en el primero de los preceptos citados, la puedan menospreciar en su dignidad, sino que es igualmente necesario que la citada norma penal se revele como funcional a tal fin frente a una alternativa no diferenciadora. (...).

a) (...) una primera razón justificativa en la mayor necesidad objetiva de protección de determinados bienes de las mujeres en relación con determinadas conductas delictivas. (...).

No resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural —la desigualdad en el ámbito de la pareja— generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. (...).

c) Como el término «género» que titula la Ley y que se utiliza en su articulado pretende comunicar, no se trata una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino —una vez más importa resaltarlo— el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razo-

nes vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad. (...).

11. (...).

Que en los casos cuestionados que tipifica el art. 153.1 CP el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta que se esté sancionando al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquella en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción.

Por el contrario, y frente a esa línea jurisprudencial reiterada y exigente de una acreditación de la «situación de dominación o de desigualdad» como factor determinante de la aplicación de los tipos penales de «violencia de género», en otra Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, y en el Voto particular formulado por el Magistrado Sr. Sánchez Melgar a la Sentencia de 24 de noviembre de 2009, se defiende una interpretación distinta del precepto controvertido (el art. 153.1 del Código Penal), aunque con matizaciones.

La Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2009 (Pte. Marchena Gómez) señalaba: Conforme a la literalidad del art. 153.1 del CP, aplicado por la Sala de instancia, parece fuera de dudas que golpear a la persona con la que se mantiene una relación de afectividad en el hombro y en la región lumbar, produciendo un hematoma en la cara anterior del hombro derecho, integra el delito allí descrito. Ese golpe, más allá de su efectiva gravedad para la integridad física de la mujer maltratada, se produce en un contexto convivencial de degradación de los principios y valores que han de regir la relación personal, aspectos que el precepto aplicado pretende tutelar penalmente y cuya constitucionalidad ha sido ya avalada

(cfr. ATC 233/2004, 7 de junio y STC 100/2008, 24 de julio y demás resoluciones dictadas en la misma fecha por el Pleno del Tribunal Constitucional sobre las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas referidas al art. 153 del CP.

Y el voto particular mencionado a la Sentencia de 24 de noviembre de 2009 indicaba: Aunque estoy de acuerdo en interpretar este precepto de conformidad con los postulados de la antedicha Ley Orgánica 1/2004, y entre ellos, entender la violencia de género como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, cuando se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean, o hayan sido, sus cónyuges o de quienes estén o han estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia, no es menos cierto que tal Ley, igualmente determina que la violencia de género comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones sexuales, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.

Ciertamente, al redactar el precepto comentado, el legislador, por las razones que sean, no ha trasladado esas manifestaciones de desigualdad, discriminación o relaciones de poder al propio tipo penal, de tal modo que únicamente se requiere causar, entre otros resultados, una lesión, no definida como delito en el Código penal para que adquiera esta consideración delictiva, cuando la ofendida sea o haya sido la esposa, que es el caso enjuiciado. Que aquí se ha causado una lesión de esas características, está fuera de toda duda, porque la sentencia recurrida precisamente condena al acusado como autor de una falta definida en el art. 617.1 del Código penal. (...)

(...) sobre el presupuesto de falta de desigualdad entre los cónyuges, que es la causa de no aplicación del tipo incluido en el art. 153.1 del Código penal, se razona en la sentencia recurrida, y se acepta por la nuestra, que lo es «en aquellos casos —como en éste— en que se demuestre que las circunstancias en que se desarrollaron los hechos fueron otras, como ocurre, por ejemplo, en los supuestos de maltrato o agresiones mutuos y de análogo alcance y consideración entre los dos miembros de la pareja,

que excluyen la presencia de esa relación de dominación-subordinación».

La Sala, pese a esa doctrina discrepante, considera amparada constitucional y jurisprudencialmente la exigencia de acreditación de

la reiterada situación de desigualdad o de dominio de la mujer en la relación de pareja para la aplicación del art. 153.1 del Código Penal, en atención a las sentencias mencionadas, que debe proyectarse con arreglo a Derecho en la sentencia de instancia.

Sentencia 97/2010, AP La Rioja, Sec. 1.ª, de 31 de marzo

Ponente: José Luis Díaz Roldán

Resumen: **Usurpación de inmuebles; utilización por camiones privados de vías exclusivas del Ministerio de Defensa. Error de prohibición**

Artículos: 14.1.º, 131.2, 172, 245.1, 246 y 263 Código Penal

El Abogado del Estado impugna la sentencia absolutoria por entender que está acreditada la titularidad de los inmuebles a través de los cuales circulaban los camiones de los empresarios acusados, quienes, a pesar de saberlo, persistieron en su conducta. La sentencia, sin embargo, estima que existía una errónea duda en los acusados acerca del carácter antijurídico de la acción, pudiendo concurrir error de prohibición.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—La sentencia recurrida en su fundamento de derecho tercero explica las razones por las que considera que no se ha cometido por los acusados el delito de usurpación, previsto en el art. 245.1 del Código Penal, lo que sustenta en que no ha existido una ocupación violenta o intimidatoria de los caminos, además de considerar que concurre un error de prohibición en la conducta los acusados, en cuanto a la ajenidad de los caminos, toda vez que por el Secretario del Ayuntamiento de Logroño se certificó, a petición de don Nemesio, que los mismos eran públicos.

Aplicando la doctrina expuesta en el anterior fundamento de derecho, a los presupuestos fácticos de la sentencia de Instancia, que deben mantenerse en esta alzada, la única conducta que, en principio, pudiera comprenderse dentro del expresado precepto del Código Penal, sería la comprendida en el apartado octavo, hecho en el que sólo estaban presentes los acusados don Nemesio y don Arsenio, sin embargo el relato fáctico descrito en el mismo, muy difícilmente puede constituir el delito de usurpación por el

que acusa el Ministerio Fiscal, por las siguientes razones:

1. No puede hablarse de que se ha producido un ocupación violenta o intimidatoria por parte de los acusados presentes del camino —que solamente eran don Nemesio y don Arsenio—, toda vez que dicho camino estaba bloqueado por un vehículo militar, que impedía el paso a otros vehículos; y que los sucesos ocurridos ante dicha situación, consistentes en el bloqueo del dicho vehículo por los camiones y una excavadora de la empresa de los acusados, es un hecho cuya calificación jurídica es distinta a la de usurpación, que requiere precisamente una ocupación mediante violencia o intimidación de un bien inmueble o de un derecho real, ocupación que en el supuesto que aquí nos ocupa no ha ocurrido.

Por otra parte, el incidente ocurrido el día 13 de junio de 2003, consistente en el que 2 camiones propiedad de la empresa Díaz Nicolás fueron vistos por personal militar salir del camino y atravesar propiedad militar, no es constitutivo de un delito de usurpación a no mediar ni violencia e intimidación para la realización de dicho tránsito.

2. En segundo lugar, es cierto que por el Ministerio de Defensa se comunicó —mediante correo certificado con acuse de recibo— a la empresa Díaz Nicolás S.L. que en plazo de dos meses debía cesar de utilizar los caminos por los que venían transitando, sin embargo, por el Ayuntamiento de Logroño se expidió Certificación con fecha 13 de mayo de 1999, ratificada posteriormente en fecha 2 de junio de 2003, que ponía de manifiesto el carácter público de dichos caminos, y aunque en fecha 23 de septiembre de 2002 por el Catastro de Rústica, como consecuencia de la estimación de un recurso de reposición del Ministerio de Defensa, se ordenaba la modificación de la base de datos y documentación catastral de la superficie ocupada por el camino del Ahorcado, del término Municipal de Logroño a nombre del Estado, Ministerio de Defensa, el Certificado emitido por el Secretario del Ayuntamiento de Logroño, de fecha 13 de mayo de 1999, ratificado en fecha 2 de junio de 2003, indicaba el carácter público de dichos caminos.

Igualmente, al folio 173 de la causa, consta un Informe emitido por doña Aurora, Jefe de Área de Catastro e Inspección Rústica de la Gerencia Territorial de Catastro en La Rioja, que en relación con el camino denominado «Cuarto del Ahorcado» significa que hasta el 23 de septiembre de 2003, el referido camino figuró catastrado como camino público. A raíz de la resolución del expediente número 15.553.7/02 dicho camino dejó de tener, en catastro, y sólo en una parte de su trazado, la consideración de camino público, señalando que la parte del trazado a la que se le modifica su carácter de camino público figura asignada al Ministerio de Defensa.

Esta circunstancia creó una razonable duda en los acusados de que dicho camino era público y no pertenecía al Ministerio de Defensa, que daría lugar, tal y como apunta la juez *a quo* en su sentencia a la aplicación de un error de prohibición que excluiría la antijuricidad de la conducta de los acusados, de acuerdo con lo establecido en el art. 14.1 del Código Penal.

Sentencia 51/2010, AP Navarra, Sec. 2.ª, de 31 de marzo

Ponente: José Francisco Cobo Sáenz

Resumen: Mala fe o temeridad en la acusación particular; condena en costas: principio de rogación

Artículos: 456 y 458 Código Penal y 240 LECrim

A pesar de que la Sala no sólo absuelve al acusado de agresión sexual y ordena la deducción de testimonio por posible delito de falso testimonio contra la denunciante, no impone las costas a la acusación por temeraria al no preceder petición en este sentido.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—En cuanto a las costas procesales, el pronunciamiento que debemos establecer no puede ser otro que el de declaración de las mismas «de oficio».

En efecto, nos está vedada la posibilidad de apreciar «mala fe» o «temeridad» en el mantenimiento de la acusación particular úni-

ca que, como hemos dicho, sostiene la solicitud de condena ya en la fase de calificación. En definitiva, en el ámbito de valoración que se establece en el ordinal 3.º del art. 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sencillamente porque ni el Ministerio Fiscal ni la defensa del procesado Don Santos han solicitado tal imposición con relación a la «acusación particular».

Con arreglo a una muy reiterada doctrina jurisprudencial de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, —por todas citaremos las sentencias de la expresada Sala de 20 de diciembre de 2000, RJ 2001738; de 28 de marzo de 2002, RJ20024031 y de 27 de octubre de 2009, RJ20095755—, para verificar tal imposición se rige la petición del Ministerio Fiscal o, en este

caso, la defensa del procesado. Pues en materia de condena en costas, rige el principio de «rogación», ya que sin la formalización de dicha petición, la parte que en su caso pudiera resultar condenada, —en esta caso, la acusación particular—, no habría tenido ocasión de defenderse frente a semejante petición, reiteramos no verificada en el caso que nos ocupa.

Sentencia 20/2010, AP Pontevedra, Sec. 5.^a, de 31 de marzo

Ponente: José Carlos Montero Gamarra

Resumen: **Estafa procesal: autores y cooperadores necesarios. Simulación de accidente de tráfico para cobrar el seguro. Tentativa**

Artículos: **16, 62, 248, 250.1.2.º, 457 y 458 Código Penal**

El engaño —dice la sentencia— tuvo la entidad suficiente para superar la «profesionalidad del juez y las garantías del procedimiento», pero no llegó a dictarse la sentencia debido a la confección de un atestado policial que puso de manifiesto las contradicciones entre las supuestas contradicciones del juicio de faltas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

Sobre las 7:00 horas del día 15 de abril de 1998, Benedicto, circulaba con el vehículo de su propiedad, marca Citroën, modelo ZX 19 D Lider, matrícula RU-...-UR, por la Avenida del Aeropuerto con dirección al centro de Vigo.

A la altura de Sampaio, en un tramo curvo, y sin que mediara intervención de ningún otro vehículo, el conductor mencionado perdió el control de su coche, saliéndose de la calzada y volcando hacia un barranco.

De resultas de la colisión, el vehículo sufrió desperfectos por valor de 914.007 pesetas (5.493,29 euros), resultando Benedicto con lesiones de las que fue asistido médicamente.

Una vez producido el accidente, Benedicto, puesto de común y previo acuerdo con Sergio, a quien conocía por razones de vecindad como por la circunstancia de ser Benedicto empleado del hermano de Sergio, como vigilante de seguridad, idearon, a sabiendas de su falsedad, y con el solo objetivo de que la Compañía Zurich

(que por esas fechas tenía asegurado un vehículo marca Lada, modelo Niva, matrícula JU-...-EJ, propiedad Sergio) sufragase los gastos del accidente, tanto de las lesiones como de los desperfectos del Citroën ZX, la mecánica del accidente, simulando la intervención en el mismo del vehículo Lada Niva, supuestamente conducido por su propietario Sergio, quien, conscientemente y con ánimo de conseguir el objetivo antes expuesto, pese a no haber tenido ninguna intervención, se autoincurpó del accidente.

En ejecución de lo mutuamente convenido, Benedicto, el 27 de abril de 1998, formuló denuncia contra Sergio, como titular del Lada Niva, matrícula JU-...-EJ, y contra la Compañía Zurich, aseguradora de este coche, como responsable civil, dando lugar al juicio del faltas núm. 372/98 del Juzgado de Instrucción núm. uno de Vigo, que señaló el día 23 de septiembre de 1998 para el comienzo de las sesiones del juicio oral.

En el acto del juicio declaró como testigo el padre del denunciante, Fulgencio, quien, fal-

tando a la verdad, manifestó «que no comentó a la policía que instruyó el atestado como fue el accidente» y que «cuando se personó en el lugar del accidente tras recibir una llamada de su hijo, estaba allí el conductor del otro coche quien le ayudó a sacar a su hijo del coche donde estaba atrapado e incluso les acompañó hasta el centro hospitalario donde su hijo recibió asistencia médica» cuando a los policías que levantaron atestado del accidente, que se personaron en el lugar apenas transcurridos veintidós minutos de producirse el accidente, el Sr. Fulgencio, al regresar para hacerse cargo del vehículo, les manifestó que su hijo circulaba por la Avenida del Aeropuerto en dirección a la calle Aragón, a una velocidad moderada, y, al salir de una recta, el vehículo le derrapó y a continuación perdió el control saliéndose de la vía, sin mencionarles para nada la intervención de un segundo vehículo y menos aún referir la identidad de Sergio como supuesto responsable del accidente de su hijo.

Practicada la prueba que se tuvo por conveniente y no resultando acreditada la mecánica del accidente, al menos en los términos que pretendían los coacusados, la juzgadora en juicio de faltas 372/98 dictó el 1 de febrero de 1999 sentencia en la que absolvía de toda responsabilidad a Sergio al considerar que no tuvo participación alguna en el accidente y, por ende, a la Cía. Zurich como responsable civil, quien de esta forma se vio liberada de sufragar, como era pretensión de los acusados, los gastos del accidente, tanto en concepto de lesiones como daños del vehículo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sexto.—Asimismo procede la condena en concepto de autores de Benedicto y Sergio, de una tentativa de ESTAFA PROCESAL del art. 248 en relación con el 250.1.2.º del Código Penal.

El primero en concepto de autor directo, y el segundo como cooperador necesario, del art. 28 Código Penal. Pues no otro es el comportamiento dentro del proceso seguido del Sr. Sergio, al autoinculparse con sus declaraciones de accidente producido. En la Sentencia del Tribunal Supremo 1159/2004, de 28 de octubre,

se concreta que «existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la *conditio sine qua non*), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos), o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho)».

Como se ha dicho, estamos ante una tentativa de estafa procesal del art. 250.1.2.º del CP de 1995. Precepto en el que se define la llamada «estafa procesal».

Sobre el llamado fraude procesal, la jurisprudencia en sentencias de 5 de octubre y 19 de diciembre de 1981, ya establecía que se refiere a aquel engaño que se sirve del proceso como medio vehicular, o que dentro de él trata de obtener un lucro con daño ajeno, a través de la resolución injusta que por error dicta el juez.

La estafa procesal ha sido definida por el Tribunal Supremo, entre otras, en sentencia núm. 530/1997, de 22 de abril (Rec. 1222/1995), diciendo que «tiene lugar en aquellos casos en que una de las partes engaña al juez y le induce con la presentación de falsas alegaciones a dictar una determinada resolución que perjudica los intereses económicos de la otra parte». En definitiva, la estafa procesal consiste en la utilización de un procedimiento judicial para obtener un beneficio ilícito, el reconocimiento de un derecho que no se tiene, para cuyo reconocimiento se utiliza una maniobra engañosa de naturaleza procesal (STS, Sala 2.ª, núm. 758/2006, de 4 de julio (Rec. 1134/2005)).

La comisión de esta modalidad agravada exige que concurren los elementos o requisitos característicos de la figura de estafa:

1.º Ha de existir un engaño bastante, requisito esencial que caracteriza a toda clase de estafa, que en estos casos ha de producirse en el seno de un procedimiento judicial.

2.º Tal engaño bastante ha de tener por finalidad producir error en el Juez o Tribunal que ha de conocer del proceso. Dada la perspectiva de que el engañado va a ser un Juez o Tribunal, el engaño deber tener la entidad suficien-

te como para superar «la profesionalidad del Juez y las garantías del procedimiento» [SSTS, Sala 2.ª, núm. 1980/2002, de 9 de enero (Rec. 1192/2001) y núm. 656/2003, de 8 de mayo (Rec. 3807/2001)].

3.º El autor de este delito ha de tener intención (en las estafas procesales propias) de que el órgano judicial que conoce del procedimiento dicte una determinada resolución (acto de disposición) favorable a sus intereses, o de engañar a la otra parte con determinadas argucias realizadas dentro del proceso para que se allane, renuncie, desista, transija, etc. (estafa procesal impropia).

4.º Tal intención ha de abarcar la producción de un perjuicio a un tercero, perjuicio que obviamente ha de ser ilícito en correspondencia con el ánimo de lucro, también ilícito, que constituye el motor de toda esta conducta delictiva.

Afirma el Alto Tribunal que la peculiaridad de esta estafa radica en que el sujeto engañado es el titular del órgano jurisdiccional a quien, por la maniobra procesal correspondiente, se le induce a seguir un procedimiento y a dictar resoluciones que de otro modo no hubiera dictado, no coincidiendo la persona del engañado, que por el error inducido realiza el acto de disposición —el juez— con quien, en definitiva, ha de sufrir el perjuicio —el particular afectado—; dualidad personal que aparece expresamente prevista en el propio texto del art. 248.1 CP-1995 cuando habla de «perjuicio propio o ajeno» (STS 244/2003, de 21 de febrero). También STS 32/2002, de 14 de enero.

La perfección delictiva de la estafa procesal se produce con el dictado de la resolución judicial motivada por el engaño, entendiéndose que en este momento, al producirse una resolución judicial que grava el patrimonio del condenado, queda consumado el perjuicio patrimonial, pudiendo en los demás casos, integrar la conducta modalidades imperfectas de ejecución. Sobre la base de ese reconocimiento judicial se adelanta la barrera de protección sin aguardar la tangibilidad del perjuicio patrimonial que el aspirado lucro suscita. Por ello la jurisprudencia fija el momento consumativo de la estafa procesal en

el pronunciamiento de la sentencia injusta, sea firme o no. El perjuicio efectivo subseguirá a ello y puede decirse que pertenece a la fase de agotamiento.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, núm. 172/2005, de 18 de abril (Rec. 455/2004), nos enseña que «..., al ser considerado como un delito patrimonial, la consumación hay que derivarla hacia el resultado. Por ello, lo que verdaderamente consume el tipo delictivo en la estafa procesal es la producción de una decisión de fondo respecto de la cuestión planteada, pudiendo en los demás casos, integrar la conducta modalidades imperfectas de ejecución».

Como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1999, la consumación se produce con la sentencia de la que deriva el perjuicio, si no llega a haberla será tentativa.

En nuestro caso, hemos de convenir en que el engaño tuvo entidad suficiente como para superar «la profesionalidad del Juez y las garantías del procedimiento», sin embargo no llegó a dictarse esa sentencia de la que derivaría el perjuicio sobre todo por la declaración de los policías núms. NÚM004 y NÚM005 que confeccionaron el atestado, que pusieron de manifiesto determinadas contradicciones sustanciales tanto del Sr. Fulgencio como del Sr. Sergio y que con el resto de la prueba, determinaron la absolución de éste, «de la falta objeto del procedimiento», quedando liberada así la aseguradora de la responsabilidad civil directa que se le pedía en conclusiones del juicio de faltas por el Letrado de la parte denunciante.

Estamos, con base en todo lo expuesto, ante una «tentativa acabada», pues se ha estado muy cerca, por el peligro concreto del proceso y su recorrido (llegándose a la fase de juicio oral con práctica de prueba y conclusiones), de alcanzar el resultado típico, esto es la sentencia injusta, momento consumativo o de perfección delictiva de la estafa procesal.

Con otras palabras, estamos ante un supuesto de ejecución completa sin éxito involuntario, o lo que es lo mismo de tentativa acabada —frustración del CP 1973— o de gran desarrollo en la ejecución.

Sentencia 34/2010, AP Toledo, Sec. 1.ª, de 12 de abril

Ponente: **Gema Adoración Ocariz Azaustre**

Resumen: **No se aplica la reincidencia en delito por conducir habiendo sido privado de carné por antecedentes del artículo 379 del Código Penal**

Artículos: **22.8, 379 y 384.2 Código Penal**

Aunque ambos delitos se incardinan en el mismo capítulo del Código Penal de los relativos a la seguridad vial, defienden bienes jurídicos diferentes, puesto que el del artículo 379 defiende la seguridad colectiva, mientras que el del artículo 384 sería integrable en el quebrantamiento de condena.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Se alza el Ministerio Fiscal contra la sentencia apelada únicamente recurriendo el particular estrictamente jurídico de fondo por el que no se aprecia por el Juez *a quo* la concurrencia en el acusado de la agravante de reincidencia prevista en el art. 22.8 del C. Penal, cuya apreciación fue solicitada por el Ministerio Público, alegando el recurso que al conducir habiendo sido privado del derecho de hacerlo por condena judicial firme, se ataca la seguridad vial porque se demuestra un desprecio por el bien jurídico protegido al igual que quien conduce sin licencia que le habilite.

Segundo.—El art. 22.8 del C. Penal establece la concurrencia de la agravante de reincidencia cuando al delinquir el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código «siempre que sea de la misma naturaleza». Ello implica que el alcance de la agravante no se determine sólo por que los dos delitos objeto de dos condenas afecten al mismo bien jurídico, dispuestos además en el mismo Título del C. Penal, sino que también han de ser de la misma naturaleza lo que significa que la mecánica de la comisión o modo de ataque al bien jurídico sean coincidentes. Así las STS de 23 de julio de 1999 o 22 de mayo de 2000 determinan que la identidad de naturaleza entre el delito antecedente y el enjuiciado se mide teniendo en cuenta el bien jurídico atacado y también el modo concreto de ataque producido, pues es esto lo que revela

una inclinación a cometer una misma clase de infracciones penales.

En este caso el condenado en la presente causa por un delito del art. 384.2 del C. Penal por conducir habiendo sido privado del permiso o licencia para ello por decisión judicial, había sido dos años antes condenado por un delito contra la seguridad vial (tipificado en el mismo Título y en el mismo Capítulo del C. Penal), si bien la Sala comparte plenamente el criterio determinado en la sentencia apelada de que no tienen ambos delitos la misma naturaleza y con ello considera que, como determina el Juez *a quo*, en este mismo Capítulo, como delitos contra la seguridad vial, se introducen diversos tipos penales de diferente naturaleza sólo agrupados por razones sistemáticas. Así, es evidente que quien conduce en perfectas condiciones físicas y con plenitud de facultades, pues otra cosa no consta, habiendo demostrado en su momento sus conocimientos y aptitud para conducir por obtener la concesión del permiso correspondiente y que comete el delito sólo porque siga conduciendo cuando se le ha privado judicialmente de este permiso por un tiempo, no ataca a la seguridad vial o la seguridad colectiva con los mismos medios o dinámica de ataque que quien conduce con sus facultades mermadas por la ingestión de alcohol o sustancias estupefacientes o quien conduce sin que haya obtenido el permiso nunca por no demostrar la preparación y conocimientos propios para tal actividad. Quien comete el delito ahora considerado lo hace así independientemente de que sus facultades para conducir estén

perfectamente o de que sus conocimientos estén demostrados, porque lo perpetra sin más por conducir cuando se le ha privado temporalmente del carnet por decisión judicial y ello lo que ataca fundamentalmente es la pena que antes le fue impuesta y la sentencia judicial que la impuso y tal es así que dicha acción, de no existir el tipo del art. 384,2, sería en cualquier caso integrable en el tipo del quebrantamiento de condena (art. 468 del C. Penal) lo que revela que este delito supone un medio de ataque a la seguridad vial ab-

solutamente distinto del que supone el delito por el que antes fue condenado el acusado, pues en contra de lo que se dice en el recurso, el desprecio por la seguridad vial colectiva no es directo en este caso, sino que sólo se produce mediando de forma esencial e inexcusable un deprecio a una sentencia judicial concreta, algo que es absolutamente innecesario para la perpetración del tipo delictivo de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o la conducción sin haber obtenido nunca el permiso para ello.

Sentencia 245/2010, AP Valencia, Sec. 3.ª, de 13 de abril

Ponente: **Lamberto Juan Rodríguez Martínez**

Resumen: **Condena como colaborador necesario a propietario de vehículo y copiloto por conducción careciendo de carné**

Artículos: **384 Código Penal**

El propietario que ocupaba el asiento de atrás cuando fue detenido conduciendo el acusado reconoció ante los agentes que había dejado conducir a quien lo hacía porque él había bebido y a sabiendas de que esta persona carecía de permiso de conducir.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—Procede desestimar el recurso interpuesto porque no desvirtúa las razones de hecho ni los fundamentos de derecho de la resolución recurrida.

Habiendo sido condenado el apelante como cooperador necesario de un delito de conducción sin permiso, funda éste su recurso en la existencia de un error en la apreciación de la prueba, infracción de los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo* e infracción del art. 24 de la Constitución porque la única prueba de cargo existente carece de todas las garantías necesarias para motivar una sentencia condenatoria.

Tiene declarado reiteradamente esta Sala que «corresponde al Juez *a quo* la libre valoración de la prueba practicada en el acto del juicio oral, dado que el mismo goza del principio de inmediatez que le permite ver y oír *in situ* cuantas declaraciones se viertan en el mismo. Solamente

se admite una excepción a este principio de libre valoración de la prueba, según doctrina del Tribunal Supremo (Sentencias de 11 de junio de 1991, 8 de julio de 1992, 22 de octubre de 1992, etc.) que es cuando a simple vista pueda apreciarse la existencia de tal error en el acta de juicio, lo cual no admita ninguna duda. El art. 741 de la LECrim dice que el juez dictará sentencia apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por el acusado, por lo que el proceso íntimo de formación de la convicción del juzgador se compone de todas las evidencias que lleguen a sus sentidos y no solamente de la declaración» (sentencia de esta Audiencia Provincial de Valencia-Sección 3.ª de fecha 3 de noviembre de 2009, núm. 664/2009, entre otras muchas).

Asimismo, con relación al derecho a la presunción de inocencia, dice la sentencia del Tribunal Constitucional-Sala 1.ª de fecha 4 de junio

de 2007, núm. 137/2007, que «debe recordarse que desde la STC 31/1981, de 28 de julio, FJ 3, este Tribunal tiene declarado que para poder desvirtuar la presunción de inocencia es preciso una mínima actividad probatoria, producida con las garantías procesales exigibles, que pueda entenderse de cargo y de la que deducir de forma razonable, por tanto, la culpabilidad del procesado. Dicho de otro modo, el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos (entre otras, SSTC 222/2001, de 5 de noviembre, 219/2002, de 25 de noviembre, y 56/2003, de 24 de marzo)».

En el caso de autos la condena del apelante se funda de manera especial en el hecho de estimar acreditado que, cuando se detuvo su vehículo, reconoció a los agentes de la Policía local que sabía que el otro acusado carecía de permiso de conducir.

Desde luego, como consta en la sentencia recurrida, ninguna razón se ha aportado para dudar de la sinceridad o fiabilidad de los agentes policiales ni, en consecuencia, para dudar de que, efectivamente, el apelante manifestó a los mismos que sabía que Felipe carecía de permiso de conducir cuando le pidió que condujera su vehículo por encontrarse él en estado de embriaguez.

Que el acusado primero no recordara haber efectuado tal manifestación y luego la negara en modo alguno puede desvirtuar la fuerza probatoria de la testifical de los agentes policiales, correctamente valorada en la sentencia apelada.

(...)

En el caso de autos existe esa manifestación autoinculpatoria cuyo contenido fue concretado por los dos agentes de la Policía local en el juicio oral de forma clara y contundente según resulta de la grabación obrante en autos: el apelante les dijo que sabía que el otro acusado no tenía permiso de conducir pero que le había pedido que condujera su vehículo porque él no podía hacerlo por su estado de embriaguez.

Planteada en tales términos, es cierto que dicha manifestación ha de tomarse con suma prevención por proceder de persona a la que se aprecian claros síntomas de embriaguez (como alega el apelante y ratifican los dos agentes policiales en el juicio oral).

Ahora bien, al negar haber hecho esta manifestación el propio apelante ha renunciado a aportar alguna explicación plausible al hecho de reconocer de forma totalmente gratuita saber un dato sobre el otro acusado (su carencia de permiso de conducir) que luego dijo no conocer.

Además, la forma en que se produjo tal reconocimiento (según lo manifestado en el juicio oral por los dos agentes policiales) excluye que se tratara de una mera incoherencia atribuible al estado de embriaguez. Por el contrario, la explicación que el apelante dio para justificar que hubiera cedido su vehículo al otro acusado muestra una capacidad de razonamiento que demuestra los limitados efectos que su embriaguez tenía sobre su raciocinio y que permite conferir plena fiabilidad a las manifestaciones que hizo ante los agentes de la Policía local.

De otro lado, por más que los dos acusados afirmaran lo contrario, no puede aceptarse como verosímil que alguien, por muy embriagado que se encuentre, pida a un extraño que conduzca su vehículo sin haberse cerciorado (aunque fuera de manera verbal) de que disponía del correspondiente permiso de conducir.

Finalmente, la situación del apelante en el asiento posterior de su vehículo demuestra una confianza en la habilidad del conductor que resulta incompatible con la versión de los acusados de que, conociéndose sólo de esa noche, el apelante pidió al otro acusado que condujera su vehículo sin interesarse siquiera sobre si tenía permiso de conducir y que, seguidamente, con toda tranquilidad, se sentó en el asiento trasero del vehículo mientras un extraño respecto del que desconocía su capacidad para conducir, se ponía al volante del mismo.

Por tanto, la manifestación autoinculpatoria efectuada por el apelante es formalmente válida como prueba de cargo y, en el caso de autos, resulta fiable por la manera en que se produjo y corroborada por los restantes circunstancias que rodearon la intervención policial.

Sentencia 202/2010, AP Tarragona, Sec. 2.^a, de 21 de abril

Ponente: Samantha Romero Adán

Resumen: Prueba de detección alcohólica realizada cuando el acusado regresa al lugar del accidente

Artículos: 379 Código Penal

El Juzgador de instancia otorgó credibilidad a los agentes intervinientes que describieron los síntomas del causante de la colisión apreciados cuando volvió a por el vehículo, pero no puede descartarse que en el momento intermedio consumiera alcohol, por lo que debe acordarse la absolución.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Aduce el recurrente que la sentencia combatida incurre en error en la valoración de la prueba practicada en el acto de juicio oral, por estimar nula la prueba de detección alcohólica practicada a su defendido cuando regresó al lugar del accidente, circunstancia que impide considerar que la misma reúna suficientes garantías al tiempo que sostiene que la ingesta de alcohol no la realizó con carácter previo a la conducción sino con posterioridad al accidente.

Hemos manifestado reiteradamente en nuestras resoluciones, de acuerdo con la doctrina emanada por el Tribunal Constitucional, que el recurso de apelación otorga al Juzgador *ad quem*, plenas facultades de pronunciamiento con la finalidad de resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de derecho, al afirmar que el recurso de apelación es un recurso ordinario que permite un *novum iudicium* (SSTC, 124/1983, 145/1987, 194/1990, 21/1993, 120/1994, 272/1994 y 157/1995), con la exclusión, eso sí, de toda posibilidad de *reformatio in peius* (SSTC 15/1987, 17/1989 y 47/1993), añadiendo a lo anterior, que en nada obsta a la sala, dictar resolución discrepante a la dictada en primera instancia si, previo análisis de la prueba practicada, se alcanzara una conclusión distinta a la sostenida por el Juez *a quo*. Expresamente, la jurisprudencia emanada del Alto Tribunal, dispone que «por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma como por lo que se refiere a la determinación de tales

hechos a través de la valoración de la prueba “el Juez *ad quem* se halla ‘en idéntica situación que el Juez *a quo* (STC 172/1997, FJ 4.º; y asimismo, SSTC 102/1994, 120/1994, 272/1994, 157/1995 y 176/1995) y, en consecuencia, ‘puede valorar la ponderación llevada a cabo por el Juez ‘*a quo*’ (SSTC 124/1983, 23/1985, 54/1985, 145/1987, 194/1990, 323/1993, 172/1997 y 120/1999).

No obstante lo anterior y, pese a que en todo caso debe considerarse posible una revisión normativa de los hechos enjuiciados, no puede sostenerse el mismo planteamiento respecto de determinadas cuestiones estrechamente ligadas a la inmediación, de difícil acceso, donde el Juzgador de la segunda instancia tiene sus facultades revisoras limitadas. Nos referimos a datos probatorios relativos al lenguaje gestual de un testigo, acusado o perito, a la expresividad en las manifestaciones, al nerviosismo, titubeo o contundencia en las respuestas, tono de voz, tiempos de silencio, capacidad narrativa, pues todos estos datos, no quedan reflejados en las actas de juicio y, en muchos casos, ni siquiera el contenido íntegro de las declaraciones, debiendo admitirse, en tales supuestos que, dicho material probatorio es inaccesible para el Juzgador de la segunda instancia pues, la ausencia de inmediación, le impide ahondar en la veracidad o credibilidad de los testimonios prestados.

En el supuesto que nos ocupa, el Juzgador *a quo* no hace descansar la credibilidad de la versión ofrecida por los testigos en aspectos inaccesibles para el Tribunal por estar estrechamente

ligados al principio de inmediación tales como el lenguaje gestual, la capacidad narrativa, el tuteo o nerviosismo, etc., sino que, se limita a analizar la versión de los hechos ofrecida por los agentes de la autoridad, la sintomatología descrita y la conducción llevada a cabo por el acusado al colisionar con una valla de protección.

El Juzgador *a quo* estima acreditado, a partir de la declaración de los agentes de la autoridad, que el acusado pasó la tarde viendo un partido de fútbol y tomando cervezas, y que, con posterioridad a dicha ingesta condujo el vehículo con el que colisionó contra la valla de protección. Afirma que el acusado presentaba síntomas de hallarse afecto por el previo consumo de alcohol realizado.

Tras el análisis del resultado del acervo probatorio desplegado en el acto de juicio oral, la Sala estima la insuficiencia del mismo en orden a estimar acreditados los hechos objeto de acusación.

Consideramos, por un lado, que la ingesta de alcohol realizada se halla en fase ascendente

en el momento en el que se realiza la prueba de detección de alcohol. Obsérvese que, la primera prueba arroja un resultado de 0,59 mg/l y la segunda de 0,61 mg/l, circunstancia que no impide descartar el hecho de que, como sostiene el acusado, la ingesta de alcohol pudiera haberse producido con posterioridad a la colisión con la valla, en tanto que, según se desprende de lo actuado, el acusado abandonó el lugar en el que colisionó con la valla y se dirigió a la ciudad, regresando, con posterioridad, al lugar del accidente.

Por otra parte, la condena del acusado viene sustentada en las manifestaciones que el acusado realizó a los agentes de la autoridad al afirmar aquéllos que el acusado reconoció que había pasado la tarde viendo un partido de fútbol y tomando cervezas con unos amigos, manifestaciones que, estimamos, no gozan de las garantías necesarias para su consideración como elemento incriminatorio en tanto que no se hicieron en presencia de letrado y no consta que aquéllas nacieran de una manifestación espontánea del acusado.

Sentencia AP Tarragona, Sec. 2.ª, de 22 de abril de 2010

Ponente: José Manuel Sánchez Siscart

Resumen: **Condena a extranjero por carecer de permiso de conducir sin acreditar que en su país sí lo tenía**

Artículos: 72 y 384 Código Penal y 741 LECrim

No hay que confundir no haber obtenido nunca permiso para conducir con la carencia de homologación del de otro país en España puesto que la primera acción constituye delito y la segunda, infracción administrativa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El actual art. 384 CP —redactado conforme a la reforma operada por LO 15/2007 y vigente desde el 1 de mayo de 2008— comprende como conductas típicas: a) la de conducir un vehículo de motor o ciclomotor sin vigencia del permiso o licencia debido a la «pérdida total de los puntos asignados legalmente»; b) la

de conducir un vehículo de motor o ciclomotor infringiendo la decisión judicial de privación temporal «cautelar» o definitiva del permiso o licencia; y, c) la de conducir un vehículo de motor o ciclomotor o careciendo de permiso o licencia de conducción por no haberlo obtenido nunca.

Esta última modalidad requiere no haber obtenido nunca permiso o licencia de conduc-

ción. Cuestión distinta es la vigencia. Es más, ni siquiera el tipo viene referido a la obtención del permiso o licencia de conducción en España. La presencia de tal adverbio (cuyo sentido gramatical es «en ningún tiempo» según DRAE) excluye los supuestos en que el sujeto estuviere en posesión de uno que haya perdido vigor (salvo que se trate de pérdida de puntos, que tiene su acomodo en otro lugar del mismo precepto) o los casos en los que el inculpado posee un permiso o licencia expedido en su país (que supone la comprobación en su país de la aptitud correspondiente), pero no ha obtenido su homologación en España. En suma, la conducción con un permiso no válido en España no es constitutiva de delito, sino mera infracción administrativa. El requisito del tipo penal exige que el permiso de conducción no se haya obtenido nunca y excluye los supuestos en los que su obtención se haya obtenido en otros países aunque en España no se haya convalidado legalmente.

En el presente caso, lo cierto es que el acusado —de nacionalidad ecuatoriana—, no ha probado siquiera que obtuviera un permiso de conducir en su país. En fase instructora se acogió a su derecho a no declarar, y afirma en el acto de juicio, pero no prueba, que estaba en posesión de permiso de conducir en su país. Acreditada la ausencia de autorización vigente y válida en España, la existencia de la autorización extranjera presente o pasada es un hecho obstaculizador de la responsabilidad criminal (una «affirmative defense», en terminología estadounidense) cuya acreditación corresponde a quien la alega, que además debe tener mayor facilidad para hacerlo, habiendo además silenciado cualquier dato susceptible de comprobación durante la tramitación de la causa, y sin proponer siquiera prueba alguna en el escrito de defensa dirigida a su acreditación. El Ministerio Fiscal no puede correr con la carga desproporcionada de acreditar un elemento de hecho negativo, tan aleatorio, pues bastaría afirmar su obtención en cualquier país del mundo para eludir la aplicación del precepto. La acreditación del elemento negativo corresponde a quien lo afirma, pues la conducta típica ya ha quedado plenamente acreditada, y la desacreditación no puede venir basada en la simple manifestación del inculpado, pues no

ofrece suficiente verosimilitud, ni siquiera para crear un principio de duda acerca de la existencia del permiso o licencia, tras valorar dicha afirmación con su postura procesal mantenida a lo largo del proceso, resultando plenamente inverosímil las excusas que aporta respecto a la falta de aportación, siquiera de un principio de prueba, por imposibilidad de obtener dicha información por parte del Consulado de su país, cuando ni siquiera ha impetrado el auxilio judicial para su obtención, por lo que el motivo debe ser desestimado.

Tercero.—De forma subsidiaria alega el recurrente falta de motivación en la individualización judicial de la pena de multa, que ha quedado fijada en 16 meses multa a razón de una cuota diaria de 6 euros. A tal efecto considera inadecuada dicha cuota diaria a la vista de los ingresos mensuales manifestados por el propio acusado —800 euros—, sin que se haya hecho referencia en el razonamiento judicial a las cargas familiares que son elevadas, dado que es inmigrante, lo que le sitúa al borde de la pobreza, solicitando su rebaja a la cantidad de tres euros.

Debemos otorgar parcialmente la razón al recurrente. La pena asociada al delito que se prevé en el art. 384 CP, alternativa a la pena de 3 a 6 meses de prisión, es la pena de 12 a 24 meses multa y trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días. La Juzgadora ha optado por superar el mínimo legalmente previsto, pero a tal efecto no ha establecido motivación alguna, en clara infracción de lo dispuesto en el art. 72 CP, que impone a los Jueces y Tribunales la obligación de razonar en la sentencia el grado y extensión de la concreta pena impuesta, lo que resultaría aun mayormente exigible cuando se supera el límite legal previsto en el tipo. Esta falta de motivación, sin llegar a constituir un motivo de nulidad, puede ser suplida en grado de apelación si de las circunstancias del hecho o del culpable se infieren motivos para imponerla en dicha extensión, lo que no acontece en el presente supuesto, pues la conducta aparece desprovista de cualquier circunstancia o dato de signo agravatorio, debiendo rebajar la pena al límite mínimo legal, fijando asimismo una cuota diaria de cuatro euros, que se considera adecuada a las circunstancias eco-

nómicas del acusado, con un sueldo mensual de 800 euros, y siendo propietario de un vehículo de cierta antigüedad, lo que no demuestra especial disponibilidad económica, quedando, por otro

lado, reservado el límite mínimo de dos euros diarios para los supuestos de extrema pobreza o indigencia que no concurre en este caso.

Sentencia 137/2010, AP Madrid, Sec. 29.^a, de 23 de abril

Ponente: **María del Pilar Rasillo López**

Resumen: **Estudio del vicio *in iudicando* y margen de error en las pruebas etilométricas**

Artículos: **379 Código Penal, 23 del Reglamento de Circulación, 10 de la Orden ITC 3707/2006, 120.3 CE, 142 LECrim y 248 LOPJ**

El vicio *in iudicando* se integra dentro del derecho a la tutela judicial efectiva y existe cuando no se da respuesta en la sentencia a las pretensiones de las partes, no a las alegaciones en defensa de éstas. Se absuelve al imputado de un delito del artículo 379 del Código Penal que arrojó un resultado en primera prueba de detección de alcohol en aire espirado de 0,65 mmg/l en atención al margen de error de 7,5% admitido por la Orden ITC 3707/2006.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Tanto el Juez de instancia como el de apelación son libres para apreciar las pruebas en conciencia (STC 21 de diciembre de 1983) y, si bien es cierto, que el carácter absoluto de la apelación, como nuevo juicio, que permite la revisión completa pudiendo el Tribunal de apelación hacer una nueva valoración de la prueba, señalar un relato histórico distinto del reseñado en instancia, o rectificar el erróneo criterio jurídico mantenido por el Juez *a quo*, sin embargo, es a éste, por razones de inmediatez en su percepción, a quien aprovechan al máximo las pruebas practicadas en el acto del juicio. Por eso, suele afirmarse que la fijación de los hechos llevada a cabo por la resolución recurrida ha de servir de punto de partida para el órgano de apelación y sólo podrá rectificarse por 1.º inexactitud o manifiesto y patente error en la apreciación de la prueba; 2.º que el relato fáctico sea incompleto, incongruente o contradictorio; 3.º que sea desvirtuado por nuevos elementos de prueba practicados en segunda instancia.

Sentado lo anterior y comenzando por el invocado error sobre la condición de conductor del acusado, la Magistrada Juez aborda profundamente la cuestión de su autoría. Es verdad que ninguno de los policías que han depuesto en juicio vieron al recurrente conducir, personándose en el lugar cuando ya había ocurrido el accidente. Más a su llegada, vieron que el acusado estaba en el asiento del conductor (y no en el del copiloto como indicaron en juicio éste y su hijo), reconociendo el acusado ser el conductor ante la Policía Local, manifestándolo así expresamente y sometándose a las pruebas de alcoholemia. Es después, ante el Juez de Instrucción y en el juicio oral donde el acusado niega su autoría, diciendo que el que el conducía era su hijo, que había tenido un accidente, habiéndose personado el acusado en su auxilio, ausentándose del lugar el hijo y que no dijo nada a la policía porque no pensaba que las cosas iban a ir tan lejos y por encubrir al hijo. Versión que no explica el hecho del ese previo reconocimiento de la autoría y en particular, del sometimiento a las pruebas etilométricas, cuando el acusado que se dedica a realizar portes esporádicos y por tanto

utiliza su vehículo para realizar su trabajo, sabía que había estado bebiendo toda la noche y que por ello, daría o podría dar una tasa de alcohol por encima de la permitida, con las consecuencias que ello le acarrearía, especialmente atendida su ocupación. Pero además, no existía motivo alguno para «encubrir a su hijo», por cuanto que en ningún momento se manifiesta que el mismo se encontrara bebido, sin que en el accidente hubiera otro vehículo implicado más que la furgoneta del acusado, que chocó con un bolardo.

Por lo que se refiere a la tasa de alcohol, frente a las disquisiciones teóricas de la defensa sobre la metabolización del alcohol, se constata que no se ha practicado prueba alguna de cuál sea la concreta metabolización del alcohol por parte del acusado, quien reconoció a los agentes de la policía local actuante que había bebido, siendo sometido a pruebas etilométricas y arrojando unos resultados positivos de 0,65 y 0,72 miligramos de alcohol por litro de aire espirado.

Ahora bien, debemos tener presente que la condena lo es por el nuevo tipo del art. 379.2 Código Penal introducido por la reforma de la Ley 25/2007, de 30 de noviembre: conducción de un vehículo de motor o ciclomotor con una tasa superior a 0,60 miligramos de alcohol por litro de aire espirado, tal como se dice de modo inequívoco en el fundamento jurídico primero, no entendiendo la Juzgadora acreditados los síntomas de ebriedad incluidos en el escrito de acusación (o al menos no los recoge) ni que el acusado condujera bajo la influencia del alcohol. Lo que entiende probado es que lo hacía con una tasa de alcohol superior a los 0,60 mg/litro de aire espirado.

Este nuevo tipo del art. 379.2 CP inciso final requiere la concurrencia y acreditación en juicio de las siguientes exigencias típicas: A) Un acto de conducción de un vehículo de motor o ciclomotor por vía de pública circulación. B) La ingesta previa de alcohol en un índice superior a 0,60 miligramos de alcohol por litro de aire espirado, sin que sea preciso, pues, que la ingesta previa de alcohol halle reflejo en la conducción del vehículo como sucede en el primer tipo contemplado en el mismo precepto («bajo la influencia de...») bastando, pues, para la rele-

vancia penal de la conducta que se supere aquella tasa de alcohol («en todo caso»), sin que ante la claridad de la voluntad del legislador plasmada en la ley pueda el Juez, sin que el tenor literal lo permita («en todo caso»), obviar aquella voluntad con una interpretación *pro reo* que no halla sustento en ninguno de los criterios hermenéuticos legales (literal, histórico, sistemático o teleológico). (SAP Barcelona sec. 3.ª, S 24 de octubre de 2008, núm. 817/2008).

Con este nuevo tipo se viene a establecer una presunción *iuris et de iure*, que no admite prueba en contrario, de manera que únicamente deberá acreditarse por parte de la acusación que el sujeto conducía con una tasa de alcohol superior a 0,60 miligramos de alcohol por litro de aire espirado, equivalente a 1,2 gramos de alcohol por litro de sangre, para estimar consumada la infracción penal. De manera la tasa de alcoholemia deja de ser un dato probatorio para convertirse en el elemento del tipo y ya no es necesario acreditar ni los signos de la embriaguez, ni la conducción irregular, ni ningún otro dato relacionado con la influencia alcohólica, lo que es acorde con el hecho de que en el Preámbulo de la Ley Orgánica 15/2007 se señale que la reforma sobre los delitos contra la seguridad vial tiene como contenido básico, entre otros, incrementar el control sobre el riesgo tolerable por la vía de la expresa previsión de niveles de ingesta alcohólica que se han de tener como peligrosos (en este sentido, SAP Girona sec. 4.ª, S 6 de mayo de 2008, núm. 250/2008).

En el caso enjuiciado las pruebas etilométricas arrojaron una tasa de 0,65 y 0,72 miligramos por litro de aire espirado. Mediciones que como se indica en el fundamento jurídico primero de la sentencia recurrida pueden tener un error de medición de más/menos 7,5% (art. 10 Orden ITC 3707/2006). Lo que aplicado a las pruebas aquí practicadas, da una tasa de alcohol de 0,60 mg/l y 0,67 mg/l, tal como se concluye en la sentencia.

El delito exige alcohol en un índice superior a 0,60 miligramos de alcohol por litro de aire espirado, por lo que como quiera que el acusado diera una tasa de 0,60 mg/l no concurre el elemento típico. Medición esta última a la que ha de estarse por ser la más beneficiosa para el

acusado y por cuanto que la segunda medición lo es a los solos efectos de contraste y para una mayor garantía (art. 23 Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación).

En consecuencia, procede revocar la sentencia recurrida y absolver al acusado del delito de conducción de un vehículo a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas por el que viene condenado.

Sentencia 141/2010, AP Madrid, Sec. 29.^a, de 23 de abril

Ponente: **Francisco Buenaventura Ferrer Pujol**

Resumen: **Tasa de alcohol en aire espirado de 0,60 mg/l. Absolución de delito del artículo 379.2 del Código Penal**

Artículos: **379 Código Penal y 741 y 973 LECrim**

Para aplicar el inciso segundo del artículo 379.2 del Código Penal la medición tiene que superar 0,60 mg/l. Si es igual o inferior deberá probarse la efectiva ingesta de alcohol, la existencia de síntomas externos, la influencia en la conducción y la existencia de riesgo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Como causas de impugnación se alega por la recurrente, en primer lugar error en la apreciación de las pruebas, centrado básicamente en la aceptación como acreditados de unos signos externos de embriaguez que no entiende razonable concluir a la vista de la prueba de cargo practicada, consistente en el testimonio de los cuatro agentes de Policía Municipal que intervinieron en los hechos.

El motivo ha de ser acogido, puesto que si bien el recurso de apelación tiene como objeto la revisión por el Tribunal *ad quem* de los hechos declarados probados y la aplicación de las normas legales de derecho que fueron efectuadas en la resolución de primera instancia. Y si ello no produce mayores problemas en orden a la aplicación del derecho efectuada, resulta más cuestionable la actuación del órgano *ad quem* a la hora de revisar la determinación de hechos derivada del análisis de las pruebas practicadas, ya que conforme a la más reciente jurisprudencia constitucional en esta materia, la valoración de las pruebas realizada por el juez *a quo* en ejercicio de las facultades, al tiempo obligaciones, que le imponen los arts. 741 y 973 de la LECr, partiendo de que la ac-

tividad probatoria desarrollada en el acto del juicio oral con pleno respeto a los principios procesales de inmediación, concentración y oralidad conduce a que sea el juez *a quo*, en tanto es ante quien personalmente se realizan las pruebas y por ello puede no sólo apreciarlas directamente, sino además, puede llegar a intervenir en ellas, posibilidades de mayor valor aún en el caso de las pruebas de naturaleza puramente personal (declaraciones de partes, testigos o peritos efectuadas en juicio), lo que supone que cuando lo cuestionado por un recurrente sea la valoración que el órgano judicial de instancia haya efectuado de las pruebas que apreció en conciencia (art. 741 LECr) el tribunal superior habrá de respetar, en principio, las conclusiones sobre las pruebas, siempre y cuando el argumentarlo de esa valoración está debidamente motivado.

En consecuencia, la valoración de las pruebas efectuadas por el juez de instancia sólo puede ser revisada en los siguientes supuestos: a) cuando la valoración no dependa de la percepción directa de las pruebas que el juez *a quo* tuvo con exclusividad; b) cuando con carácter previo a la valoración de las pruebas no exista prueba objetiva de cargo válidamente celebrada,

lo que vulneraría el principio de presunción de inocencia, y c) cuando el examen de lo actuado conduce a constatar un manifiesto y claro error en el juez *a quo*, al resultar su razonamiento absurdo, ilógico, irracional o arbitrario.

Por ello, si las pruebas se han practicado con respeto a las exigencias legales y constitucionales que regulan su práctica y su interpretación no lleva a conclusiones absurdas o ilógicas, no debe el tribunal *ad quem* alterar la valoración de la prueba alcanzada en la instancia.

En el caso de autos, la sentencia de instancia establece un relato de hechos probados que conduce a la condena recurrida que no podemos aceptar, ya que aun cuando se basa en la valoración de pruebas personales, lo hace de forma que entendemos manifiestamente errónea, pues afirma que se ha acreditado que el condenado «tenía claros síntomas de haber ingerido bebidas alcohólicas, que no tenía control propio exigible a un conductor, síntomas consistentes en ojos brillantes, o cuando se bajó del vehículo se tambaleaba, síntomas que fueron descritos en el atestado y que han sido debidamente ratificadas en el acto del juicio». Tal argumentación no pue-

de ser compartida, a la vista de la grabación del juicio, pues los tres agentes de Policía Municipal intervinientes en la primera sesión del juicio declararon que el acusado andaba normalmente, y el tercero de ellos, al señalarle el Fiscal que en el atestado se hacía constar que la deambulacion era tambaleante, respondió que él no la había apreciado.

Por su parte el agente comparecido en la segunda sesión del juicio, tras señalar como signos externos de embriaguez los ojos enrojecidos y el habla un poco pastosa, dijo dubitativamente que al bajar del coche «la deambulacion era un poco no sé cómo explicarme...» realizando entonces una pausa que integró, indebidamente, el Fiscal indicando al testigo «tambaleante», a lo que éste contestó con un poco convincente «sí».

Por tanto, tres agentes han negado haber apreciado esa deambulacion tambaleante y un cuarto no ha llegado a afirmarla por haberlo impedido la precipitada e indebidamente sugestiva interrupción del Ministerio Fiscal, lo que nos lleva a excluir del relato de hechos probados ese concreto signo de ebriedad.

Sentencia 292/2010, AP Valencia, Sec. 3.ª, de 27 de abril

Ponente: **Lamberto Juan Rodríguez Martínez**

Resumen: **Entre los delitos de los artículos 379 y 383 del Código Penal existe concurso de leyes. Adhesión al recurso de apelación**

Artículos: **8, 379 y 383 Código Penal**

Estudia la sentencia dos cuestiones, la primera la posibilidad, recogida en la actual redacción del artículo 790.1 de la LECrim, de utilizar la adhesión al recurso para introducir pretensiones contradictorias respecto al recurso y la de considerar que como los artículos 379 y 383 del Código Penal protegen el mismo bien jurídico se ha de aplicar, cuando se infringen ambos tipos el concurso de leyes.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—Procede desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de

Gabino relativo a la determinación de las penas que se le han impuesto porque, de un lado, la extensión de las penas impuestas se encuentra motivada en la sentencia de instancia, y, de otro

lado, porque esa motivación (la petición formulada por el Ministerio fiscal y la ausencia de circunstancias atenuantes), puede complementarse al valorar la entidad del riesgo que generó el acusado para la seguridad vial teniendo en cuenta que lo que conducía era un turismo (y no una motocicleta o un ciclomotor, de menor peso y, por tanto, menos peligroso para otros usuarios de la vía) y que la circulación tuvo lugar por una vía urbana y, por tanto, con un mayor número de usuarios puestos en peligro. Igualmente se valora en contra del acusado que el desvalor concreto de su conducta (conduce con sus facultades notablemente disminuidas por el alcohol ingerido y luego se niega a someterse a la prueba de alcoholemia) ha de ser necesariamente superior a la de quien simplemente se hubiera negado a practicar una prueba de alcoholemia tras ser requerido para someterse a dicha prueba por encontrarse incurso en los supuestos legalmente previstos.

Las penas impuestas al acusado son procedentes y quedan debidamente justificadas.

Segundo.—En lo que concierne a la adhesión formulada por el Ministerio fiscal, la misma debe ser desestimada. Un primer motivo podría ser su inadmisibilidad en tanto que, mediante la fórmula de una adhesión a una apelación, contiene una pretensión totalmente contradictoria respecto al recurso al que se adhiere, y ello en el supuesto de que se mantuviera la tesis tradicional y restrictiva respecto de la inadmisibilidad de la adhesión autónoma a un recurso de apelación contra una sentencia en el Procedimiento Abreviado.

En el caso de que se entendiera admisible (como ha querido el legislador al contemplar expresamente este supuesto en la redacción dada al art. 790.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre), también procedería la desestimación de la misma por razones de fondo.

Es cierto que existen resoluciones dispares en el ámbito de las Audiencias Provinciales sobre esta cuestión, disparidad que alcanzó incluso a la misma Audiencia Provincial de Valencia. Sin embargo, como consecuencia de la reforma de los delitos objeto de estudio llevada a cabo

por la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, se ha sentado un criterio favorable a la tesis de la vulneración del *non bis in idem*, criterio plasmado, por ejemplo, en Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia-Sección 4.ª de fecha 7 de septiembre de 2009, núm. 500/2009; 6 de marzo de 2009, núm. 116/2009, y 28 de abril de 2008, núm. 153/2008; de la Audiencia Provincial de Valencia-Sección 3.ª de fecha 18 de febrero de 2009, núm. 89/2009, y 5 de marzo de 2009, núm. 204/2009, y de la Audiencia Provincial de Valencia-Sección 2.ª de fecha 18 de junio de 2009, núm. 391/2009, entre otras.

En ellas se viene a razonar que, tras la referida reforma, si el bien jurídico protegido en el art. 379.2 del Código penal no había duda que lo era la seguridad del tráfico, también pasaba a serlo de forma principal en el delito del art. 383, eliminada la referencia al art. 556 y mantenida esta figura delictiva entre los delitos contra la seguridad vial.

Y añade la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia-Sección 3.ª de fecha 5 de marzo de 2009, núm. 204/2009: «que haya desaparecido toda alusión al delito de desobediencia grave a la autoridad, que se encuentre más gravemente penada la negativa a someterse a la prueba del alcohol que la misma conducción bajo los efectos del alcohol, teniendo en cuenta que protegen el mismo bien jurídico protegido, y además en una sucesión de continuidad en la prisión (prisión de tres a seis meses; y prisión de seis meses a un año), y que además la pena ahora es compuesta incluyendo la privación del derecho a conducir, lleva a concluir, que la negativa a someterse a la prueba ya incluye la penalidad de la conducción bajo los efectos del alcohol que queda absorbida por el delito más gravemente castigado».

De este modo, acreditada la comisión de los dos delitos por el acusado, procederá, por aplicación de las disposiciones del art. 8 del Código penal sobre concurso de leyes, aplicar el precepto que contempla una sanción más grave que, en este caso, lo es el art. 383 del Código penal, en lugar del concurso de delitos interesado por el Ministerio fiscal, cuya adhesión a la apelación, por tanto, debe ser desestimada.

Sentencia 155/2010, AP Madrid, Sec. 29.^a, de 29 de abril

Ponente: **Marta Pereira Penedo**

Resumen: **La presencia de alcohol en aire espirado no es elemento suficiente para condena por el artículo 379.2 del Código Penal**

Artículos: **379 Código Penal**

La sentencia absuelve teniendo en cuenta que el olor a alcohol acredita su ingesta pero no la cantidad que se consumió y la agresividad del conductor se explica en la negativa del otro implicado a reconocerse como causante del accidente.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Por la parte apelante se impugna la sentencia dictada en la instancia, en la que aprecia error en la valoración de la prueba y, como consecuencia inmediata la indebida aplicación del art. 379 del CP al no haber quedado acreditados los presupuestos típicos.

Para la comisión del delito previsto en el art. 379 del Código Penal, no basta conducir con una determinada tasa de alcoholemia, sino que es preciso que el conductor lo haga bajo la influencia del alcohol, o de cualquier otra de las sustancias legalmente previstas en el citado artículo y, por tanto, debe entenderse que el solo dato del nivel de alcoholemia, sin otras connotaciones, solamente es suficiente en principio para motivar una sanción administrativa. La apreciación del delito, en virtud de lo expuesto, requiere que el conductor que se encuentra a los mandos de un vehículo a motor lo haga con indudable afectación y alteración de sus facultades físicas y psíquicas en relación con sus niveles de percepción y de reacción.

A la vista la literalidad del art. 379 del Código Penal y de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia del Tribunal Supremo, para poder aplicar el tipo penal es necesario acreditar los siguientes elementos:

1. Que el acusado en el momento de los hechos condujera un vehículo de motor.
2. Que el acusado hubiera ingerido drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas.

3. Que la ingesta de dichas sustancias haya influido en sus facultades psíquicas y físicas en relación con sus niveles de percepción y reacción.

4. Que la concreta conducta del acusado haya significado un indudable riesgo para los bienes jurídicos protegidos (en la vida, la integridad física de las personas, la seguridad del tráfico).

La valoración de la concurrencia de los requisitos precedentes se analiza, en la sentencia apelada, por el reconocimiento que realizó el acusado de la ingesta previa de bebidas alcohólicas, por la tasa objetiva de alcohol, por los síntomas que presentaba el acusado, citando la testifical de la que se deriva tal conclusión probatoria y, por último, por la irregularidad en la forma de conducción que, desemboca en el accidente que imputa culpabilísticamente al acusado, siendo su causa eficiente la ingesta de bebidas alcohólicas.

Como se hiciera constar en la sentencia de instancia, efectivamente, el acusado viene a reconocer la ingesta de bebidas alcohólicas y no se impugna el resultado de la prueba alcoholométrica (a pesar de que no se incorpora al atestado el certificado de revisión periódica para la adecuada calibración del etilómetro, tampoco ajustado al cambio horario precedente). Pero como se decía, el resultado de carácter objetivo no conlleva, a la fecha de comisión de los hechos, la condena sino que es preciso que se acredite la influencia negativa de la ingesta alcohólica en la conducción. De forma generalizada, los policías

que depusieron en el plenario, no recordaban los síntomas externos que presentaba el acusado realizando una ratificación genérica y, respecto de los que algo recordaron, no puede más que inferirse la reciente lectura del atestado pues, en otro caso, viene a resultar prácticamente imposible tal recuerdo relativo a un hecho que sucedió hace casi siete años, pues no en vano debe recordarse que la fecha se remonta al año 2003.

Así pues, las manifestaciones de los policías son genéricas y ausentes de la necesaria rotundidad, habida cuenta del tiempo transcurrido. A pesar de ello, se especifican como síntomas evidentes el olor a alcohol en el aliento y los ojos enrojecidos. La conductora del vehículo contrario, a los síntomas precedentes añade que el conductor se encontraba muy agresivo, lo que también apoya el testigo Jesús, quien a la sazón prestaba sus servicios en la guardería a la que se dirigía la conductora para dejar a su hijo de dos años cuando acaece el accidente.

Tales síntomas no son expresivos de la negativa influencia del alcohol en la conducción y su valoración debe realizarse en el contexto y circunstancias de su acaecimiento.

El olor a alcohol es en sí mismo expresivo de la efectiva ingesta alcohólica lo que no es objeto de discusión.

Como consecuencia de la colisión, el acusado resultó herido y, en todo momento ha mantenido que el accidente se produjo cuando la conductora del vehículo contrario invadió el carril derecho por el que circulaba, que se le echó encima y que como consecuencia del mismo tuvo lesiones. Las lesiones que sufrió el acusado se consignan al folio 40 de las actuaciones. Así pues, el que el acusado tuviera los ojos rojos ni siquiera puede ser valorado como expresión de la ingesta alcohólica y la agresividad es la inherente a la imputación que realiza a la conductora contraria en su producción. Debe recordarse que la conductora se va del lugar para llevar a su hijo a la guardería, recomendándole que vaya al centro médico cercano, lo que provoca la actitud agresiva mencionada.

Así pues, las pruebas precedentes no tienen entidad suficiente para estimar que el acusado conducía negativamente influenciado por la ingesta de bebidas alcohólicas.

El siguiente elemento probatorio que se tiene en consideración para sustentar la comisión del ilícito radica en la irregular forma de conducción del acusado, al que se imputa la culpa en la producción del accidente.

Tampoco puede la Sala compartir tal afirmación. El acusado ha mantenido, en todo momento, que circulaba por el carril de la derecha y que el vehículo contrario, procedente de la izquierda se le vino encima al realizar el giro, que intentó evadirle echándose más a la derecha, no obstante no pudo evitar la colisión. Frente a tal versión, la conductora del vehículo contrario mantiene que circulaba despacio puesto que existía una señal de ceda el paso, con el intermitente accionado cuando, el vehículo contrario intenta rebasarla por la derecha a gran velocidad, insistiendo en que nunca llegó a abandonar el carril derecho, para posteriormente matizar, que se abrió un poco hacia la izquierda puesto que, debido a las dimensiones de su vehículo, tal maniobra era imprescindible para realizar el giro.

A la vista de las manifestaciones de las partes, la localización de los vehículos y los daños que éstos presentan, se realiza por la fuerza instructora un juicio crítico del accidente que obra al folio 70 vuelto de las actuaciones en el que se expresa como primera causa eficiente a la producción del siniestro la maniobra realizada por la conductora del vehículo Toyota y, como alternativa, la conducción del acusado, inadecuada a las circunstancias del tráfico, motivada por la ingesta alcohólica. Respecto de esta última, no se define qué maniobra concreta pudo realizar el acusado para producir el accidente.

A la vista de lo expuesto no se puede afirmar que el acusado fuera el causante del accidente, ni que el mismo obedeciera a la ingesta previa de bebidas alcohólicas, siendo de aplicación el principio *in dubio pro reo*.

Revista de

Derecho Penal

**DOCTRINA DE LA FISCALÍA
GENERAL DEL ESTADO**

CIRCULAR 3/2010

**SOBRE RÉGIMEN TRANSITORIO APLICABLE
A LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL OPERADA
POR LEY ORGÁNICA 5/2010, DE 22 DE JUNIO**

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. NORMAS QUE HABRÁN DE PRESIDIR EL PROCESO DE REVISIÓN.
3. SUPUESTOS EXCLUIDOS DEL PROCESO DE REVISIÓN.
4. SUPUESTOS QUE SERÁN OBJETO DE REVISIÓN.
5. ANÁLISIS DE LOS SUPUESTOS DE LA LEY ORGÁNICA 5/2010 QUE HAN DE DAR LUGAR A LA APERTURA DEL PROCESO DE REVISIÓN.
 - 5.1. **Delitos de robo.**
 - 5.2. **Delitos de estafa.**
 - 5.3. **Delitos contra la propiedad intelectual e industrial.**
 - 5.4. **Fraude de subvenciones públicas.**
 - 5.5. **Delitos contra la salud pública.**
 - 5.6. **Delitos contra la seguridad vial.**
 - 5.7. **Delitos de falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje.**
6. EFECTOS COMUNES DERIVADOS DE LA DESPENALIZACIÓN DE DETERMINADAS CONDUCTAS O DE LA REDUCCIÓN DE LA PENA IMPONIBLE PARA LAS MISMAS.
7. CAUSAS EN TRÁMITE.
 - 7.1. **Cuestiones de carácter general.**
 - 7.2. **Especial referencia al delito de hurto configurado a partir de la reiteración de faltas contra la propiedad.**
8. RECURSOS CONTRA LAS RESOLUCIONES ADOPTADAS EN EL PROCESO DE REVISIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

El 23 de junio de 2010 se publicó en el Boletín Oficial del Estado 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.

En su disposición final séptima se establece que la Ley entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado por lo que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 5.1 del Código Civil, transcurrido el período de *vacatio legis*, inicia su vigencia el 23 de diciembre de 2010.

La Ley lleva a cabo una reforma parcial del articulado del Código Penal que obedece a las razones expresadas en el capítulo I de su Exposición de Motivos: dar cumplimiento a las obligaciones internacionales contraídas por España; corregir determinadas carencias o desviaciones que se han ido detectando en la aplicación del vigente Código Penal y dar respuesta a cuestiones o situaciones, antes inexistentes, que han ido surgiendo con motivo de los cambios operados en nuestra realidad social.

Estas mismas razones dan lugar a que, con carácter general, la reforma resulte más severa, en el tratamiento de las figuras delictivas a las que afecta, que los preceptos que se verán derogados o modificados a la entrada en vigor de la Ley. La mayor parte de sus disposiciones se dirigen a ampliar el marco punitivo aplicable a conductas típicas ya reguladas o a regular nuevas conductas típicas anteriormente no previstas.

No obstante, algunos preceptos de la nueva Ley resultarán más beneficiosos para el reo, pudiendo surgir en el proceso de revisión diversos problemas interpretativos en orden a determinar la Ley más favorable. Para estos supuestos, en cumplimiento del principio de unidad de actuación, que se configura en los artículos 124 de la Constitución Española y 2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal como principio fundamental que ha de regir la actuación del Ministerio Fiscal, deben establecerse unas pautas comunes en la interpretación y aplicación de la norma que aseguren una respuesta uniforme en la tarea de revisión de sentencias que deberá llevarse a efecto con la entrada en vigor de la citada reforma.

Siguiendo la sistemática de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2004, al analizar las cuestiones de derecho transitorio generadas por la reforma operada por Ley Orgánica 15/2003, también en esta ocasión la escasa complejidad de la actual reforma permite tratar en un mismo documento los problemas derivados de la revisión de sentencias y los que surgen en relación con los asuntos penales pendientes de enjuiciamiento o de tramitación de los recursos interpuestos contra sentencias dictadas de conformidad con la normativa que se deroga.

Debe adelantarse igualmente que la mayoría de las cuestiones generales de derecho transitorio que pueden plantearse con motivo de la entrada en vigor de las modificaciones operadas en el Código Penal ya han sido tratadas en precedentes Circulares de la Fiscalía General del Estado publicadas con ocasión de anteriores reformas de nuestro derecho penal sustantivo. La doctrina que emana de estos documentos, de entre los que cabe destacar, por ser las más recientes, las Circulares sobre régimen transitorio 1/1996, 2/1996 y 1/2004, así como la Circular 1/2000 relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000 que regula la responsabilidad penal de los menores, habrá de servir a los Sres. Fiscales de soporte, facilitando la labor interpretativa que se afronta en esta ocasión. Este documento,

en gran medida, servirá de recordatorio sobre la forma de proceder ante cuestiones de derecho transitorio que ya fueron resueltas en las referidas Circulares.

La labor de revisión de sentencias y asuntos en trámite, a partir del análisis de las disposiciones de ambos textos legales, el vigente hasta el 23 de diciembre y el reformado por Ley Orgánica 5/2010, ha de partir del principio de retroactividad de la ley penal más favorable que reconoce expresamente el artículo 2.2 del Código Penal al disponer que «tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena», en desarrollo y complemento de la regla general que proclama el artículo 9.3 de la Constitución al establecer «la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables» y que se recoge también en los artículos 2.3 del Código Civil y 2.1 del Código Penal.

La disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 5/2010, en su apartado 1.º, recoge expresamente el principio de retroactividad de la ley penal más favorable afirmando que «los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor».

Conforme a lo dispuesto en este precepto, a partir del día de la fecha, y teniendo en cuenta los preceptos reformados, deberá llevarse a cabo un proceso de análisis de todas las causas afectadas, ya resueltas por sentencia firme o que se encuentren en tramitación, a fin de valorar si la aplicación de la reforma resulta más favorable al reo aunque los hechos a que se refieren se hayan cometido antes de su entrada en vigor. A dicho fin se efectuará la comparación de la totalidad de las normas aplicables en cada caso, en el Código actual y en el derivado de la reforma analizada, para determinar aquel que resulte, en su conjunto, más favorable al reo.

Con carácter previo a la determinación de los criterios que servirán de guía en la labor de revisión hay que poner de relieve que las tres disposiciones transitorias de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, reproducen íntegramente las disposiciones transitorias de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, salvo la disposición transitoria cuarta de este último texto legal, que se destinó a tratar las cuestiones de derecho transitorio planteadas por la instauración de la, entonces novedosa, pena de localización permanente.

El análisis de dichas disposiciones transitorias, efectuado en el capítulo III de la Circular 1 /2004, resulta especialmente útil y tiene plena validez ante la entrada en vigor de la nueva Ley, debiendo recordar a los Sres. Fiscales, como ya se hiciera en dicho documento, que las disposiciones transitorias de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (salvo la duodécima derogada por Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero) siguen vigentes en todo aquello que no resulte específicamente regulado en las disposiciones transitorias de la Ley Orgánica 5/2010.

2. NORMAS QUE HABRÁN DE PRESIDIR EL PROCESO DE REVISIÓN

Para la determinación de la Ley más favorable habrá de tenerse en cuenta las siguientes consideraciones que se extraen de la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 5/2010:

La comparación entre ambas normativas deberá efectuarse a partir de la totalidad de las normas que integran ambos textos legales, sin que quepa seleccionar de cada cuerpo legislativo los preceptos que favorezcan al reo rechazando aquellos otros que le perjudiquen. En este sentido, el apartado 2.º de la disposición transitoria primera, establece literalmente que «para la determinación de la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código actual y de la reforma contenida en esta ley». En palabras empleadas con anterioridad por las Circulares 1/1996 y 1/2004 «no es admisible ni asumible, como más beneficiosa, la aplicación “troceada” tomando de cada bloque lo que favorezca y rechazando lo que perjudique, pues se estaría entonces enjuiciando incorrectamente según una tercera Ley constituida artificialmente con retazos de las efectivamente promulgadas. Al efectuar la comparación de penas para determinar la ley más favorable deben tenerse en cuenta los preceptos íntegros de una u otra legislación, sin que quepa construir una “tercera norma más favorable”».

En el desarrollo de esta labor de comparación se examinará cada caso teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes tal y como se recogen en la sentencia objeto de revisión y con pleno respeto a los hechos declarados probados en la misma.

Cuando en una misma sentencia haya recaído condena por diversos delitos, siguiendo también los criterios ya establecidos en la Circular 1/2004, es posible hacer un tratamiento autónomo respecto de cada uno de los delitos, sin que sea obligado considerar para todos los hechos enjuiciados una misma legislación.

En los supuestos de concurso ideal de delitos se seguirán las pautas establecidas por la Circular 1/1996 partiendo de la comparación global de ambos textos legales. Los Sres. Fiscales, una vez calificados los hechos enjuiciados conforme a la nueva normativa, deberán determinar el marco punitivo que correspondería imponerles en aplicación de las reglas establecidas en el artículo 77 del Código Penal. Si la pena impuesta en sentencia fuera también de aplicación conforme al nuevo texto legal no procederá la revisión. En caso contrario, habrá de efectuarse la revisión aplicando íntegramente las disposiciones del Código Penal reformado.

Cuando con motivo de la reforma resultare la despenalización de alguna de las conductas en concurso y, en aplicación de la regla 2.ª del artículo 77, se impuso pena única —la prevista para infracción más grave en su mitad superior—, se cotejará la pena impuesta en aplicación del Código Penal vigente hasta el 23 de diciembre de 2010 con la pena que correspondería imponer a la infracción subsistente conforme a la nueva normativa, a los efectos de valorar la legislación más beneficiosa. Por el contrario, si las diferentes infracciones fueron penadas separadamente, conforme a la regla 3.ª del artículo 77 del Código Penal, se dejará sin efecto la infracción que desaparece y, respecto a la que subsiste, se compararán las penas señaladas en ambos textos legales en orden a determinar el que resulte más favorable al reo.

La audiencia del reo, a que se refiere el apartado 3.º de la disposición transitoria primera, conforme a criterios sostenidos en las Circulares 1/1996 y 1/2004, será preceptiva tan sólo en los supuestos en que procede efectivamente la revisión y no será necesaria, sin perjuicio de que puede ser acordada, en los demás supuestos.

En el trámite de audiencia, el reo deberá ser informado de los términos de la revisión y de sus efectos en el cumplimiento de la pena. Como ya se subrayó en la Circular 1/2004,

«los Sres. Fiscales habrán de procurar que esta información sea comprensible y suficiente para garantizar que el cumplimiento de este requisito de audiencia permita al sujeto pasivo del procedimiento emitir una opinión informada». Esta información puede proporcionarse en el dictamen que se emita en el incidente de revisión, fundamentándolo debidamente y solicitando se entregue copia de él al reo.

El criterio del reo, aun cuando no tiene carácter vinculante, resultará especialmente útil cuando no sea posible establecer con claridad cuál es la Ley penal más favorable.

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS DEL PROCESO DE REVISIÓN

La disposición transitoria segunda excluye una serie de supuestos del proceso de revisión. Dichos supuestos, que se relacionan a continuación, fueron también estudiados en profundidad en las Circulares de la Fiscalía General del Estado 1/1996 y 1/2004 a cuyo contenido hemos de remitirnos.

El primer supuesto se recoge en el apartado 1.º de la citada disposición que, en relación con la revisión de sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, establece que «en las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código. Se exceptúa el supuesto en que esta Ley contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad; en tal caso, deberá revisarse la sentencia».

Es decir, con independencia de que se hayan modificado los límites máximo y mínimo de la pena establecida en el tipo penal tras la reforma que analizamos y aun cuando, en consecuencia, la nueva pena resulte en abstracto más beneficiosa, si la pena privativa de libertad impuesta antes de la modificación legislativa es también imponible de acuerdo con la nueva legislación, no habrá lugar a la revisión de la sentencia.

Dicha valoración debería hacerse, en todo caso, atendiendo al marco punitivo establecido taxativamente en la norma penal y no al que resulte de las posibilidades de ejercicio del arbitrio judicial que se reconozcan en la nueva regulación. A este respecto, visto lo establecido en el inciso 2.º del apartado 1.º de disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 5/2010, que reproduce íntegramente el inciso 2.º del apartado 1.º de la disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 10/1995, debe reiterarse el razonamiento que, en relación con este apartado, efectuó la Circular 1/1996 de la Fiscalía General del Estado, según la cual, «si la pena impuesta en la sentencia susceptible de revisión podría imponerse también con arreglo al nuevo Código Penal, será inviable la revisión sin duda alguna y sin que tenga relevancia alguna el dato de que con arreglo al nuevo Código Penal se hubiese podido imponer una duración de pena inferior haciendo uso de la discrecionalidad».

Del apartado 2.º resulta que tampoco serán objeto de revisión las sentencias «...en que el cumplimiento de la pena esté suspendido, sin perjuicio de hacerlo en caso de que se revoque la suspensión y antes de proceder al cumplimiento efectivo de la pena suspendida “... si el penado se encuentra en período de libertad condicional”» o aquellas sentencias en «... que, con arreglo a la redacción anterior de los artículos del Código y a la presente reforma, corresponda exclusivamente pena de multa».

El apartado 3.º exime de revisión «... las sentencias en que la pena esté ejecutada o suspendida, aunque se encuentren pendientes de ejecutar otros pronunciamientos del fallo, así como las ya totalmente ejecutadas» ello sin perjuicio de que la nueva legislación sea tenida en cuenta, de resultar más favorable, si se iniciara la ejecución, en el caso de las penas suspendidas, y en términos generales en lo que afecta a la aplicación de la agravante de reincidencia.

Por último, para los supuestos de indulto total o parcial, el apartado 4.º dispone que «no se revisarán las sentencias cuando la pena resultante que se halle cumpliendo el condenado se encuentre comprendida en un marco imponible inferior respecto a esta Ley».

4. SUPUESTOS QUE SERÁN OBJETO DE REVISIÓN

Procederá la revisión en cualquier caso de las sentencias relativas a conductas que hayan quedado despenalizadas.

También habrá lugar a la revisión de la sentencia en aquellos supuestos en que, efectuada la labor comparativa, resultara que la pena efectivamente impuesta excede a la que correspondería imponer en aplicación de los preceptos de la nueva legislación penal.

En estos casos, los Sres. Fiscales, al evacuar el informe favorable a la revisión, cuidarán de solicitar la concreta pena que consideren procedente en atención a las características y circunstancias del caso concreto tal y como quedan recogidas en los hechos declarados probados en la sentencia, a fin de dar cumplimiento a la doctrina del Tribunal Constitucional, expresada en la Sentencia 155/2009, de 25 de junio (en el mismo sentido, SSTC 205/2009, de 23 de noviembre y 70/2010, de 18 de octubre) que, al analizar el deber de correlación, como manifestación del principio acusatorio, entre la acusación y el fallo en lo concerniente a la pena a imponer, aclara y perfila la propia doctrina constitucional, preexistente en esta materia, afirmando que

«Con la perspectiva constitucional que nos es propia resulta preciso replantear la cuestión y avanzar un poco más en la protección de los derechos de defensa del imputado y en la preservación de la garantía de la imparcialidad judicial en el seno del proceso penal, en el sentido de estimar que, solicitada por las acusaciones la imposición de una pena dentro del marco legalmente previsto para el delito formalmente imputado, el órgano judicial, por exigencia de los referidos derechos y garantías constitucionales, en los que encuentra fundamento, entre otros, el deber de congruencia entre acusación y fallo como manifestación del principio acusatorio, no puede imponer pena que exceda, por su gravedad, naturaleza o cuantía, de la pedida por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancia la causa, aunque la pena en cuestión no transgreda los márgenes de la legalmente prevista para el tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso» de forma que «... el alcance del deber de congruencia entre la acusación y el fallo por lo que respecta a la pena a imponer por el órgano judicial en los términos definidos en este fundamento jurídico se cohonestará mejor, a la vez que también la refuerza en su debida dimensión constitucional, con la garantía de la imparcialidad judicial en el seno del proceso penal, que, como ya hemos señalado, constituye uno de los fundamentos de la exigencia de aquel deber de congruencia como manifestación del principio acusatorio».

Criterio acorde con el expresado por el Tribunal Supremo en Acuerdo adoptado por el Pleno no jurisdiccional el 20 de diciembre de 2006, donde se razonaba que «El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa», precisando en el Pleno celebrado el día 27 de noviembre de 2007 que «el anterior Acuerdo de esta Sala, de fecha 20 de diciembre de 2006, debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto».

En definitiva, los Sres. Fiscales se pronunciarán en su dictamen acerca de la procedencia de llevar a cabo la revisión de la sentencia y, en caso afirmativo, indicarán la pena concreta que debe imponerse en cada caso en atención a las circunstancias que se consideran probadas y a las valoraciones que, en relación con la individualización de la sanción, se efectúen en la resolución objeto de revisión.

En estos supuestos los Sres. Fiscales tendrán especial cuidado en priorizar la revisión de las causas que, con motivo de la revisión efectiva de la pena impuesta, den lugar a la inmediata o próxima excarcelación del penado, a fin de que dicha excarcelación pueda llevarse a efecto en la fecha que corresponda una vez entre en vigor la reforma del Código Penal.

5. ANÁLISIS DE LOS SUPUESTOS DE LA LEY ORGÁNICA 5/2010 QUE HAN DE DAR LUGAR A LA APERTURA DEL PROCESO DE REVISIÓN

5.1. Delitos de robo

La Ley modifica el artículo 242 introduciendo en su apartado 2.º el tipo complejo de robo con violencia en casa habitada que había sido suprimido después de la entrada en vigor del Código Penal de 1995.

La modificación va a afectar al régimen concursal que, desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995, se viene aplicando para los supuestos de robo con violencia o intimidación cometidos en casa habitada.

No será procedente la revisión en los supuestos en que la sentencia haya estimado que el delito de robo con violencia y el allanamiento de morada se encuentran en concurso medial ya que, en aplicación de lo previsto en el artículo 77, la pena más grave en su mitad superior coincide con la pena prevista en el nuevo apartado 2.º del artículo 242. Por el contrario, los Sres. Fiscales informarán favorablemente a la revisión de las sentencias condenatorias en los supuestos de concurso real de ambos delitos, penados separadamente en atención a lo dispuesto en el artículo 73 del Código Penal, siempre que la suma de las penas impuestas por cada uno de ellos supere los cinco años de prisión, al resultar en ese caso más beneficiosa para el penado la nueva regulación.

5.2. Delitos de estafa

Las modificaciones introducidas en el artículo 250 por Ley Orgánica 5/2010 determinan la necesidad de iniciar el proceso de revisión cuando la pena impuesta sea superior a tres

años y se haya impuesto en aplicación de lo previsto en el apartado núm. 3.º del artículo 250 vigente hasta el 23 de diciembre de 2010, referido a los supuestos en que el delito «Se realice mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio», o en atención a la *especial gravedad* de la defraudación recogida en el reformado núm. 6 del referido artículo.

Con la reforma desaparece del Código Penal la cualificación del delito de estafa contenida en el apartado 3.º del artículo 250 del Código Penal y, en lo que se refiere a la especial gravedad en atención al valor de lo defraudado, se configura, en el nuevo apartado 5.º del artículo 250, como circunstancia independiente en orden a cualificar el delito de estafa únicamente cuando el valor de la defraudación supere los 50.000 euros. Los demás conceptos agravatorios que, junto con el valor de lo defraudado, integraban el núm. 6 del artículo 250 se recogen, con idéntico contenido que en su redacción anterior, en el núm. 4 del nuevo artículo 250 del Código Penal.

En aquellos supuestos en los que, conforme a los hechos declarados probados en la Sentencia, la cualificación del delito obedeció a la aplicación del supuesto núm. 3 del artículo 250 o a la apreciación de la especial gravedad prevista en el núm. 6 si, en este último caso, el valor de lo defraudado no superaba la cantidad de 50.000 euros, los Sres. Fiscales deberán informar favorablemente a la revisión, reconduciendo la calificación del hecho al tipo básico del artículo 248 en relación con el artículo 249, siempre que la pena impuesta supere los tres años y una u otra circunstancia hayan sido las únicas consideradas por el Juez o Tribunal para aplicar el tipo agravado del artículo 250, vigente en la fecha de comisión de los hechos.

5.3. Delitos contra la propiedad intelectual e industrial

La Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal ha añadido un nuevo párrafo a los apartados 1.º del artículo 270 y 2.º del artículo 274 en virtud del cual se otorga al juez la facultad de atenuar la pena en los casos de distribución al por menor, rebajándola a multa de 3 a 6 meses o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 60 días, en atención a las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias que agravan el delito, previstas en los artículos 271 y 276, respectivamente. Además se configura una nueva figura de falta, incardinada en el artículo 623.5, cuando la cuantía del beneficio no excede de 400 euros.

No plantearán problemas de aplicación de derecho transitorio los nuevos tipos atenuados pues, debido a su carácter facultativo, no resulta procedente en base a ellos la revisión de sentencias de conformidad con lo dispuesto en el primer inciso del párrafo 2.º del apartado 1.º de la disposición transitoria segunda, según la cual, en las revisiones de sentencias, se tendrá en cuenta la disposición más favorable «considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial».

Por el contrario, y en lo que se refiere a la delimitación entre el delito y la falta en atención a la cuantía del beneficio, los Sres. Fiscales habrán de tener en cuenta que el establecimiento de un límite cuantitativo mínimo en la definición del delito no obedece, como ha ocurrido históricamente en otros supuestos, a problemas relacionados con la pérdida del

valor adquisitivo de la moneda, sino que dicho límite cuantitativo se configura como un nuevo elemento del tipo determinante de la calificación jurídica de los hechos.

Habrà de reconocerse que la referencia al beneficio resulta imprecisa y que existen serias dificultades para proceder a su determinación, dificultades que probablemente no hubieran surgido si el criterio delimitador se hubiera fijado en el valor de los objetos falsificados o en el perjuicio causado a los titulares de los derechos defraudados. Del beneficio obtenido por el sujeto activo del delito, que debe interpretarse como ganancia obtenida con la actividad delictiva, a calcular sobre la base de los efectos intervenidos, no habrá constancia en la mayoría de las Sentencias que van a ser objeto de revisión, si bien, en cualquier caso, los supuestos a revisar quedarían limitados a los tipos básicos del artículo 270.1 y 274.2 dado que los modificados artículos 270 y 274, y el propio artículo 623.5, excluyen de la consideración como falta, con independencia de la cuantía del beneficio, todos aquellos supuestos en que se hayan apreciado respectivamente las circunstancias agravatorias de los artículos 271 o 276 del Código Penal.

En atención a lo expuesto los Sres. Fiscales procederán a revisar todas las sentencias condenatorias dictadas al amparo de los artículos 270.1 y 274.2, y cuando, a partir de los hechos declarados probados en la sentencia, no resulte acreditado la obtención de un beneficio económico superior a 400 euros o cuando claramente resulte que es inferior a esta cantidad, solicitarán que los hechos sean declarados falta y, en consecuencia, que se imponga la sanción correspondiente a dicha calificación jurídica.

Por lo que se refiere a las causas en trámite o asuntos pendientes de enjuiciamiento en que no se haya cuantificado el beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener, se calificarán como falta cuando no existiera otra forma de determinar el importe del beneficio antes de la celebración del juicio oral.

En tal sentido, en los procedimientos incoados por hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigor del Código Penal que sean trasladados al Ministerio Fiscal para calificación, los Sres. Fiscales, al amparo de lo previsto en el artículo 780.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, instarán, con carácter previo a evacuar este trámite conferido, la práctica de prueba pericial dirigida a determinar la cuantía del beneficio. En los supuestos ya calificados, pendientes de juicio oral, se solicitará del Juez de lo Penal, al amparo de lo previsto en el artículo 785.1, párrafo 2.º, inciso 2.º, en relación con el artículo 781.1, párrafo 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que acuerde la práctica de prueba pericial dirigida a cuantificar el beneficio obtenido o que hubiera podido obtener el acusado, en atención a que este nuevo elemento del tipo, introducido en la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010 en los delitos contra la propiedad intelectual y contra la propiedad industrial, va a ser determinante de la calificación jurídica de los hechos a enjuiciar.

En lo que atañe a los delitos contra la propiedad industrial también planteará cuestiones de derecho transitorio la modificación del último inciso del apartado 1.º del artículo 274, en lo que se refiere a los supuestos de importación, sin respetar los derechos de propiedad industrial de productos.

La Ley Orgánica 15/2003 introdujo el citado inciso a través del cual, al establecer que «Igualmente, incurrirán en la misma pena los que importen intencionadamente estos productos sin dicho consentimiento, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en

su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquéllos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos de dicho Estado, o con su consentimiento», criminalizaba las conductas consistentes en importaciones paralelas extracomunitarias (en relación con países de la Unión Europea se produce un agotamiento del derecho de distribución tras la primera venta o comercialización realizada por el titular) realizadas sin la autorización del titular de los derechos de distribución en España.

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 estos supuestos, hasta ahora típicos, quedan despenalizados y por tanto fuera del ámbito de protección de la norma penal y ello sin perjuicio de su sanción administrativa conforme a la legislación de marcas o de competencia desleal. En atención a lo cual los Sres. Fiscales procederán a revisar aquellas sentencias condenatorias recaídas por conductas relativas a la importación, desde países extracomunitarios, de productos auténticos, de origen lícito, respecto de los que un tercero ostenta el derecho de importación o distribución en España.

5.4. Fraude de subvenciones públicas

De las modificaciones que han sido introducidas en el Título XIV del Código Penal, en el ámbito de los delitos contra la Hacienda Pública, tan sólo las introducidas en los apartados 1.º y 2.º del artículo 308 hacen necesario iniciar un proceso de revisión de las sentencias condenatorias que hayan sido dictadas a su amparo, ya que en los demás casos lo que se produce, tras la reforma, es un incremento de la pena prevista para estos comportamientos delictivos por lo que, en ningún caso, la nueva regulación resultará mas favorable al reo.

En lo que a dichos apartados 1 y 2 del artículo 308 del Código Penal se refiere, la Ley Orgánica 5/2010 ha incrementado el límite máximo de la pena a imponer en los supuestos de obtención de subvenciones, desgravaciones o ayudas de las Administraciones públicas falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que se lo hubieren impedido, y en aquellas conductas típicas consistentes en desarrollar una actividad subvencionada con fondos de las Administraciones Públicas incumpliendo las condiciones establecidas alterando los fines para los que fue concedida la subvención.

Sin embargo, al tiempo, se ha modificado el importe mínimo de la cantidad defraudada que exige el tipo penal en ambos casos ya que, frente a los 80.000 euros previstos en el reformado artículo 308, el límite inferior se fija ahora en 120.000 euros, parificándolo con la cuantía mínima prevista para los delitos fiscales. En consecuencia, con la fecha de entrada en vigor de la nueva Ley, aquellas conductas defraudatorias de cantidades que no superen los 120.000 euros quedan despenalizadas.

De conformidad con el criterio establecido para supuestos similares en la Circular 1/2004, los Sres. Fiscales habrán de informar favorablemente a la revisión cuando de los hechos declarados probados resulte que la cantidad defraudada no supera la suma de 120.000 euros.

En lo que concierne a las causas en trámite, se solicitará el archivo cuando versen sobre cuantías que no alcancen el nuevo mínimo típico. Tanto en este caso como en el anterior, los Sres. Fiscales instarán, al tiempo que se solicita el archivo, la remisión del correspondiente testimonio a la autoridad administrativa a los efectos procedentes, en aquellos supuestos en que los hechos despenalizados pudieran constituir infracciones administrativas.

5.5. Delitos contra la salud pública

El artículo 368 sufre dos modificaciones de diferente calado, por un lado, se rebaja el límite máximo de la pena privativa de libertad a imponer en los supuestos referidos a sustancias que causan grave daño a la salud de nueve a seis años de prisión, manteniéndose la pena de multa prevista para estos supuestos, así como las penas correspondientes a los delitos relativos a sustancias que no causan grave daño a la salud, en idénticos términos a los de su actual regulación. Por otro, lado se introduce un nuevo párrafo en el citado artículo que otorga a los tribunales la facultad de imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable, facultad que no será aplicable cuando concurren las circunstancias agravantes de los artículos 369 bis y 370.

Ningún problema plantea este nuevo párrafo 2.º del artículo 368 pues, conforme a lo establecido en el primer inciso del párrafo 2.º del apartado 1.º de la disposición transitoria segunda de la Ley, el proceso de revisión de las sentencias firmes pendientes de ejecución, o de aquellas en que el penado se encontrara cumpliendo condena, se ha de efectuar aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. Como ya se ponía de relieve en la Circular 1/2004 «no podrán estas disposiciones motivar el inicio del proceso de revisión de sentencias ya firmes, pues su aplicación entraría dentro de las facultades discrecionales del órgano de enjuiciamiento, exigiría en algunos casos ir más allá de los hechos probados en la sentencia y además dichas circunstancias pudieron ser ponderadas en el enjuiciamiento conforme a la anterior legalidad penal a través de vías genéricas como la atenuante analógica».

La significativa reducción de la pena máxima prevista en el nuevo artículo 368 para los delitos cometidos con sustancias que causan grave daño a la salud, impone iniciar el proceso de revisión de la totalidad de las sentencias condenatorias recaídas por estos supuestos, debiendo los Sres. Fiscales informar favorablemente a la revisión siempre que la condena sea superior a 6 años de privación de libertad o cuando la pena impuesta en atención al hecho y sus circunstancias exceda del marco punitivo correspondiente a ese mismo hecho y esas mismas circunstancias en la nueva regulación.

La modificación antedicha incide también en los supuestos agravados del artículo 369 por cuanto en éste se establece pena privativa de libertad superior en grado a la prevista en el artículo anterior. En razón de ello, para los supuestos de sustancias que causan grave daño a la salud, la pena privativa de libertad prevista por la Ley pasa a ser de 6 años y 1 día a 9 años de prisión al modificarse a la baja tanto el límite mínimo como el máximo de la sanción.

Además, el actual contenido del artículo 369 también se altera en la nueva Ley. De un lado, se han suprimido las circunstancias agravantes núms. 2.º y 10.º del apartado 1, relativas, respectivamente, a la pertenencia del culpable a una organización o asociación que tiene por finalidad la difusión de estas sustancias y a los supuestos en los que el culpable introduce o saca ilegalmente las referidas sustancias o productos del territorio nacional o bien favorece la realización de tales conductas. De otro lado, se suprime el apartado 2.º del artículo 369.

En lo que atañe a las circunstancias previstas en el apartado 1.º del artículo 369 que se mantienen tras la reforma, la modificación en el ordinal asignado a ellas determina que, a la

entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, queden recogidas bajo los ordinales 1 a 8. En los supuestos referidos a sustancias que causan grave daño a la salud, habrá de efectuarse la revisión de todas las sentencias condenatorias pendientes de ejecución o en las que el penado se encuentre cumpliendo condena, para adaptarlas a la nueva regulación que resulte en todos los casos más favorable.

Las modificaciones penológicas introducidas en estos supuestos, conforme a lo previsto en los artículos 131 y 133 del Código Penal, afectarán también a la prescripción de los delitos y de las penas impuestas cuando sean superiores a 10 años de prisión. Como ya se dijera en la Circular 1/2004, reiterando criterios que fueron establecidos con anterioridad en la Consulta 6/1995 de la Fiscalía del Tribunal Supremo y en la Circular 2/1996 de la Fiscalía General del Estado, «será procedente decretar la prescripción cuando con arreglo a la nueva redacción del Código Penal el delito o la pena resultantes de su aplicación estuviesen prescritos, aunque el tiempo de prescripción haya transcurrido antes de la entrada en vigor de la reforma».

La supresión de la agravante núm. 2.º, no implica que la pertenencia a una organización delictiva carezca de entidad para cualificar el delito agravándolo, por el contrario, esta circunstancia recibe en la nueva regulación un tratamiento individualizado merecedor de un mayor reproche penal que las circunstancias recogidas en el artículo 369. Se configura por tanto como una agravación de 2.º grado en el nuevo artículo 369 bis que, para los supuestos de sustancias y productos que causan grave daño a la salud, establece una pena de 9 a 12 años de prisión y multa del tanto al cuádruplo de valor de la droga objeto del delito, y para los demás casos una pena de 4 años y 6 meses a 10 años de prisión y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga.

No obstante, en los supuestos referidos a sustancias que causan grave daño a la salud, el límite máximo de la pena a imponer, en aplicación del nuevo artículo 369 bis, es inferior al que correspondería conforme a lo dispuesto en el antiguo artículo 369 del Código Penal cuyo marco penal superior alcanza los 13 años y 6 meses de prisión. En consecuencia los Sres. Fiscales informarán favorablemente a la revisión de aquellas sentencias, referidas a sustancias que causan grave daño a la salud, en las que, habiéndose apreciado la concurrencia de la circunstancia prevista en el artículo 369.1.2.º, la pena impuesta en atención al hecho y sus circunstancias exceda del marco punitivo aplicable en iguales circunstancias en la nueva legislación. Por el contrario, no procederá la revisión en las sentencias condenatorias impuestas en aplicación de esta circunstancia por delito cometido con sustancias que no causan grave daño a la salud dado que el nuevo artículo 369 bis agrava ostensiblemente la pena en estos supuestos al fijar la privación de libertad entre los 4 años y 6 meses y los 10 años de prisión.

En el párrafo 2.º del nuevo artículo 369 bis se imponen penas superiores en grado a las antedichas a los jefes, encargados o administradores de la organización. Supuesto que se encuentra regulado en el apartado 2.º del artículo 370 del Código Penal vigente hasta el 23 de diciembre de 2010 previendo para ellos pena superior en uno o dos grados a la prevista en el artículo 368. En aplicación de lo dispuesto en el nuevo apartado 2.º del artículo 369 bis, en estos casos, una vez entre en vigor la reforma, cuando se trate de sustancias causantes de grave daño a la salud, la pena máxima a imponer privativa de libertad será de 18 años de prisión, razón por la cual los Sres. Fiscales informarán favorablemente a la revisión de

la sentencias condenatorias recaídas por hechos de esta naturaleza cuando, en aplicación de lo establecido en el modificado artículo 370.2 del Código Penal, se hubiera impuesto pena que supere el marco punitivo a imponer en atención a las circunstancias concurrentes en el supuesto examinado.

Al regularse en el nuevo artículo 369 bis tanto las conductas cometidas por los que pertenecen a una organización delictiva como la agravación penológica para los jefes, encargados o administradores de ellas, se reforma también, de forma coherente, el núm. 2 del artículo 370 del Código Penal. Este artículo, a la entrada en vigor de la nueva Ley, se referirá exclusivamente a la agravación de la pena que corresponde imponer a los jefes, administradores o encargados de «otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito», supuesto que constituye la circunstancia agravante núm. 2 del reformado artículo 369.1 (circunstancia 3.^a del mismo artículo en el Código Penal vigente hasta el 23 de diciembre) y que, según la interpretación proporcionada por la Fiscalía General del Estado en la Circular 2/2005, debe entenderse referida a la participación en otras actividades *delictivas* organizadas, siendo de aplicación cuando el sujeto activo pertenece a una organización dedicada a actividades criminales distintas a las de tráfico de drogas pero en cuyo ámbito de actuación, de forma secundaria o paralela, se cometen delitos contra la salud pública o bien se favorece la realización de tales delitos.

Los restantes supuestos agravados previstos en el artículo 370 quedan también afectados por la reforma ya que la pena prevista para éstos se fija en atención a las establecidas en el artículo 368 para el tipo básico. En consecuencia, los Sres. Fiscales informarán favorablemente a la revisión de las sentencias condenatorias cuando fueron impuestas por delitos que causan grave daño a la salud. En estos casos, al señalar en su informe la concreta pena a imponer, habrán de tener en cuenta tanto el marco punitivo determinado por los hechos y circunstancias reconocidos en los hechos declarados probados en la resolución objeto de revisión, como el criterio seguido por el Tribunal sentenciador en orden a elevar en uno o dos grados la pena prevista para el tipo básico en el artículo 368, de forma que, en el primer caso, no podrá superarse la pena de 9 años de prisión y en el segundo la de 13 años y 6 meses de prisión, máximos legales correspondientes de acuerdo con la nueva legislación.

La supresión de la agravante núm. 10 del artículo 369 dará lugar a la revisión de todas las sentencias condenatorias que, de forma exclusiva, por no concurrir cualesquiera otros de los supuestos recogidos en el artículo 369.1, hayan dado lugar a la aplicación de dicho precepto, ya se trate de sustancias que causen grave daño a la salud, ya de sustancias que no causen grave daño a la salud. En estos casos se habrá de reconducir la pena a la señalada en el tipo básico del artículo 368 en la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010, cuyos límites máximos son, respectivamente, de 6 años de prisión y multa del tanto al triplo del valor de la droga y de 1 a 3 años de prisión y multa del tanto al duplo en los casos de sustancias no causantes de grave daño a la salud.

5.6. Delitos contra la seguridad vial

La Ley Orgánica 5/2010 ha modificado las penas previstas en los supuestos típicos regulados en los artículos 379 y 384. También ha suprimido el apartado 3 del artículo 381 cuyo

contenido pasa a integrar el nuevo artículo 385 bis del Código Penal que, referido a la regulación del comiso de los vehículos de motor o ciclomotores utilizados en los hechos, tendrá un mayor ámbito de aplicación por cuanto se refiere a todos los delitos de este capítulo y no sólo al previsto en el artículo 381, haciendo expresa remisión a lo previsto tanto en el artículo 127 como al 128 del CP. Por último, la reforma añade un nuevo artículo 385 ter que, para los supuestos regulados en los artículos 379, 383, 384 y 385, otorga a los Jueces o Tribunales la facultad de rebajar en un grado la pena de prisión en atención a la menor entidad del riesgo causado y a las demás circunstancias del hecho, razonándolo debidamente en la sentencia que se dicte.

Las modificaciones introducidas en los artículos 379 y 384 plantean cuestiones de derecho transitorio pues se ha pasado de una única alternativa a la pena privativa de libertad a una nueva situación, en atención a la cual se ofrece al juzgador una doble alternativa a la pena de prisión, bien sea pena pecuniaria, bien sea pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

La cuestión relativa a la revisión de sentencias habrá de plantearse desde una perspectiva diferente según el supuesto de que se trate, distinguiendo aquellos casos en que el Juzgador optó por la pena privativa de libertad de aquellos otros en los que impuso la pena alternativa a la prisión integrada anteriormente y de forma conjunta por multa y trabajos en beneficio de la comunidad.

La razón de ello radica en que en el primer supuesto ya se contemplaba la posibilidad de optar por una pena alternativa a la privativa de libertad y el juzgador no estimó oportuno, en atención a las circunstancias reflejadas en los hechos declarados probados en la sentencia, su imposición. En el mismo sentido se pronunció la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2004 que, apoyándose en la precedente Circular 1/1996 sobre derecho transitorio, razonaba, al analizar los supuestos en los que tras la reforma se introducía una previsión alternativa de pena no privativa de libertad no contemplada anteriormente, que «distinto es el supuesto en que existiendo tanto en la norma anterior como en la reformada la posibilidad de pena alternativa (privativa de libertad o multa), fue impuesta la pena privativa de libertad. En estos casos habrá de seguirse la interpretación de la Circular 1/1996, que estableció que hay que entender que si en la norma anterior reformada también existía la misma penalidad alternativa, no entrará en juego esa previsión, en la medida en que ya el juzgador tuvo la posibilidad, al dictar sentencia, de optar por la pena no privativa de libertad, y, sin embargo, la descartó».

Por el contrario, si en la sentencia se optó por la pena alternativa a la prisión y se impuso pena de multa y de trabajos en beneficio de la comunidad será procedente la revisión de la sentencia ya que, tras la reforma, sólo es posible imponer una u otra y no las dos conjuntamente. La determinación de la alternativa más favorable exige la audiencia del reo y se hará teniendo en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del código vigente hasta el 23 de diciembre de 2010 y del resultante de la modificación legislativa.

Se da la circunstancia de que los marcos punitivos de ambas penas permanecen inalterados tras la reforma, lo que evidencia la voluntad del legislador de rebajar la respuesta penal sancionadora, sin pretender acumular en cada una de las opciones la totalidad de la carga punitiva que, antes de la reforma, representaban conjuntamente los dos tipos de pena,

razón por la cual, los Sres. Fiscales, una vez efectuada la opción por cualquiera de éstas, instarán que se mantenga la concreta cuantía que se hubiera impuesto en sentencia a fin de no frustrar la finalidad de atenuación de la respuesta penal a estas conductas perseguida por el legislador.

En la labor de revisión podrán plantearse diversos supuestos que requieren a su vez distintas soluciones:

En aquellos casos en que una de las dos penas impuestas conjuntamente haya sido ejecutada en su integridad al momento de la revisión, y la otra se encuentra en ejecución o pendiente de ejecutar, habrá de solicitarse que esta última quede sin efecto, dando por cumplida la pena impuesta por el delito. La misma solución habrá de darse a aquellos supuestos en que una de las penas impuestas hubiere prescrito, por transcurso del plazo legalmente establecido, y la otra estuviere en ejecución o pendiente de ser ejecutada.

Cuando ambas penas están pendientes de ejecución deberá revisarse la sentencia optando por una de las dos alternativas y dejando la otra sin efecto. En estos casos los Sres. Fiscales habrán de tener en cuenta que, conforme a lo dispuesto en el artículo 49 del Código Penal, los trabajos en beneficio de la comunidad no pueden ser impuestos sin consentimiento del penado. Por esta razón si en el trámite de audiencia al reo éste se niega a realizar trabajos en beneficio de la comunidad, necesariamente habrá de optarse por la imposición de la pena de multa. Para el caso en que el reo se incline por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, su opinión debe ser convenientemente valorada pero, no será vinculante, y habrá de considerarse en unión de otros factores, especialmente en lo que concierne a la posibilidad real de hacer efectiva dicha pena, lo que podría llegar a determinar que el informe, apartándose del criterio del reo, solicite del Juez la imposición de la pena de multa.

Para los supuestos en que ambas penas se hayan ejecutado parcialmente, la opción, efectuada en trámite de revisión, entre una y otra, deberá acompañarse de la oportuna compensación de la parte que haya sido satisfecha o cumplida de la pena que va a quedar sin efecto. A tal fin, aun cuando en el Código Penal no está prevista la posibilidad de sustituir los trabajos en beneficio de la comunidad por pena de multa, como criterio orientativo, podrán utilizarse las equivalencias previstas en los artículos 53 y 88.1 del Código Penal, entendiéndose que, a estos solos efectos, cada día de trabajos equivaldrá a dos cuotas de multa. De forma que, si se opta por la pena de multa habrá de computarse como parte del pago los trabajos ya efectuados y si se opta por los trabajos en beneficio de la comunidad se tendrán en cuenta los pagos parciales de la multa ya satisfechos para reducir correlativamente la pena de trabajos en beneficio de la comunidad pendiente de cumplimiento. Todo ello de acuerdo con las reglas de conversión establecidas en el artículo 88.1 del Código Penal.

Para concluir este apartado habrá que tenerse en cuenta que la facultad conferida a los Jueces y Tribunales por el artículo 385 ter, no dará lugar a la revisión de las sentencias firmes por aplicación de lo dispuesto en el primer inciso del párrafo 2.º de la disposición transitoria segunda, por idénticas razones que las ya expuestas al tratar similares situaciones derivadas de la reforma efectuada en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, en los artículos 270 y 274 y en los delitos contra la salud pública en el apartado 2.º del artículo 368.

5.7. Delitos de falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje

Las modificaciones introducidas en el artículo 387 eliminan la equiparación al concepto de moneda de las tarjetas de crédito, las de débito y las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago así como los cheques de viaje.

La falsificación de tales instrumentos de pago se regulan a partir del 23 de diciembre de 2010 de forma autónoma, en la nueva sección 4.º del Capítulo II del Título XVII, bajo la rúbrica «De la falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje», en cuyo único artículo 399 bis se tipifican los supuestos de falsificación de tarjetas de crédito o débito y cheques de viaje, distinguiendo, en otros tantos apartados, tres supuestos de hecho: la falsificación propiamente dicha, la tenencia destinada a distribución o tráfico y el uso de tales instrumentos de pago a sabiendas de su falsedad.

El nuevo artículo 399 bis prevé, tanto para los supuestos de falsificación como para los de tenencia, pena privativa de libertad de 4 a 8 años de prisión. Los supuestos de uso doloso de estos instrumentos de pago se castigarán con pena de 2 a 5 años de prisión.

Las cuestiones derivadas del derecho transitorio se plantean en primer lugar en los casos de falsificación propiamente dicha sobre tarjetas de crédito, débito o cheques de viaje. La pena prevista para tales conductas, en el primer inciso del artículo 386 en relación con el artículo 387, vigentes hasta el 23 de diciembre de 2010, es de 8 a 12 años de prisión y multa del tanto al décuplo del valor aparente de la moneda, por lo que, la comparación con las penas establecidas en el nuevo artículo 399 bis determinará la necesaria revisión de todas las sentencias condenatorias dictadas al amparo de los citados preceptos, en ejecución o pendientes de ejecución, y la modificación oportuna, una vez entre en vigor la reforma, de todos los escritos de acusación ya formulados por hechos de esta naturaleza.

Habrà que tener en cuenta que, aun cuando el artículo 387 del Código modificado venía equiparando a la moneda metálica las tarjetas de crédito, las de débito y las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago, así como los cheques de viaje, en el nuevo artículo 399 bis se excluye del objeto material de las conductas que tipifica cualquier referencia a *las demás tarjetas que pudieran utilizarse como medios de pago*.

Esta categoría, que fue asimilada a las tarjetas de crédito o débito a través de la reforma operada en el artículo 387 por Ley Orgánica 15/2003, se ha considerado aplicable a las tarjetas expedidas por comercios y grandes almacenes, así como a las emitidas para pago de autopistas o a las tarjetas regalo entre otras, documentos, que sin ser tarjetas de crédito o débito emitidas por un banco, funcionan como auténticos medios de pago que permiten incluso la obtención de crédito o pagos aplazados con o sin intereses.

Al no integrarse estos instrumentos de pago en los supuestos previstos en el artículo 399 bis, habrá que considerar que las conductas falsarias que recaigan sobre estos tipos de tarjeta deberán encuadrarse a efectos punitivos en el marco de las falsedades en documento mercantil, cuya previsión penológica en el nuevo Código Penal, de 6 meses a 3 años de prisión y multa de 6 a 12 meses, al ser notablemente inferior a las penas del artículo 386, hará precisa la revisión de las sentencias condenatorias pendientes de ejecución o en ejecución al 23 de diciembre de 2010 y a la adaptación correspondiente de los escritos de acusación que se hubieren formulado por hechos de esta naturaleza.

Para las causas seguidas por tenencia para distribución o tráfico de tarjetas de crédito, débito o cheques de viaje, el inciso 2.º del artículo 386 del Código Penal vigente hasta el 23 de diciembre de 2010 dispone una pena inferior en uno o dos grados a la señalada en el inciso 1.º para los supuestos de falsificación. En trámite de revisión de sentencias habrá que distinguir aquellos casos en que el Juez o Tribunal impuso pena inferior en dos grados, en que la normativa vigente hasta el 23 de diciembre de 2010 es notoriamente más beneficiosa para el reo, de aquellos en que se impuso pena inferior en un grado. En este supuesto, dado que la pena privativa de libertad es la misma que la prevista en el nuevo artículo 399 bis, pero desaparece la pena de multa, los Sres. Fiscales procederán siguiendo las pautas que para similar supuesto han fijado al tratar las modificaciones introducidas en el artículo 188, núm. 3.

Si la tenencia para distribución o tráfico se refiere a *otros medios de pago* se procederá a la revisión de la sentencia reconduciéndola al artículo 393 siempre y cuando el supuesto pueda subsumirse en alguna de las conductas típicas descritas en él, que castiga al que, «a sabiendas de su falsedad, presentare en juicio o, para perjudicar a otro, hiciere uso de un documento falso de los comprendidos en los artículos precedentes». En los restantes casos, en trámite de revisión, procederá dejar sin efecto las penas impuestas, al haber sido despenalizadas tales conductas.

6. EFECTOS COMUNES DERIVADOS DE LA DESPENALIZACIÓN DE DETERMINADAS CONDUCTAS O DE LA REDUCCIÓN DE LA PENA IMPONIBLE PARA LAS MISMAS

Según se desprende de los supuestos anteriormente analizados, algunas de las modificaciones operadas en los preceptos del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, van a determinar bien la despenalización de hechos que hasta su entrada en vigor constituían infracción penal, bien la reducción de la pena legalmente establecida para el delito, bien la degradación de la infracción penal a falta. Tales modificaciones, en cuanto más beneficiosas para el reo, al tiempo que producen unos efectos inmediatos en relación con el cumplimiento efectivo de la pena impuesta, que se concretarán en la fase de revisión de sentencias, van a extender también sus efectos en otros procedimientos que se sigan contra las mismas personas ya que serán determinantes en orden a valorar extremos tales como la concurrencia de la agravante de reincidencia o la posibilidad de suspensión de la condena. Además, en determinados supuestos, tales efectos se dejarán sentir en la cancelación de antecedentes penales o en los plazos de prescripción previstos para la infracción de que se trate.

A este respecto, los Sres. Fiscales habrán de tener en cuenta que similares efectos producen las sentencias que, habiendo recaído por hechos que merecen un tratamiento más beneficioso tras la reforma, no fueron objeto de revisión por aplicación de las reglas de exclusión establecidas en la disposición transitoria segunda de la Ley, ya que la mencionada disposición transitoria, en su apartado 3.º, al tiempo que excluye del proceso de revisión las sentencias con pena ejecutada o suspendida, dispone que ello será «sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, que en el futuro pudiera tenerlas en cuenta a efectos de reincidencia, deba examinar previamente si el hecho en ellas penado ha dejado de ser delito o pudiera corresponderle una pena menor de la impuesta en su día».

En lo que se refiere a la aplicación de la agravante de reincidencia, en palabras de la Circular 1/2004, las condenas, ya ejecutadas, «recaídas por hechos despenalizados o que hayan sido convertidos en faltas en la nueva legislación penal, aunque no hayan sido revisadas, no podrán servir de base para la apreciación de la reincidencia». En estos casos, cuando el examen de la hoja histórico-penal permita suponer que los hechos objeto de condena han sido despenalizados o degradados a falta, los Sres. Fiscales habrán de recabar testimonio de la sentencia controvertida con el fin de proceder a su examen en orden a determinar si las modificaciones introducidas por la reforma del Código Penal afectan a los hechos enjuiciados despenalizándolos o transformándolos en falta.

A propósito de los supuestos de despenalización generados por la modificación de la cuantía mínima exigible para la comisión del delito, como ocurre con el fraude de subvenciones públicas regulado en el artículo 308, debe indicarse, reiterando los argumentos esgrimidos por las Circulares 2/1996 y 1/2004, que no existe ninguna disposición transitoria en la Ley Orgánica 5/2010 que permita sostener la irrelevancia en materia de reincidencia del carácter retroactivo de los efectos favorables de la nueva regulación sobre la base de que se trata de una modificación determinada por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Los Sres. Fiscales, cuando los hechos sentenciados hayan quedado despenalizados o se transformen en falta con motivo de la reforma, cuidarán de solicitar del Juez o Tribunal sentenciador que oficie al Registro de Penados y Rebeldes con el fin de dejar sin efecto la anotación de la condena y hacer cesar sus efectos negativos.

En estos mismos supuestos, de despenalización o degradación a falta del hecho enjuiciado, es indudable la incidencia que tendrá la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 en orden a la concesión del beneficio de suspensión de condena. Efectivamente las modificaciones aludidas pueden ser determinantes de la concurrencia del primer requisito exigido por el artículo 81.1 del Código Penal para la concesión de este beneficio, concretado en que *el condenado haya delinquido por primera vez*. En consecuencia, las condenas ya ejecutadas o que no fueron revisadas por aplicación de las exclusiones previstas en la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 5/2010, recaídas sobre hechos que a la entrada en vigor de la nueva Ley resultan despenalizados o degradados a falta, no impedirán la posible concesión de los beneficios de suspensión de las penas privativas de libertad conforme a lo dispuesto en los artículos 80 y siguientes del Código Penal, por lo que habrá que considerar al sujeto como delincuente primario si no existieran otros antecedentes que determinen la aplicación de la reincidencia. Así lo proclamaba ya, con toda lógica, la Instrucción de 30 de agosto de 1928 de la Fiscalía del Tribunal Supremo, con criterio plenamente vigente y reiterado con posterioridad por las Circulares de la Fiscalía General del Estado 2/1996 y 1/2004.

En lo que atañe a la prescripción habrá de recordarse que la Fiscalía General del Estado, al amparo de una consolidada jurisprudencia, ha venido destacando la naturaleza sustantiva que ostenta este Instituto en cuanto causa que extingue la responsabilidad criminal, (Consulta 6/1955 de la Fiscalía del Tribunal Supremo y Circulares 2/1996 y 1/2004 de la Fiscalía General del Estado). Tal naturaleza determina que el principio de retroactividad de la ley penal más favorable alcance también a la prescripción, de modo que si las modificaciones introducidas en alguno de los preceptos del Código Penal, por la Ley Orgánica 5/2010, comportan una reducción del plazo de prescripción de los delitos o de las penas

establecidas en ellos, será procedente acordar la prescripción aun cuando el plazo establecido tras la reforma transcurra en su totalidad antes de su entrada en vigor.

Para concluir este apartado hemos de hacer mención expresa a la causa de exención de responsabilidad regulada en el apartado 11 del nuevo artículo 177 bis que tipifica el delito de trata de seres humanos. La aplicación de este precepto no debe plantear otras cuestiones derivadas de la aplicación del derecho transitorio por cuanto se trata de un delito de nuevo cuño sin precedente en el Código Penal vigente hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010.

El apartado 11 del artículo 177 bis exime de responsabilidad penal a la víctima de trata por las infracciones penales que cometa en la situación de explotación siempre que concurren determinadas circunstancias que en el precepto se especifican, a tenor de este precepto, «la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado».

Esta disposición, en línea con las recomendaciones recogidas en el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, en cuyo artículo 26 expresamente se dispone que «Las Partes deberán prever, con arreglo a los principios fundamentales de su sistema jurídico, la posibilidad de no imponer sanciones a las víctimas por haber tomado parte en actividades ilícitas cuando hayan sido obligadas a ello», permitirá salvar los obstáculos que se han venido planteando, por no concurrir la totalidad de los requisitos necesarios, para la aplicación de las eximentes de estado de necesidad o miedo insuperable en conductas penales cometidas por las víctimas de trata en las situaciones que se describen en el nuevo artículo 177 bis, apartado 11.

El nuevo precepto dará lugar a la revisión de las sentencias condenatorias por delitos cometidos por las víctimas de trata cuando de los hechos declarados probados en la sentencia resulte que el delito se cometió en la situación de explotación y concurren los presupuestos recogidos en este apartado.

7. CAUSAS EN TRÁMITE

7.1. Cuestiones de carácter general

Aun a riesgo de resultar reiterativos, ya que alguna de las cuestiones que se plantean en este apartado ha sido puntualmente tratada en alguno de los apartados anteriores, conviene recordar a los Sres. Fiscales las principales pautas de actuación que fueron fijadas en las Circulares 2/1996 y 1/2004 de la Fiscalía General del Estado, para su aplicación respecto de aquellos hechos que, habiendo sido cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma del Código Penal, están siendo investigados en procesos en trámite pendientes de calificación o de celebración de juicio oral, o en causas en las que habiendo recaído sentencia ésta no ha adquirido firmeza por encontrarse en fase de recurso. Aun cuando con ca-

rácter general la Ley aplicable será la vigente en el momento de comisión de los hechos, se excepcionan de esta regla los supuestos en que la nueva regulación resulte más favorable.

También en estos supuestos, como ya destacara la Circular 2/1996, habrá de efectuarse la tarea de comparación valorando en conjunto las disposiciones de cada uno de los textos legales. Así, aun cuando en abstracto la pena tipo señalada para la infracción cometida resultara claramente más favorable en uno de los textos legales sometidos a cotejo, los Sres. Fiscales habrán de tener en cuenta la totalidad de las circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho de que se trate para efectuar la comparación en atención a la pena específica que correspondería imponer en la aplicación de una u otra legislación.

No entrarán en juego en estos casos, sin embargo, las excepciones a la revisión previstas en la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 5/2010, de forma que, respecto de las causas en tramitación, serán de aplicación las facultades discrecionales otorgadas al Juez o Tribunal que, en orden a atenuar la pena se prevén en el articulado de uno u otro texto legal. Tal será el caso que, en relación con los preceptos reformados, podrá plantearse respecto de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, los delitos contra la salud pública y los delitos contra la seguridad del tráfico (artículos 270, 274, 368 y 385 ter), a los que anteriormente se ha hecho referencia.

Respecto de las causas seguidas exclusivamente por hechos que resultan despenalizados por la nueva Ley que aún no hayan sido calificadas, los Sres. Fiscales, en aplicación de los criterios establecidos en las Circulares 2/1996 y 1/2004, interesarán el archivo de las diligencias, instando al tiempo, cuando los hechos pudieran ser constitutivos de infracción administrativa competente, que se remita testimonio de lo actuado a la autoridad administrativa a los efectos procedentes. Si en el momento de entrada en vigor de la reforma ya se ha evacuado el trámite de calificación, *nada impide solicitar el sobreseimiento libre retirando la acusación* (Circular 1/1996).

En los demás supuestos que, sin suponer una despenalización, puedan verse afectados por la reforma, los Sres. Fiscales al evacuar las conclusiones provisionales harán mención expresa, en el apartado correspondiente del escrito de conclusiones, del texto legal que se aplica y solicitarán la pena en atención a sus disposiciones. En los supuestos dudosos se formularán conclusiones alternativas, en atención respectivamente a una y otra normativa, adquiriendo especial importancia, en orden a la determinación de la Ley penal más favorable, la opinión manifestada por el acusado en el trámite de audiencia.

El trámite de audiencia al reo, en los supuestos anteriormente tratados, resulta preceptivo y se efectuará, en el acto del juicio oral.

En aquellos casos en que la aplicación de la nueva norma se plantea respecto de supuestos pendientes de juicio, calificados conforme al Código Penal vigente hasta el 23 de diciembre, será de aplicación el criterio sostenido por la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1996, de forma que la adaptación al nuevo texto legal se podrá llevar a cabo al inicio del juicio oral, en el trámite que habilita el artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o en el posterior trámite de conclusiones definitivas.

En lo que concierne a las sentencias pendientes de recurso, serán de aplicación las reglas establecidas en la disposición transitoria tercera que a continuación se transcriben. Sus normas reproducen las establecidas en la disposición transitoria quinta de la Ley Or-

gánica núm. 15/2003 y fueron objeto de análisis en la Circular 1/2004 a cuyo contenido nos remitimos:

- «a) Si se trata de un recurso de apelación, las partes podrán invocar y el Juez o Tribunal aplicará de oficio los preceptos de la nueva ley, cuando resulten más favorables al reo.
- b) Si se trata de un recurso de casación, aún no formalizado, el recurrente podrá señalar las infracciones legales basándose en los preceptos de la nueva ley.
- c) Si, interpuesto recurso de casación, estuviera sustanciándose, se pasará de nuevo al recurrente, de oficio o a instancia de parte, por el término de ocho días, para que adapte, si lo estima procedente, los motivos de casación alegados a los preceptos de la nueva ley, y del recurso así modificado se instruirán las partes interesadas, el fiscal y el magistrado ponente, continuando la tramitación conforme a derecho».

Es decir, el Ministerio Fiscal en el trámite del recurso, o en su caso en el acto de la vista, deberá solicitar la aplicación de la norma más favorable, con independencia de cual sea su posición procesal inicial en el recurso bien sea de interposición bien sea de impugnación del mismo.

7.2. Especial referencia al delito de hurto configurado a partir de la reiteración de faltas contra la propiedad

La reforma incide en el supuesto regulado en el inciso segundo del artículo 234 reduciendo a tres el número de infracciones, cometidas en el plazo de un año, que pueden ser acumuladas dando lugar a su sanción como delito siempre que el montante total de lo sustraído supere la suma de 400 euros.

A los efectos de configurar el delito mediante la acumulación de infracciones la reforma, a simple vista, redonda en perjuicio del reo que, con la comisión de un número menor de infracciones leves, puede ser sancionado con las penas previstas para el delito de hurto. Es por ello que en aquellos supuestos en los que parte de las conductas a acumular fueron cometidas antes del 23 de diciembre y otra parte una vez rebasada dicha fecha, habrá de ser aplicada la Ley más favorable exigiendo la coexistencia de cuatro conductas infractoras para configurar el tipo regulado en el apartado 234, inciso 2.º, del Código Penal. Éste es el criterio que fue establecido en la Circular 2/1996 de la Fiscalía General del Estado, y recordado posteriormente en la Circular 2/2003 *sobre la aplicación práctica del nuevo delito consistente en la reiteración de cuatro faltas homogéneas*, al indicar que «la nueva norma más perjudicial para el reo, como es la actual reforma, en lo que a la reiteración de faltas se refiere, sólo podrá aplicarse si la totalidad de las conductas que integran el tipo han tenido lugar durante el período de vigencia de la nueva norma».

8. RECURSOS CONTRA LAS RESOLUCIONES ADOPTADAS EN EL PROCESO DE REVISIÓN

La Ley Orgánica 5/2010, al igual que las que abordaron precedentes reformas del Código Penal, no recoge en ninguna de sus disposiciones los recursos que cabe interponer frente

a las resoluciones de los Juzgados y Tribunales que deciden sobre el incidente de revisión. Atendiendo a las pautas fijadas en las Circulares de la Fiscalía General del Estado 1/1996 y 1/2004, que a su vez adoptan la solución acogida en anteriores resoluciones del Tribunal Supremo, así Auto de 14 de marzo de 1984 o Sentencia núm. 626/1995, de 5 de mayo, la resolución que se dicte al respecto *será susceptible de los mismos recursos que hubieran cabido contra la sentencia*. De forma que, si la resolución fue dictada por el Juez de Instrucción o el Juez de lo Penal, será procedente recurso de apelación. Las resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial serán susceptibles de recurso de casación. En los supuestos competencia del Tribunal Jurado cabrá recurso de apelación y casación.

Por lo expuesto, los Sras. y Sres. Fiscales en el ejercicio de sus funciones velarán por el cumplimiento de la presente Circular.

Madrid, 23 de diciembre de 2010

EL FISCAL GENERAL
DEL ESTADO

**EXCMOS. E ILMOS. SRES.
FISCALES JEFES**

Revista de

Derecho Penal

CRÓNICA LEGISLATIVA

OCTUBRE

- Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales (DOUE, L 280, del 26).
 - Contiene normas mínimas comunes que deberán aplicarse en el ámbito de la interpretación y de la traducción de los procesos penales para aumentar la confianza mutua entre los Estados miembros.
 - Tiene por objeto garantizar el derecho del sospechoso o acusado a la interpretación y traducción en los procesos penales —con vistas a garantizar su derecho a un juicio equitativo— y en los procedimientos correspondientes a la ejecución de una orden de detención europea.
 - Pretende asegurar una asistencia lingüística adecuada y gratuita.
 - Matiza que el derecho a la interpretación y traducción recogido en esta Directiva no debe comprometer ningún otro derecho procesal previsto con arreglo al derecho nacional.

NOVIEMBRE

- Orden JUS/2871/2010, de 2 de noviembre, por la que se determinan los requisitos y condiciones para tramitar por vía telemática las solicitudes de los certificados de antecedentes penales (BOE del 9).
 - Su objeto es determinar los requisitos y condiciones para la tramitación electrónica de las solicitudes y la emisión del certificado de antecedentes penales.
 - Todas las aplicaciones de soporte a la tramitación telemática responderán a los criterios de seguridad e interoperabilidad.
 - La solicitud y descarga de los certificados requerirán el uso de alguno de los sistemas de identificación y autenticación.
 - Los certificados de antecedentes penales emitidos electrónicamente incluirán un código seguro de verificación que permita cotejar su contenido en sede electrónica del Ministerio.
- Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 (BOE del 12 de noviembre de 2010).
 - Los objetivos del Convenio son:
 - Prevenir y combatir la explotación y el abuso sexual de los niños;
 - Proteger los derechos de los niños víctimas de explotación y abuso sexual;

- Promover la cooperación nacional e internacional contra la explotación y el abuso sexual de los niños.
- Reconocimiento del principio de no discriminación por motivos de sexo, raza, color, lengua, religión, opciones políticas o de cualquier otro tipo, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o cualquier otra condición.
- Entrada en vigor para España, el 1 de diciembre de 2010.

DICIEMBRE

- Orden ITC/3123/2010, de 26 de noviembre, por la que se regula el control metrológico del Estado de los instrumentos destinados a medir la velocidad de circulación de vehículos a motor (BOE de 3 de diciembre).
 - Objeto: regular el control metrológico del Estado sobre los instrumentos de medida de la velocidad de circulación así como sobre sus dispositivos complementarios.
 - Se posibilitará la mejora del mantenimiento y verificación de los cinemómetros y se facilitará su adaptación a la densidad del tráfico.
 - Regula la verificación periódica de los instrumentos de medida para corroborar que están en condiciones adecuadas para desarrollar su función.
 - Prevé la llamada *etiqueta de inhabilitación de uso* cuando el cinemómetro o cabina no supere la preceptiva verificación.
 - Contiene cinco Anexos: procedimientos de evaluación; boletín de identificación, y un listado sobre los requisitos esenciales específicos para medir la velocidad desde emplazamientos estáticos, aeronaves y sobre tramos de distancias conocidas.

Revista de

Derecho Penal

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL

I. Tratados, manuales y comentarios legislativos

- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (y otros), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. T. I. Introducción al Derecho Penal*, Iustel, Madrid, 2010.
- *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. T. VI. Derecho Penitenciario*, Iustel, Madrid, 2006.
- *Curso de Derecho Penal. Parte especial*, 2.^a ed., Ediciones Experiencia, Barcelona, 2010.
- GÓMEZ RIVERO, C. (Coord.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte general*, Tecnos, Madrid, 2010.
- *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte especial*, Tecnos, Madrid, 2010.
- GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (y otros), *Esquemas de Derecho Penal. Parte general, t. VI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- *Esquemas de Derecho Penal. Parte especial (tomo VII)*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- LANDECHO VELASCO/MOLINA BÁZQUEZ, *Derecho Penal español. Parte general*, 8.^a ed., Tecnos, Madrid, 2010.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Thomson Reuters, Madrid, 2010.
- POLAINO NAVARRETE, M. (Dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Tecnos, Madrid, 2010.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal. Parte especial*, 6.^a ed., Atelier, Barcelona, 2010.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general de Derecho penal*, 4.^a ed., Thomson Reuters, Pamplona, 2010.
- VIVES ANTÓN, T.S. (y otros), *Derecho penal. Parte especial*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

II. Libros colectivos, homenajes y otras obras generales

- ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (Dir.), *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: Nuevos desafíos del derecho penal europeo e internacional*, ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2010.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (Dir.), *Derecho penal informático*, Thomson Reuters, Pamplona, 2010.
- DOVAL PAÍS, A., *Dopaje, intimidación y datos personales*, Iustel, Madrid, 2010.

FARALDO CABANA, P. (Dir.), *Género y sistema penal. Una perspectiva internacional*, Comares, Granada, 2010.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Propuesta de regulación del ejercicio voluntario de la prostitución entre adultos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

SERRANO PIEDECASAS/DEMETRIO CRESPO (Dir.), *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, Colex, Madrid, 2010.

III. Monografías de parte general

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, B de f, Montevideo, etc., 2010.

GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

GÓRRIZ ROYO, E.M., *El concepto de autor en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

REQUENA JULIANI, J., *Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio: posición de garante e imputación objetiva*, Dykinson, Madrid, 2010.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Las artes contra la pena de muerte*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

VIVES ANTÓN, T.S., *Fundamentos del sistema penal*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

IV. Monografías de parte especial

CANTERO CERQUELLA, C.J., *La responsabilidad penal de los funcionarios por delitos ambientales*, Reus, Madrid, 2010.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *El Derecho penal ante los fraudes alimentarios*, Thomson Reuters, Pamplona, 2010.

GARCÍA PAVÓN, P., *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, Bosch, Barcelona, 2010.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., *Medio ambiente y uso del suelo protegido: régimen jurídico civil, penal y administrativo*, Iustel, Madrid, 2010.

V. Criminología

ARMENTA DEU/OROMÍ VALL-LLOVERA (Coords.), *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*, Colex, Madrid, 2010.

LAMEIRAS FERNÁNDEZ/IGLESIAS CANLE (Coords.), *Violencia de género. La violencia sexual a debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

PALIDDA/BRANDÁRIZ (Dir.), *Criminalización racista de los migrantes en Europa*, Comares, Granada, 2010.

POMARES RAMÓN, C., *Abordaje policial de la violencia de género. Aspectos criminológicos y operativos*, MAD, Sevilla, 2010. Colex, Madrid, 2010.

DERECHO PROCESAL PENAL

I. Manuales, comentarios y obras generales

- ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho procesal penal*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal. Adaptado a la LO 5/2020, de modificación del Código Penal y a la Ley 13/2009, de reforma de la LECrim sobre la oficina judicial*, Colex, Madrid, 2010.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- MONTERO AROCA, J., *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Penal para acceso a las carreras judicial y fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- RAMOS MÉNDEZ, F., *Sistema Procesal español*, 8.ª edición, Atelier, Barcelona, 2010.
- *Proceso Penal. Décima lectura constitucional*, Atelier, Barcelona, 2011.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Actualizada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, y por la LO 5/2010, de 22 de junio*, La Ley, Madrid, 2010.
- TOMÉ GARCÍA, J./GARCÍA-LUBÉN, P., *Temario de Derecho Procesal Penal. Adaptado al nuevo programa de las pruebas selectivas para ingreso en las carreras judicial y fiscal*, Colex, Madrid, 2010.

II. Monografías de derecho procesal penal

- CASTILLEJO MANZANARES, R., *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios*, La Ley, Madrid, 2010.
- DE URBANO CASTRILLO, E. y TORRES MORATO, M., *La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- GASCÓN INCHAUSTI, F. (Coord.), *Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de Reforma del Código Penal. responsabilidad penal de personas jurídicas. Expulsión de extranjeros sustitutiva de la pena. Interrupción de la prescripción. Instrumentos para la aplicación de la Ley penal más favorable. Otras modificaciones*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- GUERRA PÉREZ, C., *La decisión judicial de la prisión preventiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- HERNÁNDEZ ROMO, P., *El fraude procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- IBÁÑEZ PEINADO, J. (Coord.), *Técnicas de investigación criminal*, Dykinson, Madrid, 2010.
- ILLÁN FERNÁNDEZ, J.M., *Nuevo Código Penal. El juicio de faltas. Análisis práctico y formularios de aplicación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

- LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M., *Violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- MARCHAL ESCALONA, A., *El Atestado. Inicio del proceso penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- ROMEO CASABONA, C. y ROMEO MALANDA, S., *Los identificadores de ADN en el sistema de justicia penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- SERRANO BUTRAGUEÑO y DEL MORAL GARCÍA (coords), *El Juicio Oral en el Proceso Penal. Especial referencia al procedimiento abreviado*, Bosch, 2.^a ed., Barcelona, 2010.

III. Otros

- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, C. y otros, *La justicia gratuita. Guía del abogado de oficio*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- AAVV, *Formularios prácticos Proceso Penal 2011*, Francis Lefebvre, Madrid, 2010.
- AAVV, *Memento Práctico Procesal 2011*, Francis Lefebvre, Madrid, 2010.
- GARCÍA RAMÍREZ, J., *Las cuatro habilidades del abogado eficaz. La buena práctica*, Colex, Madrid, 2010.
- GIMENO SENDRA, V. y MORENILLA ALLARD, P., *Los procesos de amparo civil, penal, administrativo, laboral, constitucional y europeo*, Colex, Madrid, 2010.
- MARTÍN PALLÍN, J.A., *Para qué servimos los jueces?*, Los libros de la Catarata, Madrid, 2010.
- ORTEGA HERRÁEZ, J.M., *Interpretar para la Justicia*, Comares, Granada, 2010.

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

La *Revista de Derecho Penal*, se publica con una periodicidad cuatrimestral. Los trabajos en ella recogidos reflejan los puntos de vista de las personas o instituciones que los suscriben y no representan la opinión de la Dirección o Redacción de la Revista. Las opiniones en ellos vertidas son responsabilidad exclusiva de sus autores y la *Revista de Derecho Penal* declina cualquier responsabilidad derivada de los mismos.

El envío de originales supone la aceptación de las siguientes condiciones:

1. Todos los trabajos y libros para reseñas deberán remitirse a la sede de la *Revista de Derecho Penal* (Lex Nova, C/ General Solchaga, 3, 47008 Valladolid), en caso de correo postal, o bien, a la dirección de correo electrónico: *clientes@lexnova.es*.
2. En el caso de su envío por correo postal, los originales deberán presentarse, por medio de un texto impreso, acompañado del correspondiente soporte informático (Microsoft Word).
3. La recepción de los trabajos no implica compromiso alguno para su publicación. La *Revista de Derecho Penal* 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.
4. La *Revista* se reserva la posibilidad de someter 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.
5. El Consejo de Redacción de la *Revista* comunicará a los autores la aceptación o no de los trabajos, indicando, en su caso, el volumen y número en que se prevé su publicación.
6. 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.
7. El trabajo deberá ir acompañado igualmente, de un resumen de su contenido (de 100 a 125 palabras) y entre 4 y 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.

8. 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.
9. Las notas se incorporarán a pie de página, aun cuando se mencione el autor en el texto, con una numeración única y correlativa para todo el trabajo.