

ÍNDICE

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

- La reforma del principio de justicia universal. *Ana Cristina Andrés Domínguez* 11
- Algunas consideraciones críticas sobre el nuevo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas introducido por la LO 5/2010. *Javier Gustavo Fernández Teruelo* 43

JURISPRUDENCIA

- ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA 75
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 83
 - **Sentencia 3/2010, de 17 de marzo:** Indefensión. Notificación de resoluciones judiciales 83
 - **Sentencia 6/2010, de 14 de abril:** Despenalización sometida a *vacatio legis* 86
- TRIBUNAL SUPREMO 91
 - **Acuerdos de 20 de julio de 2010** 91
 - **Sentencia 193/2010, de 2 de marzo:** Prueba anticipada. Declaraciones testificales 92
 - **Sentencia 216/2010, de 2 de marzo:** Prueba indiciaria 94
 - **Sentencia 183/2010, de 3 de marzo:** Ne bis in idem 97

	Página
— Sentencia 222/2010, de 4 de marzo: Accesoriedad de la participación	98
— Sentencia 358/2010, de 4 de marzo: Asesinato y maltrato habitual en comisión por omisión	101
— Sentencia 160/2010, de 5 de marzo: Violencia de género. Dispensa de la obligación de declarar	111
— Sentencia 215/2010, de 8 de marzo: Competencia Tribunal del Jurado. Delitos conexos	117
— Sentencia 171/2010, de 10 de marzo: Tráfico de drogas y lesiones	119
— Sentencia 188/2010, de 11 de marzo: Orden de detención europea: Principio de especialidad	126
— Sentencia 258/2010, de 11 de marzo: Apropiación indebida. Comisión por omisión	129
— Sentencia 247/2010, de 18 de marzo: Intervención de las comunicaciones. Obtención de datos conservados por los operadores de telecomunicaciones	136
— Sentencia 259/2010, de 18 de marzo: Falsedad documental ..	140
— Sentencia 279/2010, de 22 de marzo: Falsificación de documentos	142
— Sentencia 266/2010, de 31 de marzo: Intervención de las comunicaciones. Uso por la policía del móvil requisado al detenido ..	146
— Sentencia 309/2010, de 31 de marzo: Tráfico de drogas y blanqueo de capitales	150
— Sentencia 319/2010, de 31 de marzo: Error de prohibición ..	152
— Sentencia 314/2010, de 7 de abril: Coautoría	157
— Sentencia 328/2010, de 8 de abril: Nulidad intervenciones telefónicas denunciada en el informe oral final	159
— Sentencia 327/2010, de 12 de abril: Tentativa en tráfico de drogas	162
— Sentencia 345/2010, de 20 de abril: Entrada y registro: presencia del interesado	164
— Sentencia 374/2010, de 20 de abril: Responsabilidad civil derivada del delito	167
— Sentencia 359/2010, de 22 de abril: Asesinato. Tentativa	171
— Sentencia 354/2010, de 23 de abril: Responsabilidad civil ...	178

	Página
— Sentencia 396/2010, de 23 de abril: Incendio	179
— Sentencia 368/2010, de 26 de abril: Abusos sexuales	182
— Sentencia 424/2010, de 27 de abril: Atenuante analógica. “Poena naturalis”	186
— Sentencia 383/2010, de 5 de mayo: Diligencias policiales. Toma de muestra de residuos de pólvora	189
— Sentencia 465/2010, de 13 de mayo: Vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones	193
— Sentencia 459/2010, de 14 de mayo: Dispensa del deber de declarar y lectura de declaraciones sumariales	195
— Sentencia 478/2010, de 17 de mayo: Cohecho impropio	199
— Sentencia 227/2010, de 20 de mayo: Abono de prisión provisional	205
— Sentencia 481/2010, de 21 de mayo: Apropiación indebida de dinero	210
— Sentencia 510/2010, de 21 de mayo: Prostitución	211
— Sentencia 521/2010, de 26 de mayo: Refundición de condena	214
AUDIENCIAS PROVINCIALES	217
— Auto 1/2010, de 4 de enero (AP Madrid): Prescripción de la pena de privación del permiso de conducir ¿es pena leve?	217
— Sentencia 26/2010, de 8 de enero (AP Barcelona): Pornografía infantil: hechos de carácter particularmente degradante o vejatorio	219
— Auto 8/2010, de 12 de enero (AP Murcia): Sustitución de penas privativas de libertad: requisitos; “inicio de la ejecución”	221
— Auto 67/2010, de 15 de enero (AP Barcelona): La pena de privación del carné de conducir no se puede cumplir de forma fraccionada	222
— Sentencia 6/2010, de 15 de enero (AP Soria): Abandono de menores. Requisitos	223
— Sentencia 76/2010, de 15 de enero (AP Tarragona): Nulidad de la entrada y registro en una nave industrial	226
— Sentencia 68/2010, de 20 de enero (AP Barcelona): Caza del pinzón común y real. Delito contra la fauna	228

	Página
— Sentencia 3/2010, de 21 de enero (AP Guadalajara): Desestimación de la aplicación de atenuante analógica de dilaciones indebidas	231
— Sentencia 28/2010, de 22 de enero (AP Albacete): Hurto de uso de vehículo de motor: responsabilidad penal de los ocupantes .	232
— Auto 84/2010, de 22 de enero (AP Burgos): La regla general es que el mes de agosto no computa para los plazos de interposición de recursos	233
— Sentencia 44/2010, de 22 de enero (AP Gerona): Asistencia de letrado y derecho a la tutela judicial efectiva	235
— Sentencia 122/2010, de 25 de enero (AP Barcelona): Apropiación indebida: posibilidad de que intervenga también el engaño	236
— Sentencia 13/2010, de 25 de enero (AP Lérida): Prenda sin desplazamiento: dificultades para construir sobre ella una apropiación indebida	238
— Sentencia 13/2010, de 27 de enero (AP Madrid): Dispensa de declarar y nulidad de actuaciones	240
— Sentencia 4/2010, de 29 de enero (AP Madrid): “Mobbing”: delito contra la integridad moral	242
— Sentencia 109/2010, de 4 de febrero (AP Barcelona): Derecho a la última palabra; nulidad de actuaciones	244
— Sentencia 118/2010, de 4 de febrero (AP Barcelona): Drogas: agravación por pertenecer el responsable a una organización encaminada a difundir la sustancia	246
— Auto 84/2010, de 8 de febrero (AP Barcelona): Sobreseimiento de las actuaciones por inexistencia de delito de conducción sin licencia	248
— Sentencia 17/2010, de 11 de febrero (AP Palencia): La apreciación de la existencia de margen de error en la mediación del etilómetro determina la absolución por delito del art. 379.2 CP ...	249
— Sentencia 66/2010, de 11 de febrero (AP Tarragona): Caza de zorzal por el método de barraca	250
— Sentencia 161/2010, de 12 de febrero (AP Barcelona): Absolución de delito de negativa a practicar prueba de detección de tasa de alcoholemia	253
— Sentencia 160/2010, de 15 de febrero (AP Madrid): Muerte en imprudencia laboral: delito o falta	254

	Página
— Sentencia 154/2010, de 16 de febrero (AP Barcelona): Venta callejera de cd's o dvd's. Delito contra la propiedad intelectual .	256
— Sentencia 39/2010, de 22 de febrero (AP Logroño): Apropiación de efectos de un camión: robo, hurto o apropiación indebida .	258
— Sentencia 123/2010, de 23 de febrero (AP Girona): Robo con instrumento peligroso: pistola simulada	260
— Auto 190/2010, de 25 de febrero (AP Burgos): Prevaricación administrativa: no basta con la mera ilegalidad del acto. Actividad del alcalde respecto de ruidos molestos	262
— Sentencia 48/2010, de 25 de febrero (AP León): Contrabando: venta de cupón de discapacitados	263
— Sentencia 110/2010, de 25 de febrero (AP Madrid): Nulidad del auto de apertura del juicio oral: necesidad de pronunciarse sobre las imputaciones vertidas	264
— Sentencia 346/2010, de 26 de febrero (AP Madrid): Nulidad de actuación. Violencia en el ámbito familiar: abogado que se defiende a sí mismo	266

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

— Circular 1/2010, sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de los menores contra sus ascendientes .	271
---	-----

CRÓNICA LEGISLATIVA

— Crónica Legislativa	277
---------------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA

— Derecho Penal	287
— Derecho Procesal Penal	291

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA REFORMA DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL

ANA CRISTINA ANDRÉS DOMÍNGUEZ

*Profesora titular de Derecho penal
Universidad de Burgos*

RESUMEN

La Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, lleva a cabo una profunda transformación del principio de justicia universal, al reformar el apartado 4 del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con el fin, tal y como se indica en el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, de “incorporar tipos de delitos que no estaban incluidos y cuya persecución viene amparada en los convenios y costumbre del Derecho Internacional” y “adaptar y clarificar el precepto de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo”.

La reforma ha consistido, fundamentalmente, en incorporar una serie de requisitos que, alternativamente, han de concurrir para el ejercicio de la jurisdicción universal. Requisitos que, o se contraponen a la propia naturaleza del principio de justicia universal, o acaban por confundir este principio con otros que rigen la aplicación extraterritorial de la Ley penal.

Palabras clave: Justicia universal. Genocidio. Caso Guatemala. Límites al principio de justicia universal. Presencia en territorio español. Nacionalidad de la víctima. Vínculos de conexión. Principio de subsidiariedad. Caso Gaza.

ABSTRACT

The Fundamental Law 1/2009, of November 3rd, performs a deep transformation of the principle of universal justice, when reforming the section 4 of the article 23 of the Fundamental Law of the Judiciary, with the aim, just as it is pointed out in the Preamble of the Fundamental Law 1/2009, of November 3rd, of “including types of crimes that were not included and whose persecution is supported in the articles of agreement and custom of International Law” and “adapting and clarifying the law provision agreement with the subsidiary nature principle and the emanated doctrine of the Constitutional Court and the jurisprudence of the High Court”.

The amendment fundamentally consists of incorporating a series of requirements that, alternately, have to converge for the exercise of the universal jurisdiction. These requirements, either are opposed to the own nature of the principle of universal justice, or they end up missing up this principle with others that govern the extraterritorial application of the Penal Law.

Key words: Universal justice. Genocide. Guatemala Case. Limits to the principle of universal justice. Presence in the Spanish territory. The victim's citizenship. Connection bonds. Subsidiary nature principle. Gaza Case.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL: CONCEPTO, FUNDAMENTO Y REGULACIÓN LEGAL
 - 1. **Concepto del principio de justicia universal.**
 - 2. **Fundamento.**
 - 3. **Regulación legal.**
- III. LA REFORMA OPERADA POR LA LEY ORGÁNICA 1/2009, DE 3 DE NOVIEMBRE.
 - 1. **Fundamento.**
 - 2. **El principio de justicia universal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la doctrina del Tribunal Constitucional. El “caso Guatemala”.**
 - 3. **Los límites al principio de justicia universal: presencia del sujeto en territorio español, nacionalidad española de la víctima o algún otro vínculo de conexión con España.**
 - A) *Presencia del presunto autor del delito en el territorio español.*
 - B) *La nacionalidad española de las víctimas.*
 - C) *Algún vínculo de conexión relevante para España.*
- IV. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.
- V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, lleva a cabo una profunda transformación del principio de justicia universal, al reformar el apartado 4 del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ⁽¹⁾, con el fin, tal y como se indica en el Preámbulo de la Ley Orgánica

(1) En lo sucesivo, LOPJ.

1/2009, de 3 de noviembre, por un lado, de “incorporar tipos de delitos que no estaban incluidos y cuya persecución viene amparada en los convenios y costumbre del Derecho Internacional, como son los de lesa humanidad y crímenes de guerra”, y, por otro, “adaptar y clarificar el precepto de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo”⁽²⁾.

A ello hay que añadir las dos razones apuntadas, en el seno del Congreso, por los portavoces del Partido Popular (Montserrat Montserrat) y Partido Socialista (Julio Villarrubia): homologar nuestra legislación con la de los países de nuestro entorno y solventar la problemática de que muchas de las sentencias afectaban a nuestras relaciones internacionales, generando a veces conflictos diplomáticos⁽³⁾. Homologación que, como señala DEL CARPIO DELGADO⁽⁴⁾, no se sabe cómo se va a conseguir puesto que “la configuración actual del principio de justicia universal es la más restrictiva de las que se puede encontrar en las legislaciones de nuestro entorno”; en cuanto a los conflictos diplomáticos, continúa la citada autora, “la preocupación del gobierno actual no aparece cuando se estaban juzgando los delitos cometidos durante alguna de las dictaduras en Latinoamérica, surgen cuando los tribunales españoles se hacen eco de las denuncias de las víctimas de los delitos cometidos por nacionales de USA, Israel y China”.

La reforma⁽⁵⁾ ha consistido, fundamentalmente, en incorporar una serie de requisitos que, alternativamente, han de concurrir para el ejercicio de la jurisdicción universal. Requisitos que, o se contraponen a la propia naturaleza del principio de justicia universal, o acaban por confundir este principio con otros que rigen la aplicación extraterritorial de la Ley penal.

(2) Sí se han incorporado los crímenes de lesa humanidad, pero no los crímenes de guerra; en cuanto a lo segundo, se ha adaptado el precepto de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero no con la doctrina del Tribunal Constitucional.

(3) *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, Sesión plenaria, número 90, 25 de junio de 2009.

(4) “El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009”, en *Diario La Ley*, número 7307, de 21 de diciembre de 2009, p. 3.

(5) Reforma exprés, llevada a cabo sin un debate público sobre ella, “de tapadillo”, sin debate parlamentario; calificativos empleados por LLAMAZARES TRIGO, *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, Sesión plenaria, número 90, 25 de junio de 2009.

II. EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL: CONCEPTO, FUNDAMENTO Y REGULACIÓN LEGAL

Como es sabido, nuestro Código penal no contiene una regulación clara y precisa de la aplicación de la Ley penal en el espacio; por el contrario, toda la normativa relativa a esta materia se encuentra dispersa en Leyes penales especiales, en el Código civil, en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en otras normas extrapenales.

A tenor de lo dispuesto en el art. 23 LOPJ, cuatro son los principios que rigen la vigencia espacial de la Ley penal: principio territorial, principio personal, principio real o de protección de intereses y principio de justicia universal⁽⁶⁾.

1. Concepto del principio de justicia universal

También denominado principio universal⁽⁷⁾; en su virtud, la Ley penal de un Estado es aplicable, respecto determinados delitos, con independencia del lugar de su comisión y de la nacionalidad del delincuente. A diferencia de lo que ocurre con los otros principios señalados en el art. 23 LOPJ, no precisa de ningún nexo de conexión entre el delito cometido y el Estado⁽⁸⁾. Es, pues, un

⁽⁶⁾ Cfr. ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., *Derecho Penal Internacional*, Valencia, 2007, pp. 104 y ss.

⁽⁷⁾ POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I: *Fundamentos Científicos del Derecho Penal*, 4.^a edic. Totalmente renovada y actualizada con la colaboración de POLAINO-ORTS, Barcelona, 2001, p. 497.

⁽⁸⁾ BLANCO CORDERO, I., “Crisis del principio de jurisdicción universal en el Derecho Penal Internacional contemporáneo” (I), en *Diario La Ley*, número 5980, de 22 de marzo de 2004, p. 4: “La legitimidad para ejercer dicha competencia universal procede del caso *Lotus* resuelto por la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1927, y que se ha convertido en la referencia fundamental en materia de competencia extraterritorial. En él Francia alegaba que Turquía había violado el Derecho internacional por haber juzgado y condenado por homicidio imprudente al capitán del barco francés *SS Lotus*, que había colisionado en alta mar con un barco turco, el *Boz Kourt*, causando la muerte de ocho de sus tripulantes y pasajeros. La cuestión a resolver en el caso concreto era si Turquía estaba autorizada para emprender un proceso penal contra un extranjero por crímenes cometidos fuera de su territorio (en alta mar). Francia alegaba que Turquía no estaba autorizada para juzgar a ciudadanos franceses porque el Derecho internacional no autorizaba a los Estados a ejercer una competencia extraterritorial, sino al contrario, la prohibía. Por contra, Turquía alegaba que el Derecho internacional le autorizaba a ejercer tal competencia extraterritorial.

principio complementario del principio de territorialidad, cuyo objetivo primordial es impedir la impunidad del delincuente.

El presupuesto fundamental para la aplicación de la Ley penal con arreglo a este principio es la naturaleza o el carácter de los delitos sometidos a éste. Se trata de delitos que atentan no contra valores estatales o individuales, sino contra intereses fundamentales de la comunidad internacional, intereses trascendentales y en cuya conservación está interesada la comunidad internacional como un todo. Esta naturaleza internacional de los delitos que entran en el ámbito de aplicación del principio universal se deduce, igualmente, de su origen y procedencia, en la medida en que todos ellos proceden de acuerdos internacionales, de Convenios o Tratados entre los Estados. Sin embargo, no es suficiente para el ejercicio del principio de justicia universal con el hecho de que el delito internacional esté previsto en un Tratado; se requiere, además, la incorporación del delito a la legislación interna, consecuencia directa de la vigencia del Principio de Legalidad y de las garantías que de él se derivan⁽⁹⁾.

Ahora bien, pueden surgir importantes problemas si, por ejemplo, el Tratado que reconoce el carácter internacional del delito no prevé la aplicación del principio de justicia universal.

Esta cuestión ha sido objeto de debate con relación al delito de genocidio. La Convención de Naciones Unidas de 9 de diciembre de 1948 para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, si bien reconoce el carácter de delito internacional de éste⁽¹⁰⁾, en su artículo VI parece excluir el principio de justicia universal: “Las personas acusadas de genocidio o de cualquiera de los actos enumerados en el artículo 3 serán juzgadas por un Tribunal competente del

La Corte Permanente de Justicia Internacional señaló que el comportamiento de Turquía sería ilegal sólo si una norma de Derecho internacional le prohibiera el ejercicio de la jurisdicción penal sobre el capitán francés. Pues bien, la Corte consideró que no existía ninguna regla de Derecho internacional convencional o consuetudinario que prohibiese a Turquía ejercer su competencia por hechos cometidos fuera de su territorio nacional. Afirmó que, en principio, la competencia es territorial y que un Estado no puede ejercerla fuera de su territorio, salvo en virtud de una regla permisiva derivada del Derecho internacional consuetudinario o de una convención internacional (...), los Estados son libres de adoptar los principios que consideren mejores y más deseables. La Corte reconoce así que el carácter territorial del Derecho penal no limita a los Estados la posibilidad de extender su jurisdicción a delitos cometidos fuera de su territorio”.

⁽⁹⁾ Cfr. ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., *Derecho Penal Internacional...*, cit., pp. 19 y ss.

⁽¹⁰⁾ Artículo I: “Las partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de Derecho Internacional que ellas se comprometen a prevenir y sancionar”.

Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes Contratantes que hayan reconocido su jurisdicción”. Esta cláusula, calificada de incomprensible⁽¹¹⁾, viene siendo interpretada como una exigencia a los Estados de perseguir y sancionar los delitos de genocidio cometidos en su territorio o de extraditar al Estado del lugar de comisión⁽¹²⁾, pero en modo alguno como una exclusión de la jurisdicción universal. En otras palabras, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio no estaría imponiendo el principio de justicia universal pero tampoco lo estaría excluyendo: el principio de justicia universal quedaría como una facultad de los Estados⁽¹³⁾.

En este mismo sentido se ha manifestado la Audiencia Nacional en el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de 5 de noviembre de 1998 (“caso Pinochet”) cuando expresamente dice que “el artículo 6 del Convenio no excluye la existencia de órganos judiciales distintos de los del territorio del delito o de un tribunal internacional. El artículo 6 del Convenio anuncia un tribunal penal internacional e impone a los Estados parte la obligación de que los genocidios sean obligatoriamente juzgados por los órganos judiciales del Estado en cuyo territorio los delitos se cometieron. Mas sería contrario al espíritu del Convenio —que busca un compromiso de las Partes contratantes, mediante empleo de sus respectivas normativas penales, de persecución del genocidio como delito de derecho internacional y de evitación de la impunidad de crimen tan grave— tener el artículo 6 del Convenio por norma limitativa del ejercicio de la jurisdicción, excluyente de cualquiera otra distinta de las que el precepto contempla. Que las Partes contratantes no hayan acordado la persecución universal del delito por cada una de sus jurisdicciones nacionales no impide el establecimiento, por un Estado parte, de esa clase de jurisdicción para un delito de trascendencia en todo el mundo y que afecta a la comunidad internacional directamente, a la humanidad toda, como el propio Convenio entiende (...) Lo que debe reconocerse, en razón de la prevalencia de los tratados internacionales sobre el derecho interno (...) es que el artículo 6 del Convenio para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio impone la subsidiariedad de la actuación de

(11) GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: “Jurisdicción universal por crímenes de guerra, contra la humanidad, genocidio y tortura” en *El principio de justicia universal*, Madrid, 2001, p. 65: “... el mero reconocimiento expreso en una Convención como ésta, que fue aprobada por unanimidad en la Asamblea General de Naciones Unidas, de la naturaleza internacional de este crimen implica su sumisión a la jurisdicción universal”.

(12) BASSIOUNI, M.C.: *El Derecho Penal Internacional: proyecto de Código Penal Internacional* traducido por De La Cuesta Arzamendi, Madrid, 1984, p. 75.

(13) En este sentido, GARCÍA SÁNCHEZ, B., *Límites a la ley penal en el espacio*, Barcelona, 2004, p. 128.

jurisdicciones distintas a las que el precepto contempla, de forma que la jurisdicción de un Estado debería abstenerse de ejercer jurisdicción sobre hechos, constitutivos de genocidio, que estuviesen siendo enjuiciados por los tribunales del país en que ocurrieron o por un tribunal penal internacional”⁽¹⁴⁾.

Por el contrario, la Sentencia del Tribunal Supremo 327/2003, de 25 de febrero de 2003, que resuelve el recurso de casación interpuesto contra el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000 (“caso Guatemala”), tras reconocer que el artículo I del Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio supone “la concreción normativa del sentimiento internacional acerca del delito de genocidio”, entiende que éste no implica, sin embargo, la consagración del principio de justicia universal, pues “tal entendimiento sería contradictorio con lo dispuesto en el artículo VI, que dispone que será competente para el enjuiciamiento la jurisdicción del territorio o una corte penal internacional (...), en la medida en que, esta determinación de la jurisdicción no tendría sentido si se entendiera que el artículo I ya había consagrado el compromiso de las partes contratantes de proceder a su persecución y sanción sea cual fuere el lugar de comisión. Además, el artículo VIII del Convenio no autoriza a cada Estado a instituir su jurisdicción bajo aquel principio de jurisdicción universal, sino que contempla otra forma distinta de reaccionar ante la comisión de este delito fuera de su territorio, estableciendo expresamente el recurso a los órganos competentes de la ONU con la finalidad de que adopten las medidas pertinentes en cada caso. Sin embargo, como ya hemos indicado, aunque el Convenio no establece expresamente la jurisdicción universal, tampoco la prohíbe. No sería correcto interpretar sus disposiciones de modo que impidieran la persecución internacional de este delito con arreglo a otros criterios o principios distintos del territorial”. En definitiva, el Tribunal Supremo en esta resolución viene a reconocer que el citado Convenio no excluye el principio universal, pero tampoco autoriza a los Estados a instituir dicho principio, sino que existe otra forma de reaccionar frente al genocidio cometido fuera del territorio del estado: acudir a los órganos de la ONU.

Más contundente es el Voto Particular emitido por varios magistrados⁽¹⁵⁾ al afirmar que “el Genocidio constituye un crimen universalmente reconocido y

(14) Este Auto reconoció la competencia de la jurisdicción española para el enjuiciamiento de Augusto Pinochet por los hechos cometidos en Chile entre los años 1973 y 1990.

(15) Javier Delgado García, José Antonio Martín Pallín, Cándido Conde-Pumpido Tourón, José Antonio Marañón Chávarri, Joaquín Giménez García, Andrés Martínez Arrieta y Perfecto Andrés Ibáñez.

unánimemente condenado por la Comunidad Internacional. Sus autores son enemigos comunes de toda la humanidad pues atentan contra nuestros valores más profundos y, al negar el derecho a la existencia de un grupo humano, cometen la más grave violación de los derechos fundamentales. Es por ello por lo que el ejercicio de la jurisdicción universal para evitar la impunidad en un caso de Genocidio étnico implica actuar en representación de la Comunidad Internacional. El Convenio de 1948 impone la obligación de ejercicio de su propia competencia a la Jurisdicción de un determinado territorio sobre los actos de Genocidio ocurridos en el mismo, pero no excluye que otros Estados puedan establecer de modo concurrente su jurisdicción extraterritorial sobre este delito, como crimen de derecho internacional, a través de su legislación interna. En definitiva, el Convenio no impone la jurisdicción universal en materia de genocidio, pero tampoco la impide”.

También el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto; así, la Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre, que concede el amparo frente a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003 y el Auto de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000, tras calificar la interpretación del Tribunal Supremo de rigorista y carente de sostén argumental, entiende que “lo que el artículo VI del Convenio determina es una obligación de mínimos que los compromete (a los Estados) a perseguir el crimen de Derecho internacional dentro de su territorio. (...) el tantas veces citado Convenio no incorpora una prohibición, sino que deja abierta a los Estados firmantes la posibilidad de establecer ulteriores mecanismos de persecución del genocidio”.

Tanto la doctrina mayoritaria como el Tribunal Constitucional consideran que el Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio no impide, en modo alguno, el ejercicio del principio de justicia universal, sino que, por el contrario, éste constituye una facultad que corresponde a los Estados, siempre y cuando esté previsto en su legislación interna. Una vez previsto en la legislación interna de los Estados, la jurisdicción universal se rige por el principio de concurrencia⁽¹⁶⁾; tratándose de hechos que atentan contra intereses fundamentales de todos los Estados, y teniendo en cuenta que la finalidad que preside al principio de jurisdicción universal es evitar su impunidad, se produce una concurrencia de competencias, de Estados competentes; ante tal concurrencia, y en aras del impedimento de una eventual duplicidad de procesos y la vulneración de la prohibición del principio *non bis in idem*, es imprescindible introducir alguna regla de prioridad: la jurisdicción del Estado donde el delito

(16) De subsidiariedad para el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 1998.

fue cometido (o un tribunal internacional)⁽¹⁷⁾. Tal sería el sentido del artículo VI del Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio⁽¹⁸⁾.

No creo⁽¹⁹⁾, sin embargo, que sea ésta la interpretación correcta del artículo VI de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio. En la evolución de la redacción de la Convención se puede observar que el Proyecto de Convención sobre el Crimen de Genocidio preparado por el Secretario General de la ONU (de conformidad con la Resolución 47, de 28 de marzo de 1947, del Consejo Económico y Social) sí consagraba el principio de jurisdicción universal al establecer que las partes se comprometían a castigar a los autores de actos de genocidio que se encontrasen en su territorio, fuere cual fuere su nacionalidad y el lugar en donde el crimen hubiese sido cometido⁽²⁰⁾; sin embargo, el Comité Especial sobre Genocidio, creado por Resolución 117, de 3 de mayo de 1948, por el Consejo Económico y Social, no retoma el principio de jurisdicción universal⁽²¹⁾; el Proyecto del Comité Especial sólo contempla la posibilidad de que los individuos acusados de cometer genocidio sean

(17) GIL GIL, A.: *Jurisdicción de los tribunales españoles sobre genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra*, en <www.cienciaspenales.net>, p. 17: “... se debe ceder la competencia de una jurisdicción preferente, como la del territorio, cuando ésta efectivamente haya comenzado la persecución del delito”.

(18) En el sentido del texto, la STC 237/2005, de 26 de septiembre, fundamento 5, señala: “... resulta contradictorio con la propia existencia del Convenio sobre el genocidio, y con el objeto y fin que lo inspiran, que las partes firmantes pacten la renuncia a un mecanismo de persecución del delito, máxime teniendo en cuenta que el criterio prioritario de competencia (el territorial) quedará en multitud de ocasiones mermado en sus posibilidades de ejercicio efectivo por las circunstancias que puedan entrar en juego en los diferentes casos. De igual modo que ha de resultar contradictorio con el espíritu del Convenio que formar parte del mismo conlleve una limitación en las posibilidades de combatir el delito que Estados que no lo hubieran firmado no tendrían, en tanto en cuanto no quedarían constreñidos por esa supuesta y cuestionable prohibición”, y el Voto Particular a la STS 327/2003, de 25 de febrero.

(19) No obstante haberme adscrito a la opinión mayoritaria en un trabajo anterior. Cfr. ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., *Derecho Penal Internacional*, cit., p. 131.

(20) A/AC.10/41.

(21) GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, A., “El crimen de genocidio en Derecho Internacional”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 105, p. 3: “La mayoría del comité consideraba que la ‘represión universal’ era contraria a los principios tradicionales del derecho internacional, y que la misma acarrearía el que los tribunales llegasen a juzgar los actos de gobiernos extranjeros, dado que el genocidio implicaba generalmente una responsabilidad del Estado sobre el territorio dentro del cual el crimen había sido cometido”.

juzgados por el tribunal competente del Estado o por un tribunal internacional. Este Proyecto es el que sirve de base para las negociaciones llevadas a cabo en la Sexta Comisión de la Asamblea General y que, tras llegar a un acuerdo, es presentado al plenario de la Asamblea General para su aprobación. Mediante la Resolución 260 A, de 9 de diciembre de 1949, se aprueba el texto de la Convención para la Prevención y Represión del delito de Crimen de Genocidio.

El artículo VI de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio sólo reconoce la jurisdicción territorial, así como la jurisdicción de un Tribunal penal internacional. La Convención ha excluido explícitamente el ejercicio de la jurisdicción universal, ni siquiera la ha previsto como una facultad del Estado, en la medida en que no contiene disposición alguna que permita el ejercicio de cualquier jurisdicción de conformidad con las leyes internas de cada Estado; disposición que, por el contrario, sí figura en otras convenciones⁽²²⁾. Únicamente se contempla otra forma de reaccionar contra la impunidad del Genocidio: acudir a los órganos competentes de Naciones Unidas (artículo VIII).

En consecuencia, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio excluye la jurisdicción universal, atribuyendo jurisdicción únicamente al Estado en cuyo territorio se ha cometido el delito o, en su caso, a la Corte Penal Internacional y a los órganos de Naciones Unidas.

2. Fundamento

El principio de justicia universal obedece a un triple fundamento. En primer lugar, la categoría de los bienes jurídicos atacados, intereses reconocidos por la comunidad internacional, intereses comunes a todo Estado⁽²³⁾.

⁽²²⁾ Por ejemplo, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes (art. 5.3: “La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales”); la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (art. 15.6); el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (art. 7.6); la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 42.6); la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (art. 4.3); la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, o el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves (art. 4).

⁽²³⁾ DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., *El Derecho Penal Internacional (Ámbito espacial de la Ley penal)*, Madrid, 1990, p. 175.

El segundo fundamento, íntimamente ligado al anterior, se encuentra en la idea de solidaridad entre los Estados, que se traduce en una representación de intereses universales. La existencia, en la actualidad, del Estatuto de Roma no deja vacío de contenido este fundamento, en la medida en que la competencia del Tribunal Penal Internacional no es exclusiva ni excluyente, sino complementaria de la competencia de los Estados Parte. En este sentido, el principio de justicia universal sigue plenamente vigente y justificado, entre otras razones, en esta idea de solidaridad internacional⁽²⁴⁾.

El tercer fundamento de este principio radica en el hecho de que los bienes jurídicos atacados pertenecientes al orden internacional, cuando la lesión procede del propio Estado, son, en múltiples ocasiones, los derechos humanos; en ello reside, precisamente, la necesidad de la intervención de la comunidad internacional, en la medida en que el Estado del territorio en que se han cometido no los persigue o no puede perseguirlos⁽²⁵⁾.

3. Regulación legal

El principio de justicia universal aparece recogido en el art. 23.4 LOPJ, precepto que ha sido objeto de diversas reformas⁽²⁶⁾, culminando con la llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, que no se limita a suprimir e incorporar nuevos delitos, sino que introduce una serie de límites al ejercicio de la jurisdicción universal.

Según dispone el mencionado precepto, la jurisdicción española es competente “para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio y lesa humanidad.
- b) Terrorismo.

(24) ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C.: *Derecho Penal Internacional...*, cit., p. 133.

(25) Fundamento apuntado por GARCÍA ARÁN en GARCÍA ARÁN, M y LÓPEZ GARRIDO, L., “El principio de justicia universal” en *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Valencia, 2000, pp. 71-73, y acogido por GARCÍA SÁNCHEZ, B. (*Límites a la ley penal en el espacio...*, cit., pp. 152-153), al perfilar el concepto del principio de justicia universal.

(26) La Ley Orgánica 11/1990, de 30 de abril, añade al apartado e) el término “incapaces”; la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, incorpora la mutilación genital femenina al catálogo de infracciones sujetas a este principio; por último, la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, incluye el delito de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.

- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.
- e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.
- g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.
- h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en especial los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido por España.

Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatare algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.

El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior.

5. Si se tramitara causa penal en España por los supuestos regulados en los anteriores apartados 3 y 4, será en todo caso de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 del presente artículo”.

El párrafo primero del art. 23.4 LOPJ establece un catálogo de delitos que se declaran perseguibles *ex lege*⁽²⁷⁾ y una cláusula de cierre [letra h)] que extiende la jurisdicción universal a otros delitos no incluidos en las letras anteriores, si así se pacta en un tratado internacional, mencionándose expresamente los Convenios de Derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos.

(27) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General I, Introducción*, Madrid, 2004, p. 207: “Este catálogo de delitos tiende a ampliarse como consecuencia de la mayor comunicación entre los Estados, que facilita el desarrollo de una conciencia de solidaridad, la unificación de las legislaciones penales, la intensificación de la entreaty judicial internacional (cooperación policial, extradición), así como la aparición de una delincuencia internacional”.

En relación con este párrafo, la reforma de 2009 se ha limitado por un lado, a suprimir el delito de falsificación de moneda extranjera, delito tradicionalmente incluido en el catálogo de infracciones sometidas al principio de justicia universal, sin que en ningún momento, ni en el debate de la Ley ni en la Exposición de Motivos, se dé una explicación relativa a su desaparición; no obstante, cabe entender que, de conformidad con lo dispuesto en el Convenio de Ginebra de 20 de abril de 1929⁽²⁸⁾, podrá seguir siendo objeto de persecución en virtud de la cláusula prevista en la letra h)⁽²⁹⁾. Y, por otro, a incluir junto al genocidio el delito de lesa humanidad; por el contrario, y frente a lo afirmado en el preámbulo, no se incluye expresamente los crímenes de guerra.

La respuesta parece estar, como indica DEL CARPIO DELGADO⁽³⁰⁾, “en las prisas de la mayoría parlamentaria en limitar el ejercicio de la jurisdicción universal”. En el Proyecto que aprueba el Pleno del Congreso y se remite al Senado⁽³¹⁾ figuran los crímenes de guerra, es en la Comisión de Justicia del Senado⁽³²⁾ y en la Sesión del Pleno de éste donde se aprueba el texto que sólo hace referencia a los delitos de genocidio y lesa humanidad, coincidiendo con la versión original de la propuesta de reforma⁽³³⁾, sin que el pleno del

(28) Art. 9: “Los extranjeros que hubieren cometido en el extranjero hechos de los previstos en el artículo 3, y que se encontraren en el territorio de un país cuya legislación interna admita, como regla general, el principio de perseguir las infracciones cometidas en el extranjero, deberán ser castigados de la misma manera que si el hecho hubiere sido cometido en el territorio de ese país.

La obligación de perseguir las infracciones estará subordinada a la condición de que la extradición hubiere sido pedida y que el país a quien se pida tal extradición no pudiese entregar al culpable por motivos que no tengan conexión con la infracción de que se trate”.

(29) En el mismo sentido, DEL CARPIO DELGADO, J., “El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009”, en *Diario La Ley...*, cit., p. 6.

(30) “El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009”, en *Diario La Ley...*, cit. p. 6.

(31) *BOCG, Congreso de los Diputados*, serie A, núm. 28-3, 6 de julio de 2009 y *BOCG, Senado*, serie II, núm. 18 (a), 6 de julio de 2009, respectivamente.

(32) *BOCG, Senado*, serie II, núm. 18(d), 7 de octubre de 2009.

(33) DEL CARPIO DELGADO, J., “El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009”, en *Diario La Ley...*, cit., nota pie de página número 30: “Lo cierto es que el debate en el Senado dista mucho de ser un debate jurídico. Una de las justificaciones para limitar el principio de justicia universal era porque ‘había que poner coto a determinados ‘juececitos’ de la Audiencia Nacional que se dedicaban con apoyo en un texto determinado por la Ley Orgánica del Poder Judicial, a hacer lo que no debían hacer’. Intervención del Senador Conde Bajén del grupo parlamentario popular, *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Justicia, núm. 12, 15 de octubre de 2009.

Congreso modifique dicha situación al aprobar las enmiendas del Senado en su totalidad. Ahora bien, el hecho de que los crímenes de guerra no figuren en el catálogo de delitos perseguibles *ex lege*, no obsta para que se consideren incluidos en la cláusula de cierre que figura en la letra h).

Se trata de delitos cuyo carácter internacional se encuentra declarado en los Tratados correspondientes, Tratados que no imponen el principio de justicia universal pero que tampoco lo excluyen, al permitir que los Estados lo puedan prever en sus legislaciones internas⁽³⁴⁾; así mismo se trata de figuras tipificadas⁽³⁵⁾ en nuestro Código penal o en Leyes penales especiales⁽³⁶⁾.

Respecto de la cláusula abierta prevista en el apartado h) del art. 23.4, ha de ser entendida en el sentido de una habilitación a la Ley penal española para perseguir cualquier conducta no susceptible de ser incluida en los delitos anteriormente enumerados, cuando así se declare en el correspondiente Tratado.

III. LA REFORMA OPERADA POR LA LEY ORGÁNICA 1/2009, DE 3 DE NOVIEMBRE

1. Fundamento

Para que España pueda ejercer la jurisdicción universal, no es suficiente con que se esté en presencia de alguno de los delitos expresamente recogidos —más la cláusula de la letra h)— en el párrafo primero del art. 23.4 LOPJ; en virtud del párrafo segundo, incorporado por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, ha de quedar acreditado que “los presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española” o ha de constatarse “algún vínculo de conexión relevante con España”.

(34) Cfr. *infra* apartado 2.a) la interpretación del art. VI de la Convención para la Represión y Sanción del Delito de Genocidio. Igualmente, un análisis de los distintos Convenios en GARCÍA SÁNCHEZ, B., *Límites a la ley penal en el espacio...*, cit., pp. 126-138.

(35) Con la única excepción del delito de piratería.

(36) Por ejemplo, el apoderamiento ilícito de aeronaves previsto en la Ley penal y procesal de la navegación aérea.

Se trata de una reforma que no viene impulsada por motivos jurídicos o económicos, ni siquiera de gestión pública de recursos limitados, sino por motivos políticos y diplomáticos⁽³⁷⁾, al igual que ocurriera con los sistemas penales de Alemania y Bélgica⁽³⁸⁾.

En efecto, a nadie se le escapa que los problemas comienzan cuando los Juzgados de la Audiencia Nacional admiten a trámite las denuncias y querellas por genocidio en el Tibet (10 de enero de 2006)⁽³⁹⁾, crímenes de guerra y delitos contra la humanidad en Gaza (21 de enero de 2009)⁽⁴⁰⁾ y crímenes de guerra en Irak (19 de octubre de 2005)⁽⁴¹⁾; casos en los que se encuentran involucrados nacionales de países tan poderosos como China, Israel o Estados Unidos. Sólo hay que analizar los medios de comunicación y ver las protestas del Gobierno

(37) En el mismo sentido, BUJOSA VADELL, L., “En torno a la reforma del principio de justicia universal en la Jurisdicción española”, en *Diario La Ley*, número 7298, 4 de diciembre de 2009, p. 2: “Cuando estamos ante hechos susceptibles de ser calificados como genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, terrorismo,... la política no suele estar lejos, muchas veces porque los principales imputados son altos cargos políticos o militares de un determinado país. Por ello cualquier acusación proveniente de la Jurisdicción de otro Estado se ve como una inmisión en los asuntos políticos internos de un Estado soberano. Y la soberanía —no debería todavía olvidarse— puede tener sentido todavía como un instrumento de protección de los países menos poderosos frente a los abusos de los más fuertes.

Siendo esto verdad, no cabe olvidar la justificación del principio de justicia universal: se busca terminar con la impunidad en asuntos de gran trascendencia para la dignidad humana y por tanto, en los cuales toda la humanidad debe sentirse afectada. Justamente por tratarse frecuentemente de hechos en los que están implicados los líderes políticos, la soberanía es utilizada por ellos como escudo protector para asegurar la impunidad”.

(38) En el caso de Bélgica fue una demanda contra oficiales estadounidenses lo que provocó la derogación de la ley belga de jurisdicción universal en 2003, y su sometimiento a los criterios de personalidad y territorialidad. Cfr, BLANCO CORDERO, I.: “Crisis del principio de jurisdicción universal en el derecho penal internacional contemporáneo (y II)”, en *Diario La Ley*, número 5981, 23 de marzo de 2004, p. 8; REED BRODY: “Llanto por el principio de justicia universal”, en *Human Rights Watch*, 26 de junio de 2009.

(39) Véase STS 645/2006, de 20 de junio.

(40) Archivado por AAN 1/2009, de 1 de julio.

(41) Archivado por AAN 381/2006, de 8 de marzo.

chino y de Israel ⁽⁴²⁾, así como la reacción del Gobierno español, para comprender que ha sido la presión política la verdadera impulsora de una reforma nacida en virtud de una enmienda de los principales partidos políticos durante la tramitación parlamentaria del Anteproyecto de Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial ⁽⁴³⁾.

Reforma que, así mismo, pone al descubierto la confusión que rodea a nuestros más altos dirigentes a la hora de precisar el papel que España ha de desempeñar en el seno de la comunidad internacional en aras de la evitación de la impunidad de los crímenes más atroces contra la misma, sobre todo si tenemos en cuenta las palabras del portavoz socialista, López Garrido ⁽⁴⁴⁾, con ocasión del debate de la Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional: “Cuando hace unas semanas se produjo en este hemiciclo el debate de totalidad sobre el proyecto de ley orgánica de cooperación con la Corte Penal Internacional nosotros ya dijimos, y lo repetimos en la Comisión de Justicia la semana pasada, que los objetivos de nuestras enmiendas ante este proyecto importantísimo, sin el cual no es posible el funcionamiento de la Corte Penal Internacional, eran básicamente tres. En primer lugar, mantener para España la jurisdicción universal en delitos contra la humanidad. Este ha sido un avance decisivo de nuestro ordenamiento jurídico, que no lo tienen otros ordenamientos jurídicos en Europa ⁽⁴⁵⁾. En España, el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial le da jurisdicción para juzgar delitos aun cometidos fuera de España pero que sean contra la humanidad (genocidio, terrorismo, torturas, desapariciones), por eso España, en su momento, intentó detener y juzgar al dictador Pinochet. El segundo objetivo de nuestras enmiendas era que no hubie-

(42) Resulta especialmente vergonzoso el caso de Israel, pues cuando todavía no se han apagado los rescoldos de los fuegos generados por el bombardeo llevado a cabo por el ejército judío en hospitales, escuelas, universidades, sedes de la ONU, viviendas particulares, infraestructuras, etc., palestinas, tiene la indignidad el Gobierno israelí de clamar por la “injusticia” que supone la persecución de sus generales acusados de crímenes de guerra, mientras continúa levantado el muro del gueto de Gaza, y hablando, eso sí, y todos los días del “holocausto”. Véase también al respecto ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “Reflexiones sobre el Derecho Penal internacional”, en *Cuadernos de Política Criminal*, número 92, 2007, *passim*, especialmente pp. 54 y ss.

(43) DEL CARPIO DELGADO, J.: “El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009”, en *Diario La Ley...*, cit., p. 2.

(44) *Diario de sesiones*, Sesión plenaria n.º 272, 2 de octubre de 2003.

(45) Y que ha permitido, precisamente, la colaboración ejemplar de España con la persecución de los crímenes internacionales, como lo demuestran las 25 causas que se han abierto en la Audiencia Nacional con ese carácter, frente a las apenas 4 de las que entiende el Tribunal Penal Internacional.

ra en ningún caso impunidad, que España, aun cuando colaborase con la Corte Penal Internacional, no pudiera por la ley enviada por el Gobierno producir la impunidad, dejar que posibles delincuentes contra la humanidad no fueran juzgados nunca. En tercer lugar, una plena colaboración con la Corte Penal Internacional. Estos eran los objetivos de nuestras enmiendas y siguen siéndolo al día de hoy, después del debate en la Comisión de Justicia e Interior. (...) España no puede perder la jurisdicción universal que le da la Ley orgánica del Poder Judicial. (...) lo importante es conseguir ese objetivo de la no impunidad y del mantenimiento de la jurisdicción universal en España”.

2. El principio de justicia universal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la doctrina del Tribunal Constitucional. El “caso Guatemala”

El principio de justicia universal queda, pues, sujeto a una serie de límites, límites a los que ya se había referido el Tribunal Supremo al interpretar el art. 23.4 LOPJ, en su redacción anterior a la reforma de 2009, y que dieron lugar a una polémica con el Tribunal Constitucional en el denominado “caso Guatemala”.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 25 de febrero de 2003, que resuelve el recurso de casación interpuesto contra el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000, que declara no procedente la jurisdicción española para la persecución de los delitos de genocidio y tortura acaecidos en Guatemala entre los años 1978 y 1986, parte del presupuesto de que “en la doctrina del derecho penal internacional público no existe ninguna objeción al principio de justicia universal cuando éste proviene de una fuente reconocida del derecho internacional, especialmente cuando ha sido contractualmente aceptado por Estados parte en un Tratado (...), mientras que, por el contrario, cuando sólo ha sido reconocido en el derecho penal interno, en la práctica los alcances de dicho principio han sido limitados por la aplicación de otros igualmente reconocidos en el derecho internacional”. En consecuencia, entiende que “no le corresponde a ningún Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho Penal, contra todos y en todo el mundo, sino que más bien hace falta un punto de conexión que legitime la extensión extraterritorial de su jurisdicción”; en este sentido, la Sentencia cita una serie de Tratados internacionales suscritos en orden a la persecución de delitos que afectan a bienes en cuya protección está interesada la Comunidad internacional donde “se plasman criterios de atribución jurisdiccional basados generalmente en el territorio o en la personalidad activa o pasiva, y a ellos se añade el compromiso de cada Estado para perseguir los hechos, sea cual sea el lugar de comisión, cuando el presunto autor se encuentre en su territorio y no conceda la extradición, previendo así una reacción ordenada contra impunidad, y suprimiendo la posibilidad de que existan

Estados que sean utilizados como refugio. Pero no se ha establecido expresamente en ninguno de esos tratados que cada Estado parte pueda perseguir, sin limitación alguna y acogiendo solamente a su legislación interna, los hechos ocurridos en territorio de otro Estado, ni aun en los casos en que éste no procediera a su persecución”.

El Tribunal Supremo, con base en la doctrina y algunos Tribunales nacionales, reconoce “la relevancia que a estos efectos pudiera tener la existencia de una conexión con un interés nacional como elemento legitimador, en el marco del principio de justicia universal, modulando su extensión con arreglo a criterios de racionalidad y con respeto al principio de no intervención. En estos casos podría apreciarse una relevancia mínima del interés nacional cuando el hecho con el que se conecte alcance una significación equivalente a la reconocida a otros hechos que, según la ley interna y los tratados, dan lugar a la aplicación de los demás criterios de atribución extraterritorial de la jurisdicción penal. Se une así el interés común por evitar la impunidad de crímenes contra la Humanidad con un interés concreto del Estado en la protección de determinados bienes”.

En definitiva, apoyándose en la costumbre internacional, el Tribunal Supremo interpreta el art. 23.4 LOPJ, en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2009, en el sentido de que el ejercicio del principio de justicia universal, cuando no se encuentra expresamente autorizado en un Tratado, precisa de la existencia de un punto de conexión con intereses nacionales: la nacionalidad española de la víctima o la presencia del sujeto en territorio español. De acuerdo con ello rechaza la competencia de la jurisdicción española respecto del delito de genocidio, pero la admite con relación a los asesinatos de sacerdotes españoles y asalto a la Embajada española en Guatemala, sobre la base de un principio de personalidad pasiva inexistente en nuestra legislación⁽⁴⁶⁾. La decisión del “caso Guatemala” fue acogida en otras sentencias posteriores, como el “caso Brady Roche”, STS 319/2004, de 8 de marzo, y “caso Scilingo”, STS 1362/2004, de 15 de noviembre⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁶⁾ El art. 23.2 LOPJ recoge, únicamente, el principio de personalidad activa, cfr. ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., *Derecho Penal Internacional...*, cit. pp. 120-122; RODRÍGUEZ RAMOS, L. y GIL DE LA FUENTE, J., Límites de la jurisdicción penal universal española (A propósito de los casos Pinochet y Guatemala), en *Diario La Ley*, número 5788, de 26 de mayo de 2003, pp. 1-4.

⁽⁴⁷⁾ GIL GIL, A., *Jurisdicción de los tribunales españoles sobre genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra*, en <www.cienciasjuridicas.net>, cit., p. 18: “... con lo que puede decirse que ya había creado jurisprudencia, aunque lo cierto es que ambas sentencias relajaron algo la estricta interpretación de la sentencia Guatemala”.

Totalmente discrepante es el Voto Particular emitido por varios magistrados⁽⁴⁸⁾, al estimar que la citada resolución mantiene “una doctrina excesivamente restrictiva en la aplicación del relevante principio de Justicia Universal. Doctrina que no respeta lo establecido por el Legislador para la persecución penal extraterritorial del delito de Genocidio en el artículo 23.4 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial”. Los magistrados discrepantes consideran que la resolución mayoritaria procede a una interpretación *contra legem* del art. 23.4 LOPJ (en su redacción anterior a la reforma de noviembre de 2009), en la medida en que “el citado precepto dispone con claridad que será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como delito de genocidio, entre otros”; sin embargo, la resolución mayoritaria “descarta el ejercicio de la jurisdicción española en relación con el Genocidio denunciado porque ninguna de las víctimas es de nacionalidad española y ninguno de los culpables se encuentra en territorio español. Estima la sentencia mayoritaria que estos son los criterios de atribución de la jurisdicción española en estos casos. Pero lo cierto es que se trata de unos criterios que no aparecen en absoluto en el precepto legal. La necesidad de que las víctimas del Genocidio sean españolas como requisito para el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial por delito de Genocidio resulta manifiestamente antagónica con lo dispuesto en el artículo 23.4, pues es unánimemente reconocido que este precepto no se funda en absoluto en el principio de personalidad pasiva. Lo relevante es la naturaleza del Genocidio, como delito contra la comunidad internacional (así lo califica el Código Penal de 1995 en el título XXIV de la parte especial), y no la nacionalidad de las víctimas. Por otra parte se trata de una exigencia que deja prácticamente sin contenido la persecución del Genocidio como delito extraterritorial”.

Con relación a la exigencia de la presencia del sujeto en territorio español, el Voto Particular se pronuncia en el sentido de que si bien “los Tratados establecen ordinariamente unas obligaciones internacionales de ejercicio de la propia jurisdicción en determinados supuestos, que constituyen un mínimo obligatorio y no un máximo, no puede deducirse de los mismos una prohibición genérica de ejercicio de la Jurisdicción Universal frente a responsables que no se encuentren en el territorio nacional. De otro modo en ningún caso podría recurrirse a la solicitud de extradición, que tan eficaces resultados ha proporcionado para limitar la impunidad, y que expresamente preveía para estos supuestos la propia Ley Orgánica de 1870 (...). En definitiva la presencia de los responsables en España no constituye una condición general para el ejercicio de la

(48) Cfr. nota pie de página número 11.

jurisdicción penal universal, sino un presupuesto de su practicabilidad, que puede alcanzarse mediante la extradición”.

El Tribunal Constitucional ⁽⁴⁹⁾, en un sentido análogo al del Voto Particular, entiende que una interpretación literal del art. 23.4 LOPJ, con anterioridad a la reforma de 2009, obliga a concluir que “la Ley Orgánica del Poder Judicial instaura un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial, puesto que, a diferencia del resto de criterios, el de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución”.

Así, respecto a los “vínculos de conexión” exigidos por el Tribunal Supremo para el ejercicio del principio universal, el Tribunal Constitucional declara que éstos conducen a una interpretación restrictiva de tal principio, una reducción “*contra legem* a partir de criterios correctores que ni siquiera implícitamente pueden considerarse presentes en la ley y que, además se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el Derecho internacional, y que tiene el efecto de reducir el ámbito de aplicación del precepto hasta casi suponer una derogación *de facto* del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”. En concreto, la presencia del autor en territorio español, si bien es requisito para el enjuiciamiento en la medida en que no existen juicios *in absentia*, en modo alguno es requisito *sine qua non* para el ejercicio de la competencia judicial y la apertura del proceso, pues si así fuera “se sometería el acceso a la jurisdicción universal a una restricción de hondo calado no contemplada en la ley; restricción que, por lo demás resultaría contradictoria con el fundamento y los fines inherentes a la institución”. Respecto a la restricción basada en la nacionalidad de las víctimas, declara el Tribunal Constitucional que constituye “un requisito añadido no contemplado en la ley, que además tampoco puede ser teleológicamente fundado por cuanto, en particular con relación al genocidio, contradice la propia naturaleza del delito y la aspiración de su persecución universal, la cual queda prácticamente cercenada por su base”.

En base a todo ello, el Tribunal Constitucional otorga el amparo solicitado y anula el Auto de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000, así como la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2005, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior al de dictarse el citado Auto.

(49) STC 237/2005, de 26 de septiembre.

Para el Tribunal Constitucional, antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2009, el principio de justicia universal no está sujeto a más límites que los previstos en el art. 23.2.c) en virtud de la remisión que efectúa el art. 23.5 LOPJ: “que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiera cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda”. La presencia física del sujeto en el territorio del Estado que pretende ejercer su jurisdicción con base en este principio no constituye requisito *sine qua non* para ello, sí para que efectivamente se lleve a cabo el enjuiciamiento, existiendo, en este sentido, mecanismos de auxilio jurídico internacional, como la extradición, para conseguir la presencia del sujeto en el territorio del Estado que se propone entablar la acción penal⁽⁵⁰⁾.

3. Los límites al principio de justicia universal: presencia del sujeto en territorio español, nacionalidad española de la víctima o algún otro vínculo de conexión con España

El legislador de 2009, acercándose a la interpretación restrictiva (y, en ese momento, *contra legem*) llevada a cabo por el Tribunal Supremo en la citada Sentencia 327/2003, de 25 de febrero⁽⁵¹⁾, introduce, con la reforma de 2009, en el art. 23.4 LOPJ una serie de requisitos que, alternativamente, han de concurrir para que España pueda hacer valer su jurisdicción conforme al principio de justicia universal: la presencia de los presuntos responsables en España, la nacionalidad española de las víctimas o algún vínculo de conexión relevante para España, y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se haya iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva de tales hechos.

A) Presencia del presunto autor del delito en el territorio español

La presencia del acusado en el territorio del Estado que pretende ejercer su jurisdicción de acuerdo con el principio de justicia universal es un requisito

(50) Fundamento Jurídico 7 STC 237/2005, de 26 de septiembre: “... institutos jurídicos como la extradición constituyen piezas fundamentales para una efectiva consecución de la finalidad de la jurisdicción universal”. Véase ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., *Derecho Penal Internacional...*, cit., p. 144.

(51) Sentencia, como se ha indicado, objeto de un Voto Particular firmado por siete magistrados, cuya “trascendencia no puede dejar de resaltarse”, como señala el propio Tribunal Constitucional, Fundamento Jurídico 6.

necesario en algunos Estados, bien porque se encuentra previsto expresamente en su legislación, bien porque lo exigen sus tribunales; es el caso de Francia, Suiza y Bélgica tras la reforma de 2003, o los tribunales de Dinamarca y Holanda. Pero también hay legislaciones y prácticas en otros Estados que no precisan de dicha presencia, como Portugal, Italia o Nueva Zelanda ⁽⁵²⁾. El hecho de que en algunas normativas nacionales se exija la presencia del acusado para ejercer la jurisdicción universal, y en otras no, no constituye base suficiente para afirmar que existe en el Derecho internacional un principio conforme al cual sea indispensable dicha presencia, sino, más bien, todo lo contrario ⁽⁵³⁾.

La presencia del acusado en el territorio sí es un requisito ineludible para el enjuiciamiento y la condena, conforme al sistema procesal penal español, que no admite las sentencias en rebeldía, salvo en determinados supuestos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal ⁽⁵⁴⁾. Pero una cosa es ejercer la jurisdicción y otra son los juicios ⁽⁵⁵⁾.

La jurisdicción con arreglo al principio de jurisdicción universal sin la presencia del acusado, en el sentido de realizar una investigación o emitir una orden de búsqueda y captura, además de ser acorde con nuestro Derecho interno, proporciona innumerables ventajas. Por un lado, permite que España cumpla con los compromisos adquiridos, como miembro de la comunidad internacional, de combatir la impunidad de los crímenes internacionales; por otro, sirve, indirectamente, de castigo para los presuntos criminales y es una forma

(52) Y España antes de la reforma de 2009.

(53) BLANCO CORDERO, I., “Crisis del principio de jurisdicción universal en el derecho penal internacional contemporáneo (II)”, en *Diario La Ley...*, cit., p. 10: “... pueden ser razones políticas o prácticas las que lleven a un Estado a no perseguir en ausencia del autor del delito. Evidentemente desde un *punto de vista político* el inicio de procesos *in absentia* con base en el principio de jurisdicción universal puede menoscabar las relaciones internacionales del Estado (aunque no siempre ocurre). Desde un *punto de vista práctico*, es difícil recolectar pruebas de delitos cometidos en el extranjero por extranjeros, lo cual puede llevar al Estado, por razones prácticas más que jurídicas, a exigir la presencia del acusado en el territorio para proceder. Pero ninguna de estas razones puede fundamentar una norma de Derecho internacional consuetudinario”.

(54) Véanse arts. 746, 786 , 789, 793, 814 y 971 LECr.

(55) BUENO ARÚS, F., y DE MIGUEL ZARAGOZA, J., *Manual de Derecho Penal Internacional...*, cit., p. 151.

de cooperación judicial⁽⁵⁶⁾. Significativo es el hecho de que días después de ser admitida a trámite por la Audiencia Nacional la querrela por crímenes de guerra y delitos contra la humanidad en Gaza, el Gobierno de Israel recomienda a su ejército “no viajar a España tanto por trabajo como por turismo por temor a ser arrestados y procesados por crímenes de guerra”⁽⁵⁷⁾.

Exigir la presencia física del presunto responsable en el territorio del Estado como requisito que, alternativamente, ha de concurrir para el ejercicio de la jurisdicción universal, implica identificar ejercicio y practicabilidad, anulando cualquier posibilidad de utilizar el instituto de la extradición, dejando, en definitiva, vacío de contenido el citado principio, en la medida en que se confunde con otros principios como el *aut dedere aut iudicare*⁽⁵⁸⁾.

En efecto, la presencia física del acusado en el territorio del Estado que pretende ejercer su jurisdicción es requisito indispensable para que el principio *aut dedere aut iudicare* entre en aplicación. Este principio reconoce a un determinado Estado la posibilidad de juzgar a un presunto culpable que se encuentre en su territorio, poniéndolo además en la disyuntiva jurídica, bien de enjuiciar al presunto culpable, bien de extraditarle a algún otro Estado que tenga jurisdicción para juzgarlo y así lo solicite⁽⁵⁹⁾. Mientras que el principio de jurisdicción universal constituye un nexo jurisdiccional que habilita para el ejercicio extra-

(56) DEL CARPIO DELGADO, J., “El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009”, en *Diario La Ley...*, cit., p. 12: “Si solo pudiera ejercerse la jurisdicción universal cuando los sospechosos se encuentren en territorio español, los crímenes internacionales cometidos por sujetos amparados por una legislación interna o simplemente porque mantienen un *status* que les confiere cierto poder dentro de sus países quedarían impunes o en el completo olvido. Es lo que hubiera pasado si los tribunales españoles hubiesen tenido que esperar a que Pinochet se encontrase en territorio español para ejercer la jurisdicción universal. También sirve como una forma de castigo porque les impide trasladarse de un país a otro. (...) Puede servir también como forma de cooperación judicial si tenemos en cuenta que la recolección de pruebas puede evitar su pérdida o destrucción intencionada, de forma que el tribunal nacional o internacional que finalmente conocerá los hechos esté en posesión de pruebas suficientes para garantizar el éxito del procedimiento. Todas estas cuestiones son ignoradas por quienes se manifiestan en contra del ejercicio de la jurisdicción universal en ausencia del sospechoso y abogan por exigir la presencia del sospechoso en el territorio de los tribunales que pretenden ejercer la jurisdicción”.

(57) <www.ecodiario.elconomista.es>, 25 de enero de 2009.

(58) GARCÍA SÁNCHEZ, B., *Límites a la ley penal en el espacio...*, cit., pp. 122-123.

(59) RUEDA FERNÁNDEZ, C., *Delitos de Derecho Internacional*, Barcelona, 2001, p. 172.

territorial de la jurisdicción penal estatal, el principio *aut dedere aut iudicare* requiere la existencia de un nexo jurisdiccional previo, en la medida en que la obligación de juzgar o extraditar recae sobre el Estado en el que se encuentra el presunto culpable; mientras que el principio *aut dedere aut iudicare* aparece como una obligación expresamente establecida tanto en el Derecho internacional particular como en el Derecho internacional general, el principio de justicia universal aparece como una facultad, como un derecho reconocido a cualquier miembro de la comunidad internacional⁽⁶⁰⁾.

Se trata, en definitiva, de un requisito que desnaturaliza el principio de justicia universal, que queda reducido a una versión atenuada⁽⁶¹⁾. Sin olvidar, los múltiples problemas prácticos que dicho requisito plantea y que confirman que se trata de un serio obstáculo para hacer valer el principio de justicia universal y luchar ante la impunidad de los crímenes más graves contra la comunidad internacional⁽⁶²⁾.

B) *La nacionalidad española de las víctimas*

El segundo nexo de conexión que alternativamente ha de concurrir, a tenor de lo dispuesto en el art. 23.4 LOPJ, para el ejercicio del principio de justicia universal es la nacionalidad española de las víctimas.

La nacionalidad de las víctimas constituye la base del principio de personalidad pasiva, principio que inspira la aplicación extraterritorial de la Ley penal. En su virtud, la Ley penal de un Estado se aplica a los delitos cometidos fuera de su territorio siempre que la víctima sea nacional de ese Estado. Está previsto, con carácter facultativo, en algunos Tratados Internacionales como, por ejemplo, el Convenio sobre la Tortura de 10 de diciembre de 1984 (artículo 5). Se trata de un principio ampliamente criticado por la doctrina, principalmente

(60) RUEDA FERNÁNDEZ, C., *Delitos de Derecho Internacional...*, cit., p. 173.

(61) PÉREZ GONZÁLEZ, C., “Jurisdicción universal y enjuiciamiento de crímenes de guerra: ¿qué obligaciones impone el Derecho Internacional Público”, en PÉREZ GONZÁLEZ, C/ ESCUDERO ALDAY, R., (ed.) *La Responsabilidad Penal por la Comisión de Crímenes de Guerra: El Caso de Palestina*, Pamplona, 2009, pp. 131 y ss.

(62) En este sentido, DEL CARPIO DELGADO, J.: “El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009”, en *Diario La Ley...*, cit., pp. 12-14, que destaca entre otros, el propio alcance de la condición, esto es, si la presencia en el territorio supone que el individuo esté de paso o que haya fijado su residencia; en quién recae el deber de acreditar la citada presencia en territorio español o en qué momento ha de acreditarse ésta.

porque constituye una manifestación extrema del principio real o de protección de intereses ⁽⁶³⁾.

En cualquier caso, es un principio de atribución de jurisdicción que obedece a un fundamento distinto al del principio de justicia universal y con una regulación específica ⁽⁶⁴⁾. Hasta la reforma de 2009 este principio no estaba recogido en la legislación española ⁽⁶⁵⁾; tras la modificación del art. 23.4 LOPJ, se ha convertido en requisito indispensable para el ejercicio de la jurisdicción universal cuando no se encuentre en territorio español el presunto autor del delito o no exista otro punto de conexión con el hecho. En estos supuestos el principio de personalidad pasiva pasa a ser fundamento o contenido del principio de justicia universal, hasta el punto de quedar identificado con él.

Se produce una restricción del principio de justicia universal totalmente opuesta a su fundamento y, lo que es más importante, contraria a la naturaleza de los delitos sometidos a éste. Todo ello va a suponer que delitos como el genocidio o de lesa humanidad sólo pueden ser perseguidos por España, con arreglo al principio de justicia universal, cuando el presunto autor no se encuentre en territorio español o no exista otro nexo de conexión, cuando las víctimas tengan la nacionalidad española; lo que a su vez implica, a tenor del artículo 607 CP (genocidio), que la conducta sólo es relevante para España cuando la víctima es de nacionalidad española y la conducta ha venido motivada por la finalidad de destruir el grupo nacional español o, con arreglo al artículo 607 bis CP (lesa humanidad), cuando la conducta forma parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil española o una parte de ella ⁽⁶⁶⁾.

Al interés común que supone la persecución de un delito contra la comunidad internacional, por el mero hecho de ser parte integrante de ésta, sobre la base de la solidaridad internacional, se superpone, pues, un interés nacional que nada tiene que ver con la naturaleza misma del delito ni con el fundamento del principio de justicia universal.

⁽⁶³⁾ ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C.: *Derecho Penal Internacional...*, cit., p. 117.

⁽⁶⁴⁾ En el mismo sentido, DEL CARPIO DELGADO, J.: “El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009”, en *Diario La Ley...*, cit., p. 15.

⁽⁶⁵⁾ El artículo 23.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial sólo hace referencia al principio de personalidad activa: “asimismo conocerán de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueran españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión de los hechos...”.

⁽⁶⁶⁾ En este sentido, en relación al genocidio, la STC 237/2005, de 26 de septiembre, Fundamento Jurídico 9.

A ello hay que añadir las cuestiones que este nuevo nexo de conexión plantea, entre otras, la relativa al momento al que hay que atender para determinar la nacionalidad: ¿el de la comisión de los hechos o el de la presentación de la querrela o denuncia? Como señala DEL CARPIO DELGADO⁽⁶⁷⁾, “el momento pertinente para determinar la nacionalidad de las víctimas se considera el momento de la comisión de los hechos (...). Sin embargo, esta interpretación dejaría fuera la persecución de los delitos cometidos sobre víctimas que en el momento de los hechos fueron extranjeros y que con posterioridad a su comisión adquieren la nacionalidad española, lo que supondría una vulneración del derecho de tutela efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución”⁽⁶⁸⁾.

C) Algún vínculo de conexión relevante para España

Si el presunto autor no se encuentra en territorio español o no hay víctimas de nacionalidad española, para proceder con arreglo al principio de justicia universal el art. 23.4 LOPJ exige la constatación de “algún vínculo de conexión relevante para España”⁽⁶⁹⁾, es decir, que exista en la persecución del delito un interés nacional, sin que en ningún momento se concrete su contenido.

Una primera interpretación es entender que, para proceder con arreglo a la jurisdicción universal cuando falte alguno de los anteriores requisitos (presencia física del acusado en territorio español o víctimas de nacionalidad española), ha de existir un interés estatal. Ahora bien, esta interpretación deja, de

⁽⁶⁷⁾ DEL CARPIO DELGADO, J., “El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009”, en *Diario La Ley...*, cit., p. 15.

⁽⁶⁸⁾ Razón por la cual la citada autora entiende que “el momento pertinente debe ser tanto aquel en el que los hechos tuvieron lugar como el de la presentación de la denuncia”, ob. cit., p. 15.

⁽⁶⁹⁾ El Voto Particular a la STS 327/2003, de 25 de febrero, entendía que “la existencia de algún vínculo o nexo de conexión entre los hechos delictivos y algún interés o valor de los ciudadanos del Estado que ejerza la jurisdicción universal puede constituir un criterio razonable de autorrestricción para evitar la proliferación de procedimientos relativos a delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados, así como un desgaste excesivo de los órganos jurisdiccionales nacionales cuya competencia se reclama. Pero únicamente será así si se aplica estrictamente como criterio de exclusión del exceso o abuso del derecho, no si se aplica como un modo de derogar en la práctica el principio de jurisdicción universal, convirtiendo la excepción en regla”.

nuevo, vacío de contenido el principio de justicia universal, que queda reconducido al principio real o de protección de intereses previsto en el artículo 23.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ⁽⁷⁰⁾.

Este criterio, complementario del de territorialidad, permite al Estado castigar los delitos cometidos en el extranjero, con independencia de que su autor sea nacional o extranjero, que lesionen sus intereses. Lo relevante son, pues, los intereses estatales, colectivos o comunitarios, con independencia de su gravedad. Su fundamento se encuentra en la necesidad de proteger ciertos intereses en el extranjero, algunos de los cuales no son objeto de protección o tutela en el territorio donde se comete el delito, o el grado de tutela no es suficiente para el Estado lesionado, dada la importancia del bien jurídico que ha sido atacado ⁽⁷¹⁾. Fundamento, por lo tanto, totalmente opuesto al del principio de justicia universal ⁽⁷²⁾, por lo que, de mantenerse esta interpretación, de nuevo se estaría supe-
ditando la protección de los valores esenciales de la comunidad internacional a la existencia de un interés estatal.

Excluidos, por tanto, los vínculos de conexión objeto del principio real o de protección de intereses, se abre la puerta a cualquier vínculo con España, de naturaleza cultural, lingüística, histórica, ..., incluso el de la residencia, criterio que posibilitaría a las víctimas no nacionales y residentes en España ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva ⁽⁷³⁾.

En cualquier caso, la indeterminación de este inciso va a propiciar un buen número de resoluciones judiciales contradictorias, con la consiguiente inseguridad jurídica.

⁽⁷⁰⁾ En el mismo sentido, STC 237/2005, de 26 de septiembre, Fundamento Jurídico 9.

⁽⁷¹⁾ ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., *Derecho Penal Internacional...*, cit., pp. 96-97.

⁽⁷²⁾ En el sentido del texto, PÉREZ GONZÁLEZ, C.: "Jurisdicción universal y enjuiciamiento de los crímenes de guerra: ¿qué obligaciones impone el Derecho Internacional Público?", en *La Responsabilidad Penal por la Comisión de Crímenes de Guerra: El Caso de Palestina...*, cit., pp. 157-158.

⁽⁷³⁾ DEL CARPIO DELGADO, J., "El principio de jurisdicción universal en España tras la reforma de 2009", cit., p. 17: "Ahora bien, si se acepta que el criterio de la residencia puede servir de nexo, habrá que establecer qué tipo de residencia se exige. Puede bastar una residencia de hecho o una residencia legal. Ésta puede ser permanente o ser suficiente una residencia temporal, etc."

IV. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

La reforma de 2009 añade un último inciso al párrafo segundo del art. 23.4 y un párrafo tercero, en virtud de los cuales es preciso, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los delitos a que se refiere el párrafo primero, que, además de la concurrencia de los límites anteriormente señalados, “en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se haya iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles. El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior”.

Ambos párrafos consagran el principio de subsidiariedad, frente al de concurrencia, principio que rige la jurisdicción universal conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional ⁽⁷⁴⁾. La jurisdicción española es subsidiaria respecto de la de los Tribunales de otro país o de un Tribunal internacional que hayan iniciado un procedimiento “que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso de tales hechos punibles”, siendo suficiente, a tal efecto, la “aportación de indicios serios y razonables de la inactividad judicial que acrediten la falta de voluntad o de capacidad para la persecución efectiva de los crímenes” ⁽⁷⁵⁾.

Sin embargo, a la hora de la verdad el principio de justicia universal puede quedar anulado en la medida en que la determinación de la “efectividad” de la investigación queda a la valoración del órgano competente español, y en esa decisión puede haber implicadas distintas posiciones que afecten a las relaciones diplomáticas ⁽⁷⁶⁾. Una prueba de ello la encontramos en el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 9 de julio de 2009 ⁽⁷⁷⁾ por el que se acuerda el archivo definitivo de las actuaciones en el denominado “caso Gaza”.

⁽⁷⁴⁾ STC 237/2005, de 26 de septiembre; no obstante, su Fundamento Jurídico 4 advierte de que “el principio de subsidiariedad no habría de entenderse como una regla opuesta o divergente con la que introduce el llamado principio de concurrencia”.

⁽⁷⁵⁾ Fundamento Jurídico 4, STC 237/2005, de 26 de septiembre, y Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 3 de noviembre de 2005, para unificar criterios en materia de jurisdicción extraterritorial.

⁽⁷⁶⁾ BUJOSA VADELL, L., “En torno a la reforma del principio de justicia universal en la Jurisdicción española”, en *Diario La Ley...*, cit., p. 3.

⁽⁷⁷⁾ AAN 1/2009, de 9 de julio.

En el citado Auto se ordena el archivo definitivo de las diligencias del caso, en la medida en que en Israel ya “ha habido una verdadera y real actuación, administrativa primero y judicial después, para comprobar la comisión delictiva”. Esta afirmación se basa, en primer lugar, en la existencia de una inicial investigación militar de campo llevada a cabo por las Fuerzas de Defensa Israelíes, “al tratarse de una acción armada en la que hubo civiles muertos y heridos”, cuyos resultados fueron remitidos al Fiscal General Militar. Tanto éste como el Fiscal General del Estado, que había recibido directamente denuncias, determinaron que, “a pesar de la trágica pérdida de vidas civiles, ello no podía servir de base a una investigación penal”. En segundo lugar, en el hecho de que “en la actualidad pende el proceso penal denominado ‘caso Shehadeh’ iniciado por ‘denuncia presentada el 30-09-2003 por la ONG Yesh Gvul ante el Tribunal Supremo’ que, en 2008, insta a crear una comisión para examinar ‘las circunstancias en virtud de las cuales se causaron perjuicios a civiles inocentes en el ataque de 22-7-2002’ (78).

La Audiencia Nacional se apoya en una investigación interna, parcialmente secreta, del Ejército israelí, en cuyo resultado se basa precisamente la Fiscalía para rechazar la apertura de una investigación criminal, así como en una comisión creada seis años después de los hechos (el 23 de enero de 2008), que elabora un informe sobre la apertura o no de una investigación criminal y que aún no ha terminado sus trabajos, como prueba de que existe en la actualidad una investigación penal al respecto (79).

Sin embargo, no ha habido ni hay una investigación efectiva, tal y como ponen de manifiesto los informes emitidos por Naciones Unidas y distintos

(78) Fundamento Jurídico 4, AAN 1/2009, de 9 de julio.

(79) ESCUDERO ALDAY, R., “Los tribunales israelíes y la cultura de la legalidad”, en *La Responsabilidad Penal por la Comisión de Crímenes de Guerra: El Caso de Palestina*, cit., pp. 175-179. En este sentido se manifiestan los magistrados Manuela Fernández Prado, José Ricardo de Prado Solaesa, Clara Bayarri García y Ramón Sáez Valcárcel en el Voto Particular al Auto 1/2009: sólo “existe una comisión gubernamental, que elabora un informe sobre la procedencia precisamente de la apertura de una investigación judicial, y en tanto no se decida abrir la vía judicial penal carece de toda base la litispendencia que la resolución de la mayoría establece. (...) la resolución de la mayoría al acordar el archivo definitivo, con base en una situación que califica de litispendencia y no de cosa juzgada, va en contra precisamente de la naturaleza de la situación de litispendencia, que nunca debería servir de base a un archivo definitivo, propio de la cosa juzgada, sino en todo caso de un archivo provisional”; en consecuencia, “el archivo definitivo adoptado por la Sala va a generar el vacío de jurisdicción que proscribe el derecho internacional mediante la jurisdicción universal y a propiciar la impunidad de tales crímenes” (Fundamentos Jurídicos 5, 6 y 7).

organismos no gubernamentales⁽⁸⁰⁾. Entre ellos, el Informe *Goldstone*⁽⁸¹⁾, que acusa a Israel y Hamás de haber cometido crímenes de guerra y de lesa humanidad durante la ofensiva israelí en Gaza⁽⁸²⁾.

En dicho informe la Misión de Investigación de las Naciones Unidas manifiesta, expresamente, sus dudas “sobre la disposición de Israel de llevar a cabo investigaciones genuinas de manera imparcial, independiente, pronta y eficaz conforme a lo que exige el derecho internacional”⁽⁸³⁾, estimando que “son exiguas las posibilidades de una rendición de cuentas por las violaciones graves de derecho humanitario internacional y de la normativa internacional de derechos humanos por conducto de las instituciones internas en Israel y mucho menos en Gaza”⁽⁸⁴⁾.

El 5 de noviembre de 2009 la Asamblea General de Naciones Unidas, tras la aprobación del Informe *Goldstone*, adopta la Resolución 64/10⁽⁸⁵⁾, en la que se insta al Gobierno de Israel y a los palestinos a “realizar investigaciones que fuesen independientes, creíbles y en conformidad con las normas internacionales sobre las violaciones graves del derecho internacional humanitario según informó la comisión de investigación con el ánimo de garantizar la rendición de cuentas y la justicia”, estableciéndose un plazo de tres meses para ello. Dicho plazo expiró el 5 de febrero de 2010⁽⁸⁶⁾ sin que hasta el momento se haya constatado avance alguno, como demuestran las declaraciones de distintas ONG en las que expresan su preocupación con respecto a la credibilidad de las

(80) Informes que denuncian el olvido de la comunidad internacional sobre Gaza reclamando a Israel el levantamiento del bloqueo para permitir el acceso de la ayuda humanitaria: Intermón Oxfam, Amnistía Internacional, Altos Comisionados de la ONU para los Derechos Humanos y Refugiados, Fondo de Naciones Unidas para el desarrollo de la mujer (UNIFEM), Acción contra el hambre, Asamblea de Cooperación para la Paz, Médicos del Mundo... <<http://pazahora.org/novedades/?p=15>>.

(81) Presentado al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas el 29 de septiembre de 2009, y aprobado por éste el 16 de octubre de 2009 por 25 votos a favor, 6 en contra y 11 abstenciones.

(82) Anteriormente el Informe Bertini, elaborado, en 2002, por Catherine Bertini, enviada humanitaria a los TTOO para evaluar la situación humanitaria por la represión israelí contra la población palestina durante la intifada, ponía de manifiesto “la situación humanitaria extremadamente grave en la que se encuentra la gente de Gaza y Cisjordania”.

(83) A/HRC/12/48(ADVANCE 1), p. 26.

(84) A/HCR/12/48(ADVANCE 2), p. 30.

(85) A/Res/64/10.

(86) El 26 de febrero la Asamblea General adoptó una nueva resolución concediendo cinco meses más a Israel y a los palestinos para llevar a cabo dicha investigación.

investigaciones llevadas a cabo por Israel y la autoridad palestina en Ramallah y Gaza⁽⁸⁷⁾.

De nuevo han sido razones políticas y no estrictamente jurídicas las que subyacen al archivo y no persecución de los atentados contra la humanidad y crímenes de guerra cometidos en la franja de Gaza.

V. CONCLUSIÓN

La reforma operada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, al incorporar al art. 23.4 LOPJ una serie de requisitos que alternativamente han de concurrir para el ejercicio de la jurisdicción universal, ha restringido el ámbito de aplicación del principio universal.

Tanto la presencia física del acusado como la nacionalidad de la víctima u otro punto de conexión nacional son límites que se contraponen a la naturaleza y fundamento del principio de justicia universal⁽⁸⁸⁾, fundamento que no es otro (y esto no se puede olvidar) que proteger aquellos valores esenciales en cuya conservación está interesada la comunidad internacional, en base a la solidaridad internacional. En definitiva, evitar la impunidad de los crímenes más graves cuando no son enjuiciados por el Estado que sí tiene un punto de conexión,

(87) El Centro Palestino para los Derechos Humanos (CPDH) considera que las investigaciones militares realizadas son inadecuadas y legalmente insuficientes; que los mecanismos de investigación israelíes carecen totalmente de las exigencias descritas por el Derecho internacional. CPDH subraya que sólo se han iniciado 150 investigaciones, de las cuales sólo 36 fueron las investigaciones penales y, de éstas, 7 han sido cerradas por “falta de pruebas”. Sólo el CPDH presentó 450 casos penales y únicamente dos oficiales y un soldado han sido acusados de cometer errores, y, en general, la conclusión de todas las investigaciones hasta el momento llevadas a cabo afirman que Israel actuó de conformidad con la ley. Es evidente que la responsabilidad no puede ser perseguida a través del sistema jurídico israelí. <www.nodo50.org/cscs/agenda10/palestina/arti34.html>.

Amnistía Internacional, en su declaración pública de 18 de febrero de 2010 (MDE 21/001/2010) <www.amnesty.org/en/library/asset>, califica la respuesta israelí sobre la investigación de las violaciones de “totalmente inadecuada” y pide al secretario general de la ONU, Ban Ki-moon, que elabore inmediatamente una valoración independiente de las medidas adoptadas por Israel y el bando palestino para abordar la rendición de cuentas, con vistas a que la ONU adopte más medidas, en caso necesario, a fin de garantizar justicia para las víctimas del conflicto.

(88) La Resolución adoptada en Cracovia el 26 de agosto de 2005 por el Instituto de Derecho internacional define la jurisdicción universal en material penal como “la competencia de un Estado para perseguir y, en caso de ser declarados culpables, castigar, presuntos delincuentes, independientemente del lugar de comisión del delito y sin consideración a vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva, otros criterios de jurisdicción reconocidos por la Ley internacional”.

porque éstos han tenido lugar en su territorio (sin olvidar que, en múltiples ocasiones, se han cometido con el consentimiento o la participación de las autoridades de dicho Estado). El Estado que hace valer su Ley actúa como miembro y representante de la comunidad internacional, actúa en el interés de ésta. El único nexo o vínculo que existe entre el Estado actuante y los delitos sujetos al principio de justicia universal es el de pertenecer a la comunidad internacional, la cual tiene interés en su persecución⁽⁸⁹⁾, éste es el único requisito para el ejercicio de la justicia universal. Como indica BLANCO CORDEIRO⁽⁹⁰⁾, “es el Derecho internacional el que autoriza —no obliga— a todos los Estados a perseguir y castigar en nombre de toda la comunidad internacional. Les permite ejercer la jurisdicción universal sobre crímenes de Derecho internacional sin exigir ninguna conexión específica con la ley del foro”. El único requisito que deriva del fundamento del principio de justicia universal es la naturaleza del delito sometido a éste⁽⁹¹⁾.

(89) GARCÍA ARÁN, M., “El principio de justicia universal”, en GARCÍA ARÁN, M., y LÓPEZ GARRIDO, M. (coord.), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Valencia, 2000, p. 78.

(90) “Crisis del principio de justicia universal en el derecho penal internacional contemporáneo (I)”, en *Diario La Ley...*, cit., p. 5.

(91) Cfr. ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., *Derecho Penal Internacional...*, cit., pp. 126 y ss.

ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE EL NUEVO MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS INTRODUCIDO POR LA LO 5/2010

JAVIER GUSTAVO FERNÁNDEZ TERUELO

*Profesor Titular de Derecho penal
Universidad de Oviedo*

RESUMEN

El trabajo aborda algunas de las principales cuestiones que suscita la introducción en el Código penal español, a través de la LO 5/2010, de un sistema legal de responsabilidad penal de las personas jurídicas, básicamente sociedades mercantiles. La decisión del legislador español, sin precedentes en nuestra legislación penal histórica, rompe un modelo dogmático ampliamente consolidado. La fórmula concretamente adoptada, cuyos aspectos básicos se contienen en el art. 31 bis del Código Penal, suscita a la vez grandes dudas sobre su aplicabilidad práctica, al carecer entre otras cosas de una normativa procesal que la sustente, y también sobre los resultados que en la práctica se pueden obtener.

Palabras clave: Responsabilidad penal personas jurídicas.

ABSTRACT

The work tackles some of the main issues that the introduction in the penal Spanish Code raises, through the Fundamental Law 5/2010, about a legal system of the legal entities' criminal liability, basically trading companies. The Spanish legislator's decision, without precedents in our penal historical legislation, breaks a broadly consolidated dogmatic model. The particularly adopted formula, whose basic aspects are included in the art. 31B of the Penal Code, arouses at the same time big doubts about its practical applicability, as it lacks, among other things of a procedural regulatory scheme that sustains it, and also about the results that can be obtained in practice.

Key words: Criminal liability of legal entities.

SUMARIO

- I. LA REFORMA PENAL Y LA ADOPCIÓN DE UN MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: ANTECEDENTES Y MOTIVACIONES.
 - II. SOBRE LA PRESUNTA EFICACIA DEL NUEVO MODELO DE RPPJS.
 - III. DESCRIPCIÓN DEL MODELO: LA OPCIÓN DEL LEGISLADOR ESPAÑOL. EROSIÓN DE DETERMINADOS PRESUPUESTOS JURÍDICO-PENALES DE CARÁCTER GENERAL CONFORMADORES DE LA TEORÍA DEL DELITO.
 - IV. CRÍTICA AL MODELO: RESPONSABILIDAD CUASIOBJETIVA Y POR HECHOS “DE OTRO”.
 - V. DOBLE VÍA DE IMPUTACIÓN: ADMINISTRADORES Y EMPLEADOS SOMETIDOS AL CONTROL DE LOS ADMINISTRADORES.
 - VI. OTROS REQUISITOS Y CARACTERÍSTICAS DEL MODELO.
 - VII. LAS PENAS Y CRITERIOS PARA SU IMPOSICIÓN.
-

- I. LA REFORMA PENAL Y LA ADOPCIÓN DE UN MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: ANTECEDENTES Y MOTIVACIONES

El aspecto más relevante de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal se concreta en la decisión del legislador español, gestada desde hace algunos años, de incorporar a nuestra legislación un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas (RPPJs). Con ello se pone fin a una tradición histórica en la que siempre se prescindió de este tipo de responsabilidad; las más recientes intervenciones legislativas que determinaron la previsión de medidas frente a las sociedades también evitaron recurrir a fórmulas que la sugiriesen; nos referimos, en concreto, a las consecuencias accesorias contenidas en el art. 129 CP en su versión anterior a la reforma y a la fórmula de responsabilidad solidaria de la persona jurídica en el pago de la multa impuesta a la persona física autora del delito (art. 31.2) que ahora se suprime. Más allá de lo acertado o desacertado de tales medidas, sí subyacía una lógica preocupación por la necesidad de intervenir de un modo complementario, cuando el delito se ejecute desde una estructura societaria, pero dejando claro que la responsabilidad era únicamente personal e individual.

A la hora de buscar las razones de la decisión político-legislativa, observamos que en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 no se insiste tanto en la “necesidad” real de proceder al castigo penal de los entes sociales, sino que lo que fundamentalmente motiva esta intervención serían los numerosos “instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara frente a las personas jurídicas”, para a continuación concretar una serie de “figuras delictivas donde la posible intervención de éstas “se hace más evidente” (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos, etc.), pero sin explicar por qué. A mi entender varias de las figuras delictivas enunciadas difícilmente podrán ser ejecutadas desde personas jurídicas, sino que más bien lo serán desde organizaciones criminales, que, por lo general, ni necesitan ni, por tanto, adquieren ningún tipo de personalidad jurídica.

Por lo que respecta a la obligatoriedad de la reforma debida a exigencias de la normativa comunitaria (Directivas y Decisiones Marco comunitarias europeas), dicha afirmación debe ser matizada. En primer lugar, conviene recordar que tanto las Directivas como las Decisiones comunitarias son vinculantes en cuanto a los resultados u objetivos a lograr, pero no respecto a los medios para alcanzarlos. En segundo lugar y aún más importante, los textos que teóricamente reclaman ese modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas no establecen de modo indubitado dicha obligación. Veamos por qué.

Así, en lo que respecta a la responsabilidad de las personas jurídicas que deriva de actos realizados por quien ocupa una posición de mando o cargo directivo en el seno de ésta (*primer supuesto*) las DM 2000/383/JAI y 2004/757/JAI disponen que los Estados miembros habrán de adoptar las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas “puedan ser consideradas responsables o exigiérseles responsabilidades por determinadas infracciones de naturaleza penal”. Si las afirmaciones se terminaran aquí podría afirmarse, sin más, que la normativa referida está exigiendo la implantación legal de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, con la consiguiente necesaria previsión de penas para la entidad. Sin embargo, en el mismo texto, y a continuación, aparecen los matices, y así se reclama que, en cuanto al régimen sancionador, se adopten medidas para la imposición de “sanciones efectivas, proporcionales y disuasorias”, que incluirán “multas de carácter penal o administrativo” y podrán incluir otras sanciones, como la inhabilitación para el ejercicio de actividades comerciales⁽¹⁾. Vemos, por lo tanto, que entre las alternati-

(1) Cfr. arts. 8.1 y 9.1 DM 2000/383/JAI; 2.1 y 3.1 DM 2002/946/JAI; 5.1 y 6.1 DM 2003/568/JAI; 6.1 y 7.1 DM 2004/68/JAI; 6.1 y 7.1 DM 2004/757/JAI; 8.1 y 9.1 DM 2005/222/JAI; 5.1 y 6.1 DM 2005/667/JAI.

vas se propone la imposición de sanciones administrativas, lo que implica que el régimen de responsabilidad penal, previamente anunciado, es una alternativa y no una obligación⁽²⁾. Por lo que respecta al *segundo supuesto*, en que la responsabilidad de la persona jurídica se debe a la acción de un sujeto sometido a su autoridad y es consecuencia de la falta de vigilancia o control de quienes ocupan una posición de mando o dirección, el Derecho Comunitario obliga a la adaptación de la legislación interna a través de medidas que garanticen que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables o exigírseles responsabilidades —no necesariamente penales, pues no se hace referencia, como en el supuesto anterior, a infracciones de naturaleza penal—, y únicamente se prevé, consecuentemente, la imposición de sanciones o medidas efectivas, proporcionales y disuasorias, sin especificar cuáles han de ser⁽³⁾. A su vez, la Directiva 2005/60/CE, en los dos supuestos relativos a directivos o empleados, obliga a que se pueda imputar responsabilidad a las personas jurídicas cuando infrinjan las disposiciones de Derecho nacional adoptadas de conformidad con aquella Directiva (art. 39.1), así como que las sanciones —eficaces, proporcionadas y disuasorias— “puedan” ser de naturaleza penal (art. 39.2). El tercer supuesto, al que se refiere la normativa comunitaria, no distingue en el régimen sancionador de personas jurídicas si la conducta ha sido realizada por un cargo directivo o por un subordinado sujeto a vigilancia o control, previendo en ambos casos “penas efectivas, proporcionadas y disuasorias”, que incluirán multas de carácter penal o administrativo para las personas jurídicas y, en su caso, otro tipo de sanciones (arts. 7.1 y 2, y 8 DM 2002/475/JAI; 4.1 y 2, y 5 DM 2002/629/JAI)⁽⁴⁾.

(2) Con idéntica orientación otros instrumentos internacionales, como el Convenio de la OCDE de 17 de diciembre de 1997, de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (ratificado por España el 3 de enero de 2000), en su art. 2 impone a las Partes la adopción de “las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por la corrupción de un agente público extranjero”, lo que viene matizado a continuación en el art. 3.2, que prevé el caso de que, según el Derecho de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas jurídicas, por lo que quedarán sujetas a sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias de carácter no penal.

(3) Cfr. arts. 8.2 y 9.2 DM 2000/383/JAI; 2.2 y 3.2 DM 2002/946/JAI; 5.1 y 6.1 DM 2003/568/JAI; 6.2 y 7.2 DM 2004/68/JAI; 6.2 y 7.2 DM 2004/757/JAI; 8.2 y 9.2 DM 2005/222/JAI; 5.2 y 6.5 DM 2005/667/JAI.

(4) Junto a dicho régimen general, se establece un régimen específico para las organizaciones delictivas, y respecto a éste el art. 3 de la AC 98/733/JAI obliga a los Estados a garantizar “que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables penalmente o, en su defecto, responsables de otro modo de los delitos contemplados en el

En definitiva, resulta discutible que la normativa comunitaria haya exigido la implantación de una fórmula de responsabilidad penal de las personas jurídicas, entendida como un modelo de imposición necesaria de penas a tales entes colectivos. Más bien, el análisis detallado de los textos nos permite comprobar que la imposición de penas era sólo una alternativa de entre las posibles⁽⁵⁾.

Con la decisión plasmada en la LO 5/2010 se rompe un modelo dogmático que, sin ser intocable, bien merecería una buena razón para su disolución, y no tanto —o no sólo— por su tradición histórica, sino sobre todo por su capacidad para contribuir a la protección de derechos individuales; desde luego no parece que podamos encontrar ese buen motivo en la formulación legislativa de la reforma (reconocimiento de la RPPJs). En principio, no debe despreciarse, sin más, una decisión de política legislativa que un numeroso grupo de Estados han adoptado⁽⁶⁾ y que también tiene atractivos referentes doctrina-

apartado 1 del artículo 2 (‘delitos sancionables con una pena de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aún más severa’), cometidos por la persona jurídica, conforme a modalidades que deberán definirse en su legislación interna. (...) Los Estados miembros garantizarán especialmente que pueda sancionarse a dichas personas de manera efectiva, proporcional y disuasoria y que puedan sufrir sanciones de carácter patrimonial y económico”.

(5) En el mismo sentido, el Informe del Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto de Ley Orgánica: “La conclusión que se extrae de todo anterior es que —con las excepciones por delitos de terrorismo (DM 2002/475/JAI) y de trata de seres humanos (DM 2002/629/JAI)— el Derecho Comunitario únicamente exige que en los supuestos de conductas criminales realizadas por personal directivo, *las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables o exigírseles responsabilidades por determinadas infracciones de naturaleza penal y que puedan serles impuestas por ello sanciones de naturaleza penal o administrativa*. La imputación de responsabilidad de naturaleza penal a las personas jurídicas no lleva implícita necesariamente la imputación subjetiva de hechos delictivos, por lo que no debe considerarse que sea consecuencia de un imperativo de Derecho Comunitario que las personas jurídicas deban ser objeto de un régimen de responsabilidad penal como el de las personas físicas, como tampoco que las sanciones hayan de ser de naturaleza penal”.

(6) Por ejemplo, el Derecho anglosajón, por su propia configuración, nunca se ha planteado especiales problemas de tipo dogmático para admitir la responsabilidad penal de la empresa. En el modelo de la *Common Law* el gestor social no es más que el instrumento a través del cual actúa la entidad jurídica, cuya responsabilidad penal se basa entonces en la idea de la delegación o imputación (*vicarious liability*). Junto a la anterior, también se admite la responsabilidad penal sin culpa (*strict liability*). Otro de los modelos que permanentemente se cita como exponente del reconocimiento de la RPPJs en el Derecho continental es el recogido en el Código penal francés. Se trata, sin embargo, de una forma de reconocimiento limitado, quedando curiosamente excluidos buena parte de los preceptos que conforman el Derecho penal económico (delitos como los fiscales, delitos societarios, contra los consumidores, etc.). De singular interés resulta también el modelo de imputa-

les⁽⁷⁾; en el caso español, al introducir un régimen de RPPJs, como el que se examina, no parece haberse tenido en cuenta las peculiaridades de nuestro país, y no sólo en la configuración teórica del delito, sino también en la realidad

ción de responsabilidad a las personas jurídicas incorporado a la legislación italiana por el Decreto legislativo de 8 de junio de 2001 —*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*— (Decreto legislativo 8 giugno 2001, núm. 231, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, núm. 300 [G.U. 19 giugno 2001, núm. 140]). Su *nomen* establece que se trata de responsabilidad administrativa, si bien de forma mayoritaria se entiende que nos encontramos ante un sistema de atribución de culpabilidad a la propia entidad, y consiguientemente de responsabilidad penal a las persona jurídica. En él se regula la responsabilidad de las personas jurídicas y de otros entes que carecen de personalidad jurídica, por la comisión de algún delito por parte de sus representantes en beneficio, provecho o interés del ente.

(7) Desde un punto de vista doctrinal, la cuestión relativa a la RPPJs sigue abierta; ha sido y es uno de los temas que más atención de la doctrina penal ha acaparado en las dos últimas décadas y de forma especialmente intensa en Alemania y en España. La actividad científica desarrollada en este ámbito es demasiado extensa para plantearse siquiera aquí un resumen. Quizá sí puede afirmarse que existe un consenso básico sobre la necesidad de adoptar determinadas medidas frente a los entes colectivos. Sin embargo, el consenso desaparece en cuanto al modo de hacerlo, y los puntos de vista se dividen entre quienes defienden el reconocimiento de la RPPJs y quienes la rechazan basándose en un argumento básico, aunque no único: el conflicto con el modelo dogmático penal de origen romano-germánico vigente. Entre los defensores del reconocimiento existen numerosas propuestas, algunas muy distintas entre sí. Así, por ejemplo, como sustento teórico de la responsabilidad penal de la empresa, la *doctrina anglosajona* ha elaborado distintas teorías que dotan de autonomía como objeto de reproche a los entes sociales: carentes de una estructura dogmática como la continental, se afirma que las empresas no son simples uniones organizadas de personas, sino que poseen una identidad metafísico-lógica propia@ (FRENCH, P., *Collective and Corporate Responsibility*, Columbia University Press, Nueva York, 1998, pp. 32 y ss.). También la *doctrina alemana* cuenta con destacadas voces que desde hace tiempo postulan el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Propone SCHÜNEMANN un modelo de legitimación de las sanciones basado en un estado de necesidad preventivo, y considera que en este tipo de entidades puede existir una “actitud criminal colectiva”. En el marco de ese “espíritu de grupo”, sus componentes están dispuestos a ejecutar conductas delictivas, que de ningún modo llevarían a cabo como sujetos individuales (SCHÜNEMANN, B., “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, BOE, Madrid, 1995, pp. 571 y ss.). En una línea similar, entiende TIEDEMANN que los problemas dogmáticos pueden solventarse interpretando el concepto de culpabilidad en el sentido de una *responsabilidad social* (TIEDEMANN, K., Die “Bebussung” von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, en *NJW*, núm. 19, 1988, pp. 1171 y ss.). En concreto, fundamenta la culpabilidad, ya no en el sentido psicológico clásico, sino sobre la base de lo que él denomina “culpabilidad por defecto de organización” (*Haftungstheorie vom Organisations-verschulden*), esto es, culpabilidad en

societaria que les sirve de referente y, sobre todo, en la legislación mercantil que la sustenta. En todo caso, creo que lo más rechazable no es la decisión legislativa de proceder o no al reconocimiento de la RPPJs, sino el modo en que se ha llevado a cabo. No se puede (debe) configurar una fórmula de RPPJs sin realizar un previo análisis de cuáles son los criterios, axiomas y normativa básica societaria que rige en nuestro país; no se pueden redactar normas penales bajo imágenes, bajo tópicos referidos a empresas y quienes los rodean, malvados por definición; es necesario acudir a realidades en vez de a imágenes estereotipadas.

II. SOBRE LA PRESUNTA EFICACIA DEL NUEVO MODELO DE RPPJS

Los objetivos político-criminales o simplemente políticos aducidos por los valedores de la reforma se apoyan de forma subsidiaria (detrás de la imposición comunitaria), en su presunta “eficacia”, eficacia para combatir la delincuencia económica, ejecutada desde ámbitos empresariales. No se aclara sin embargo cómo se alcanza ese objetivo con la reforma. Parece, en todo caso, que serían razones de prevención general materializada en una amenaza que estimularía el cuidado por parte de los titulares de la sociedad (de su capital social) respecto a la designación de personas con capacidad suficiente para ejecutar de modo diligente, y sobre todo legal, las funciones de gestión de la sociedad y control del resto del personal de éstas dependiente. Así planteado, y dejando en un segundo plano los problemas de índole dogmática, parece un objetivo loable que, sin embargo, no está claro que se pueda —ni se deba— (por vulneración de garantías esenciales) alcanzarse de este modo. Es más, no debe descartarse que ese delincuente económico pueda llegar a ser el gran beneficiado por la prevención legal.

En primer lugar, parece que un modelo de responsabilidad penal —por definición— debiera ser más garantista (vinculación a todos los principios penales, incluida la teoría de la pena) y, por lo tanto, en principio, menos “eficaz” que otras formas de intervención desvinculadas de los principios penales. El proceso penal para la ejecución de este modelo por su propia naturaleza debería (pese a que aún nada se ha hecho) establecer una serie de garantías mayores que las que, por ejemplo, determinaría un sistema de sanciones administrativas a las empresas.

virtud de la falta de adopción de las medidas de control necesarias para garantizar el desarrollo ordenado de la actividad empresarial (TIEDEMANN, K., “Die ‘Bebussung’...”, loc. cit., p. 1174). Se trata de un concepto de culpabilidad normativo-social, que posibilita la formulación de un reproche social propio a la organización.

En segundo lugar, cierto es que la fórmula propuesta determina la plena compatibilidad entre la RPPJs y de las personas físicas⁽⁸⁾. Así, se afirma en la Exposición de Motivos de la reforma, que “la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física”⁽⁹⁾. La compatibilidad de responsabilidades se plantea generalmente como una de las principales razones de ser de la reforma, ya que “teóricamente” no evita o impide la persecución del auténtico responsable del delito. En particular, parece que subyace la idea de que en aquellos casos en que no resulte posible identificar a los autores del delito, “al menos, pueda sancionarse penalmente a la persona jurídica”. Si se demuestra que se ha cometido el delito, aunque no se pueda averiguar quién fue, o no se le pueda condenar penalmente (al no poder dirigir contra él procedimiento penal, por ejemplo por su fallecimiento), podrá ser la persona jurídica penalmente condenada⁽¹⁰⁾. Ahora bien, el establecimiento de un modelo de responsabilidad de las primeras puede contribuir a relajar los esfuerzos por

(8) Art. 31 bis 2: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. (...) 3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente”.

(9) La consecuencia inmediata fue la supresión de la medida incorporada por la Ley Orgánica 15/2003 y a la que ya antes aludimos; art. 31.2 CP: “En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó”. Con esta fórmula se atribuía por lo tanto a la empresa en determinados supuestos la obligación directa y solidaria de hacer frente al pago de la multa penal impuesta a quien (administrador) actuó en su nombre o por cuenta suya. Si bien no implicaba reconocimiento alguno de la responsabilidad de las personas jurídicas (ya que se reconocía a la persona física como única penalmente responsable), ya anticipaba varios de los defectos que ahora encuentran pleno desarrollo en la reforma. El precepto hacía responsable a la persona jurídica del pago (de la satisfacción material) del importe de la multa, y en ningún caso del delito. El delito se atribuye en exclusiva a una o varias personas físicas y la pena de multa se impone a esas mismas personas físicas en base a su culpabilidad, y sólo a partir de ahí (una vez determinada y atribuida la responsabilidad penal a una persona física) se disponía la obligación de responder de manera directa y solidaria del pago de la multa, tanto de la persona física autora del delito como de la persona jurídica para la cual los sujetos actuaron.

(10) DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”, en *Experto Memento (Reforma Penal 2010)*, Francis Lefebvre, 2010, p. 22.

localizar al autor (persona física) del hecho delictivo e imputarle el delito. En efecto, un modelo como el discutido ofrece la posibilidad de resolver el conflicto con un sujeto (persona jurídica) culpable y terminar con la sensación de frustración que produce un caso no resuelto.

En ese contexto tampoco debe olvidarse la tendencia en el ámbito jurídico extrapenal, cada vez más acusada, de proceder al levantamiento del velo de la persona jurídica (“to lift the veil”), debido al fracaso del modelo anterior; todo ello para buscar a los sujetos, personas físicas, auténticos responsables de la infracción. Con ese cambio de tendencia, precisamente se pretende hacer frente a las actuaciones abusivas de los administradores de una sociedad realizadas mediante la instrumentación fraudulenta de la autonomía patrimonial societaria. Para la represión de estas situaciones, el Derecho sanciona a los integrantes de la sociedad mediante la aplicación de la técnica de origen anglosajón de desentenderse de la personalidad jurídica autónoma de la sociedad (“disregard of legal entity”) y deducir que las consecuencias de los actos jurídicos se extienden a los administradores.

Otra consecuencia colateral, derivada de la implantación del reconocimiento de la RPPJs, es la desaparición de un modelo como el de las consecuencias accesorias vigentes desde la entrada en vigor del actual Código penal hasta la reforma aprobada por LO 5/2010 (art. 129 CP); una idea brillante y original (al carecer de precedentes claros en otras legislaciones penales), pero mal configurada y por ello apenas utilizada (de modo similar a lo que en su momento ocurrió con el arresto de fin de semana, si bien en este caso por falta de medios e interés); un instrumento que, de haber sido dotado de los mecanismos necesarios para su desarrollo, podría haberse consolidado como una fórmula eficaz para practicar las intervenciones necesarias sobre el ente desde el cual se ha llevado a cabo una conducta delictiva, sin por ello tener que fingir su responsabilidad. El fracaso del modelo, como apuntamos, se debió, básicamente, a las graves deficiencias en su configuración; destacan entre ellas algunas como las siguientes: escasa —casi nula— definición de cuáles eran los presupuestos de aplicación y sobre todo de los criterios de imposición de las medidas; el hecho de estar previstas para muy pocos delitos, quedando fuera el grueso de los delitos económicos; indefinición absoluta del significado y contenido de algunas de las medidas y especialmente de la intervención de empresas; indefinición sobre su dependencia (o no) de la imposición de una pena al autor principal; limitaciones respecto a la imposición cautelar; reducido número de consecuencias accesorias aplicables, etc.

Pues bien, el aludido fracaso del modelo de las consecuencias accesorias (en su versión anterior a la reforma), motivado por razones como las expuestas, ha sido un factor más o nuevo argumento también utilizado para favorecer la introducción del reconocimiento de la RPPJs. En mi opinión se podrían haber adoptado modelos de actuación sobre el ente social sin necesidad de declararlo

responsable. Esa fórmula sería no sólo más respetuosa con los principios garantistas esenciales de nuestro modelo, sino también más eficaz. Creo que deberían sustentarse sobre dos pilares esenciales: el primero, una correcta configuración de las consecuencias accesorias entendidas en el sentido anterior a la reforma, solventando los defectos enunciados y, a la vez, una buena fórmula de responsabilidad omisiva referida a las personas físicas con capacidad de gestión en las sociedades, tanto por la ausencia de control de focos de riesgo (ámbito de seguridad en el trabajo, sustancias peligrosas, actuación en ámbitos sensibles al medio ambiente, etc.) como por la protección de bienes jurídicos (básicamente la protección de intereses económico patrimoniales de agentes que con la sociedad se relacionan). Y es que nunca se ha abordado el establecimiento de unos criterios legales de imputación a las personas físicas en el ámbito de la omisión impropia en los delitos de empresa, auténtico caballo de batalla en la lucha frente al delincuente económico (apenas se ha hecho nada más allá de fijar criterios específicos en el contexto de los delitos contra la seguridad de los trabajadores —art. 316 CP—). En efecto, no olvidemos que la mayoría de los actos lesivos producidos en el ámbito de la delincuencia económica se sustentan en la no evitación del resultado por parte de quienes realmente tienen capacidad para ello; especialmente por quienes desde puestos de alta dirección toman la decisión delictiva para que otros subordinados (en ocasiones sin reunir siquiera la condición personal exigida por determinados delitos especiales) la ejecuten, y siendo, por lo general, particularmente difícil probar la inducción. En tal situación la omisión impropia podría configurarse como un instrumento subsidiario ideal para intervenir frente a este tipo de comportamientos. Es por ello que era (y sigue siendo) necesaria una regulación específica que permita superar algunas dificultades que plantea la actual teoría general de la omisión impropia y las exigencias específicas contenidas en el art. 11 CP.

Sin duda, el mejor exponente del escaso rigor con el que se ha abordado la reforma en esta materia lo encontramos precisamente en el nuevo art. 129 CP, y en particular en los preceptos de la parte especial del Código que con él se relacionan (que a éste se remiten). Como hemos visto, el art. 129, hasta la reforma, contenía las consecuencias accesorias aplicables, entre otras, a las empresas; a partir de ahí determinados tipos de la parte especial se remitían total o parcialmente a ellas; se trataba de algunos de los supuestos en los que el delito podía ejecutarse desde estructuras empresariales o asimilados. Ahora la reforma ha dotado al art. 129 de un significado completamente diferente, al ir referido a delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas *que carecen de personalidad jurídica*. Sin embargo, los preceptos de la parte especial siguen manteniendo sus remisiones al art. 129 como si nada hubiera pasado, convirtiendo por lo tanto dichas remisiones en un auténtico “sin sentido”.

Críticas similares merece la absoluta ausencia de reformas procesales, que, sin embargo, resultarían imprescindibles para la aplicación del nuevo modelo. Entre las principales dificultades destacamos las siguientes: a) en materia de competencia, por la duración de las penas corresponde su enjuiciamiento a las Audiencias provinciales, lo que debería evitarse, como también parece contraproducente que determinados delitos que atribuyen este tipo de responsabilidad (cohecho y tráfico de influencias) puedan ser juzgados por el Tribunal del Jurado, b) en materia de legitimación, debería excluirse la acción popular, ya que podría ser ejercitada de manera interesada por empresas de la competencia, c) deberían articularse mecanismos de sucesión procesal, fórmulas de responsabilidad solidaria, inscripción registral y otros en supuestos de transformación, fusión, absorción o escisión, d) en materia de comparecencia en el proceso de las personas jurídicas, deben resolverse las situaciones de conflicto de intereses entre los gestores de la sociedad y esta misma; en particular debe resolverse qué persona o personas físicas ejercerán el derecho de defensa en nombre de la persona jurídica, pudiendo plantearse numerosas situaciones de conflicto de intereses; tampoco se intuye con la normativa vigente cómo se puede interrogar a la persona jurídica, especialmente cuando también está imputado su representante, e) en el ámbito de las medidas cautelares más restrictivas de derechos (clausura temporal de locales o establecimientos, suspensión de actividades o administración judicial) no existe criterio procesal alguno respecto a su adopción, f) ausencia de regulación procesal de la intervención (administración) judicial, etc.⁽¹¹⁾.

III. DESCRIPCIÓN DEL MODELO: LA OPCIÓN DEL LEGISLADOR ESPAÑOL. EROSIÓN DE DETERMINADOS PRESUPUESTOS JURÍDICO-PENALES DE CARÁCTER GENERAL CONFORMADORES DE LA TEORÍA DEL DELITO

Una vez decidido proceder al reconocimiento de la RPPJs, el legislador español tenía dos posibilidades. La primera pasaría por imaginar —hasta caer en el absurdo— una persona jurídica con pies y manos, malvada por definición, sobre la cual pierden el control sus propios creadores y que, adquiriendo vida propia, actúa al margen de todos los operadores, incluidos sus propios titulares o gestores, de tal modo que estos últimos ya poco o nada tienen que ver con los delitos que ésta eventualmente pueda cometer. Será relativamente sencillo, a

⁽¹¹⁾ PEDRAZ PENALVA, E., PÉREZ GIL y J. CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “Aspectos procesales de la reforma del Código penal en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Consideraciones a propósito del proyecto de ley de modificación del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 19 y ss.

partir de esa ficción, atribuirle culpabilidad y el resto de elementos que determinan la responsabilidad penal y el consiguiente merecimiento de pena (*responsabilidad propia*). El legislador español ha tenido el suficiente pudor para evitar acudir a este modelo.

La segunda alternativa, más conservadora y que es la seguida por el legislador español, parte del reconocimiento de que la sociedad “no funciona por su cuenta”, pero sin embargo hay que hacerla responsable por lo que hicieron (normalmente por lo que no hicieron) otros. Se produce un traslado de responsabilidad; como los titulares del capital de la sociedad no controlaron a los administradores ni establecieron los medios idóneos para hacerlo, se considera a la sociedad penalmente responsable, lo que tendrá consecuencias económicas indirectas para los primeros.

En concreto, los dos primeros apartados del nuevo art. 31 bis definen el modelo de responsabilidad del siguiente modo: “1. *En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.* 2. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos*”.

Desde un **punto de vista dogmático** el conflicto es evidente. El modelo adoptado resulta incompatible con muchos de los principios y axiomas básicos de nuestro Derecho penal que, sin embargo, se pretende mantener vigentes. Únicamente cabe aquí recordar que los postulados clásicos que tradicionalmente han impedido el reconocimiento de este tipo de responsabilidad son la incapacidad de acción, de culpabilidad y de pena. La persona jurídica no tendría capacidad de acción, pues acción es la conducta humana dirigida por la voluntad. Al carecer de dicha capacidad ya no sería posible realizar un juicio de culpabilidad o reproche (no tendrían capacidad de saber ni querer [dolo], ni tampoco posibilidad de omitir la diligencia debida [culpa]; careciendo, por tanto, de *capacidad de culpabilidad*). A su vez, la falta de capacidad de acción y

de culpabilidad impide la comisión del delito, y como la pena es la consecuencia del delito, no es posible su imposición. Tanto para poder actuar —*capacidad de acción*— como para poder ser considerado culpable penalmente —*capacidad de culpabilidad*—, es precisa la libertad. Si no hay libertad (autonomía más voluntad) no es posible la acción, y, del mismo modo, si no hay libertad, tampoco es posible la culpabilidad (libertad para poder elegir y libertad para poder actuar). La culpabilidad, por lo tanto, se sustenta sobre la idea de *libertad humana como cualidad esencial al hombre*. Si un ente carece de libertad, sería absurdo reprocharle nada. En todo caso, como ya se apuntó, no creo que se trate del argumento esencial en esta discusión; lo esencial no es el conflicto en sí mismo, sino la restricción de garantía que de ello se deriva y que, a la vez, nos encontramos ante una fórmula que no se adapta y parece desconocer nuestro modelo societario

En todo caso el adoptado era seguramente el modelo menos complejo de convertir en derecho positivo, ya que al tratarse la atribución de la culpabilidad de otro y no configurar un modelo de responsabilidad propia y directa, teóricamente (sólo teóricamente) permitiría mantener la estructura dogmática de la clásica teoría del delito; sin embargo, en la práctica, se vulnerarían, al menos, los principios de culpabilidad, de responsabilidad personal y personalidad de las penas, al desvincularse completamente de la acción antijurídica y culpable del propio sujeto, e incluso el de *non bis in idem*, al determinar penas para dos sujetos por la misma acción antijurídica y decisión culpable. Con relación a esta última cuestión, creo que merece la pena llamar la atención sobre el último inciso, de apartado 2 del art. 31 bis, según el cual “cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos”. La afirmación del legislador relativa a que la suma resultante (de las penas de multa impuestas a la persona física y jurídica) no debe ser desproporcionada determina, en mi opinión, una prueba clara del complejo subyacente de *bis in idem*. Si los reproches fueran realmente distintos e independientes, como plantea el modelo (reproche fundamentalmente a los accionistas⁽¹²⁾ —que se traslada a la sociedad— por no controlar a los gestores y reproche a los gestores por cometer el delito), no sería necesario “modular” la pena de multa como, sin embargo, se hace. Quizá el legislador se haya dado cuenta de que en la actual realidad societaria pueden distinguirse al menos tres hipótesis distintas. Una primera, la más frecuente en las grandes empresas, en la que determinados sujetos con un

(12) El art. 66 bis, apartado c), deja abierta la posibilidad de que se extienda a otros sujetos distintos de los accionistas: “El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control”.

porcentaje escaso del capital controlan, sin embargo, la sociedad y su gestión, debido a diversas razones, como por ejemplo la dispersión del capital entre miles (o a veces millones) de accionistas. En una segunda hipótesis, se trata por contra de un administrador ajeno (externo o no propietario del capital). En la tercera de ellas, es donde se plantean principalmente los problemas enunciados, ya que el gestor o administrador de la sociedad es a la vez propietario de ésta (de todo o gran parte del capital). Los mismos hechos dan lugar a una doble responsabilidad: el administrador responde (penalmente) personalmente y responde como titular de la sociedad penalmente condenada por su (misma) conducta delictiva. Si el fundamento de nuestro modelo de RPPJs es la falta de control que ha posibilitado el delito, lo que se le reprocha es no haberse controlado a sí mismo. A ello hay que añadir que, evidentemente, un problema de *bis in idem* no se puede resolver modulando la pena de multa.

Es en definitiva un paso atrás, en cuanto supone la restricción de garantías penales⁽¹³⁾, y simultáneamente un atajo indebido, pues, en el fondo, la implantación de un modelo como el propuesto —al margen de su inidoneidad— habría requerido la reforma de diversos preceptos que conforman nuestro modelo de responsabilidad penal; no resulta compatible con el modelo en que se integra a partir del mismo art. 5 del Código.

IV. CRÍTICA AL MODELO: RESPONSABILIDAD CUASI OBJETIVA Y POR HECHOS “DE OTRO”

El nuevo modelo posee un claro contenido preventivo general, si bien se trata de prevención “a cualquier precio”, pues la amenaza prevalece por encima de cualquier otra consideración; se trata de una intimidación dirigida a aumentar el grado de diligencia de quienes nombran a los gestores sociales, mediante la amenaza de una eventual sanción penal a la sociedad, sabiendo que podrían ser ellos (como titulares del capital social) quienes deberían, en última instan-

(13) Como afirma el Informe del CGPJ, “Se produce en este punto una extensión de los criterios de imputación subjetiva del Derecho Administrativo sancionador al Derecho Penal, invirtiendo la tendencia que lleva paulatinamente a integrar en el derecho sancionador las garantías y los principios rectores del derecho penal. La admisión de la responsabilidad directa de personas jurídicas en el Derecho Administrativo sancionador, que parte, según la STC 246/1991, de 19 de diciembre, de una aplicación del principio subjetivo de culpa de forma distinta a como se hace respecto a la personas físicas, erigiendo una construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica que nace de la propia ficción jurídica a la que responden estos sujetos, no implica la extensión de ese artificio a un Código Penal construido sobre la realidad de la persona física”.

cia, afrontar las consecuencias económicas derivadas del delito y de la imposición de la pena. Las dos grandes críticas que pueden hacerse al modelo son: **a)** se trata de una responsabilidad **ajena** y **b)** se trata de una forma de responsabilidad —como mínimo— **cuasi objetiva**.

a) En primer lugar, la fórmula adoptada tiene como principal característica la elección de una fórmula de responsabilidad de los entes sociales basada en la *teoría de la representación* (responsabilidad de la persona jurídica, que se sustenta en hechos de las personas físicas que de algún modo la representan); se trata en consecuencia de una responsabilidad “formalmente” “propia” de la persona jurídica, pero basada en realidad en los delitos cometidos por cuenta o en provecho de éstas por las *personas físicas* en determinados supuestos: personas físicas que las gobiernen y por quienes, estando sometidos a la autoridad de esas personas físicas, realicen los hechos, por no haberse ejercido sobre ellos el debido control. En definitiva, cuando se afirma que es un modelo de responsabilidad “propia”, lo es sólo “porque así se le atribuye” formalmente, ya que no se basa en la “propia” conducta, sino en una conducta de otros ⁽¹⁴⁾; en concreto un modelo de reproche y consiguiente responsabilidad a ésta por defectos en su organización, defectos que posibilitarían la comisión de delitos. Por otro lado, todo ello parte, además, de una premisa al menos parcialmente falsa: que los delitos se comenten por la falta de control de los titulares de la sociedad. Se reformula e incorpora al modelo un concepto propio del derecho penal de la seguridad. El legislador penal trata de plasmar una visión idealizada de la sociedad como ente perfecto e ideal, cuyo funcionamiento se basa en equilibrios inestables sustentados sobre sistemas de control que hacen que todo funcione de forma adecuada.

En definitiva, a la persona jurídica se le traslada el reproche efectuado sobre sus titulares, al no haberla organizado del modo en que el legislador penal considera “adecuado”. No es, por tanto, un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas; es un modelo de atribución o traslación de la responsabilidad penal de las personas físicas a las jurídicas (responsabilidad por el hecho de otro). En los supuestos como el ahora analizado, basados en la teoría de la representación, al ente jurídico se le imputa la culpabilidad de las personas físicas que la representan y gestionan; es culpabilidad por el hecho de otro; se

(14) En desacuerdo en tal sentido con DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”, loc. cit., p. 18, para quien “a la persona jurídica sólo es posible imputarle responsabilidad penal cuando el delito haya sido debido a un fallo organizativo de esta, una omisión de cuidado debido en la evitación de delitos en su seno. Dicho fallo organizativo sería la conducta propia de la persona jurídica y el objeto del reproche penal”. Entiende el autor que es ésta la única interpretación constitucionalmente admisible.

trata por tanto de una responsabilidad penal indirecta, frente al otro modelo posible de la responsabilidad propia de la persona jurídica. La sociedad no realiza actos jurídicos por mucho que quede vinculada por las actuaciones de sus gestores. Todo ello, sin olvidar que el representante no puede ser concebido como parte de una persona jurídica, ya que si así fuera quedaría excluida su propia culpabilidad, pues *las partes de un todo no delinquen*, sin olvidar que la culpabilidad no se puede transferir o representar⁽¹⁵⁾.

El modelo adoptado (basado en la teoría de la representación) es objeto de severas críticas, incluso por buena parte de quienes defienden la necesidad de instaurar una fórmula de RPPJs. Se le imputa a la persona jurídica una acción de otro y se le reprocha a un comportamiento activo u omisivo de uno, varios o todos sus representantes; tanto el posible defecto de organización como las concretas acciones u omisiones de la persona jurídica son, en realidad, realizaciones de las personas físicas que la dirigen o gestionan, o de aquellos que tienen la teórica capacidad de control de ésta (accionistas de control). La atribución de acción personal y de culpabilidad se basa, por tanto, en una ficción; por mucho que la Exposición de Motivos se refiera a “actos propios”, termina por reconocer que se le imputan los del representante.

b) Además de ajena, es un modelo de responsabilidad objetiva o cuasi objetiva⁽¹⁶⁾. Entre los múltiples inconvenientes que plantea este modelo desta-

(15) FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente: presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del Derecho Penal contra las empresas*, Civitas Ediciones, 2002, p. 58.

(16) Informe del Consejo General del Poder Judicial: “Evidentemente, un Derecho Penal que dé cabida a la responsabilidad objetiva y colectiva, con preterición de los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas, que constituyen fundamento y límite de las penas, supone una modificación de tal envergadura del Derecho Penal español actual, pensado para conductas, situaciones o estados eminentemente humanos y fundado en categorías dogmáticas consolidadas acerca de la acción y la culpabilidad incompatibles con la persona jurídica, y con una determinada concepción de las funciones y esencia de la pena, que merecería, en primer lugar, una profunda reflexión sobre el modo de insertarlo correctamente dentro del conjunto del sistema jurídico (constitucional, civil, mercantil, sancionador —penal y administrativo— y procesal), para, en segundo lugar, articularlo de forma independiente con todas las particularidades derivadas de esta nueva clase de responsabilidad, pues la extensión de la Parte General del Código Penal a las personas jurídicas o no será posible, o precisará la introducción de importantes especialidades. Por otra parte, de mayor importancia es que estas particularidades, en principio pensadas para personas jurídicas, se insertan en un Código Penal con pretensión de armonía sistemática y de conceptos, basado históricamente en la responsabilidad penal

can dos por encima de los demás. El primero ya lo hemos comentado; la “sociedad responde por hechos ajenos”, atribuyéndole, a efectos de reproche, “algo que hicieron otros” y que, al carecer de vida propia, ésta ni siquiera podría llegar a ejecutar. Siendo grave, esto no es lo peor; lo peor (en segundo lugar) es lo que realmente se oculta. ¿Qué han hecho esos “otros” para generar un grado de reproche penal (que se traslada a la sociedad)? La impresión es que no ha debido ser algo especialmente grave, cuando se opta por “trasladar” la responsabilidad a algo (la sociedad) que “ni siente ni padece” y, en efecto, así es. Se les reprocha penalmente (aunque no se les responsabiliza por ello) algo que apenas el Derecho civil considera digno de reproche en su ámbito; se trata en concreto de responsabilidad por las denominadas *culpa in vigilando* y *culpa in eligendo* (fórmulas de responsabilidad objetiva) e incluso en base a la más moderna teoría del riesgo, interés o beneficio (*qui sentire commodum, debet sentire incommodum*), conceptos a los que más adelante nos referiremos.

A la empresa se le hace responsable “porque alguien no ha controlado (a los administradores), debiendo hacerlo” (y eso —supuestamente— ha favorecido o posibilitado la comisión del delito), sin que se plasme de un modo mínimamente preciso, el concreto incumplimiento que da lugar al reproche penal. Además de inseguridad jurídica parece plasmar la idea de que el delito es consecuencia de la falta de control, sin especiales ni ulteriores consideraciones.

Así, el **primero de los dos supuestos** del art. 31 bis determina la responsabilidad de la persona jurídica por los delitos cometidos por los administradores (*las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho*). Éste (a diferencia del segundo supuesto) no hace referencia siquiera a la necesidad de ausencia de control para imputar el delito, por lo que una de las alternativas interpretativas pasaría por entender que no es preciso realizar ninguna valoración, ningún tipo de reproche. La mera comisión del delito por parte del administrador determinaría automáticamente la responsabilidad (también) de la persona jurídica sin ulterio-

individual (principio *societas delinquere non potest*), lo que puede dar lugar a confusión en cuanto a su alcance, dando pie a interpretaciones que acaben deformando y desnaturalizando los principios e instituciones jurídico-penales que son de aplicación al derecho penal de personas físicas”. (...). “El Consejo considera conveniente que (...) se plasme, de considerarse preciso, en una ley especial independiente del Código Penal, como sucede en Alemania e Italia, que recoja lo que se ha dado en llamar ‘Derecho Penal accesorio de personas jurídicas’ —como sucede, *mutatis mutandis*, con el Derecho Penal de menores—, sin que sea necesario revisar a fondo las categorías dogmáticas de acción y culpabilidad ni reformular la teoría de la pena; bastaría con que la relación de la persona jurídica con el hecho delictivo legitime la pena en virtud de categorías particulares aplicables a la persona jurídica”.

res consideraciones, ya que ello se debería (automáticamente) a una falta de control.

En todo caso, a fin de tratar de salvar la constitucionalidad parcial del supuesto, parece que habrá que entender que debe requerirse también el control, que sólo aparece expresamente referido en el segundo (“han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control”). Pero ¿a quienes se les reclama el ejercicio del referido control? Parece que los obligados serían los titulares del capital social, en definitiva los propietarios de la sociedad, que no son otros que los socios o accionistas. En la práctica, entiendo que deberá extenderse únicamente a los accionistas que hacen cierto seguimiento de la gestión (accionistas de control), pero no a los accionistas inversores, que ni quieren ni pueden (aunque quisieran) establecer ningún tipo de control⁽¹⁷⁾.

Más problemático resulta aún saber cuáles son las obligaciones de control que los socios/accionistas deben ejercitar, cuestión de extraordinaria relevancia, ya que su ausencia, unida a la comisión del delito, dará lugar a la RPPJ. Debería, por lo tanto, tratarse de unas obligaciones claras, nítidamente perfiladas y predeterminadas. Pues bien, nada más lejos de la realidad. No existen obligaciones específicas, sino indeterminados y genéricos mandatos. El reciente Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que fusiona en una única ley del régimen jurídico de las sociedades anónimas y de las sociedades de responsabilidad limitada, apenas establece obligaciones específicas en este ámbito⁽¹⁸⁾. El ejerci-

(17) En España existe una enorme concentración de la propiedad de las sociedades de mayor tamaño. En el 30 por 100 de las sociedades del Ibex 35, una sola persona tiene tal paquete de acciones que puede ejercer el control por sí sola. Y los accionistas significativos (los que tienen más del 5 por 100 cada uno) ostentan el 51 por 100 del capital cotizado (o, dicho de otra manera, el *free float* es de solo el 48 por 100). Informe Juan Fernández-Armesto. <<http://www.jfarmesto.com/documentos/De%20Olivencia%20a%20Conthe%20I.pdf>. [consulta 22 de septiembre de 2009]>

(18) Así, el art. 160 establece que es competencia de las Juntas de accionistas de gestión social el nombramiento y separación de los administradores, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra ellos. Del mismo modo, el art. 161 determina que la junta general de la sociedad de responsabilidad limitada podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión. El artículo 168 regula la solicitud de convocatoria por la minoría (los administradores deberán convocar la junta general cuando lo soliciten uno o varios socios que representen, al menos, el 5 por 100 del capital social, expresando en la solicitud los asuntos a tratar. En este caso la junta general deberá ser convocada para su celebración dentro del mes siguiente a la fecha en que se hubiere requerido notarialmente a los administradores para convocarla, debiendo incluirse necesariamente en el orden del día los asuntos que hubiesen sido objeto de solicitud). Además, destacamos los siguientes artículos: “Artículo 169. Convocatoria judi-

cio ordinario de control requiere la convocatoria de la Junta de accionistas, lo que determina que estemos ante un procedimiento escasamente ágil y dinámico a efectos de la evitación de delitos. Ello va a determinar que a tales socios o accionistas se les pueda reprochar (para después proceder a convertir dicho reproche en responsabilidad de la sociedad) la ausencia de un control que está escasamente definido y que, en la práctica, no va a resultar demasiado operativo⁽¹⁹⁾, fomentando con ello —como venimos apuntando— formas de responsabilidad meramente objetiva.

cial. 1. Si la junta general ordinaria o las juntas generales previstas en los estatutos, no fueran convocadas dentro del correspondiente plazo legal o estatutariamente establecido, podrá serlo, a solicitud de cualquier socio, por el juez de lo mercantil del domicilio social, y previa audiencia de los administradores. 2. Si los administradores no atienden oportunamente la solicitud de convocatoria de la junta general efectuada por la minoría, podrá realizarse la convocatoria por el juez de lo mercantil del domicilio social, previa audiencia de los administradores”. “Artículo 172. Complemento de convocatoria. 1. En la sociedad anónima, los accionistas que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, podrán solicitar que se publique un complemento a la convocatoria de una junta general de accionistas incluyendo uno o más puntos en el orden del día. El ejercicio de este derecho deberá hacerse mediante notificación fehaciente que habrá de recibirse en el domicilio social dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria. La impugnación de acuerdos”. “Artículo 204. Acuerdos impugnables. 1. Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. 2. Serán nulos los acuerdos contrarios a la ley. Los demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables. 3. No será procedente la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro”. “Artículo 223. Cese de los administradores. 1. Los administradores podrán ser separados de su cargo en cualquier momento por la junta general aun cuando la separación no conste en el orden del día. 2. En la sociedad limitada los estatutos podrán exigir para el acuerdo de separación una mayoría reforzada que no podrá ser superior a los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social”. “Artículo 224. Supuestos especiales de cese de administradores de la sociedad anónima. 1. Los administradores que estuviesen incurso en cualquiera de las prohibiciones legales deberán ser inmediatamente destituidos, a solicitud de cualquier accionista, sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan incurrir por su conducta desleal. 2. Los administradores y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad cesarán en su cargo a solicitud de cualquier socio por acuerdo de la junta general”.

(19) Los Códigos de Buen Gobierno para sociedades cotizadas (Olivencia, Aldama y actualmente Conthe) hasta la fecha no han dado el resultado deseado. Más bien han permitido ofrecer a determinadas sociedades una imagen positiva, mediante la afirmación de su cumplimiento, que no se correspondía con la realidad. El nuevo Código de Buen Gobierno (Conthe) no es más que una puesta al día del Código Olivencia, incorporando algunas recomendaciones de diversos informes españoles y europeos. Mantiene la misma naturaleza de recomendación o “norma blanda”.

En definitiva, la primera posibilidad interpretativa pasaría por entender que la falta de control (del “debido control”) ha dado, posibilitado o favorecido la comisión de un delito; se trataría de una afirmación *iuris et de iure*, respecto a la que no cabrían ulteriores consideraciones (carácter netamente objetivo de la responsabilidad). La segunda alternativa, más razonable, pasaría por entender que procede examinar con detalle si se ha producido una falta de control y si es dicha ausencia lo que ha propiciado o favorecido el delito. Esta segunda posibilidad, indudablemente reprobable en menor medida, plantea sin embargo el problema de la absoluta indeterminación del control debido, lo que, además de inseguridad jurídica, puede terminar revirtiendo también en formas del responsabilidad objetiva.

El **segundo supuesto** (*han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso*), pese a que sí alude expresamente a la falta de control que habría favorecido la comisión del delito, resulta mucho más discutible desde otros puntos de vista. Si bien la redacción no resulta del todo clara, parece que, a diferencia del primer supuesto, lo que aquí se plantea no es una cuestión de control **a** los administradores, sino de control **de** los administradores (sobre sus subordinados), en el marco de sus deberes de diligente administración (artículos 225 y ss. de la Ley de Sociedades de Capital), proyectados **sobre** los dependientes o empleados de la sociedad. Dicho de otro modo, como los administradores no han controlado debidamente a sus subordinados la sociedad será penalmente responsable por no haber designado unos administradores capaces de realizar eficientemente dicho control. De ese modo, se traslada a la sociedad el reproche efectuado sobre los accionistas por no haber elegido (o controlado) un administrador con suficiente capacidad de control sobre sus subordinados ⁽²⁰⁾.

(20) Enmienda número 145 de Convergència i Unió en el Congreso al Proyecto de reforma: “La exigencia de responsabilidad social de las personas jurídicas debe limitarse, con carácter general, a las conductas antijurídicas desplegadas en el ámbito de sus actividades sociales. Así parece desprenderse de lo dispuesto en el segundo párrafo del apartado 1 del mismo artículo, pero que no aparece expresamente recogido en el primer párrafo. En organizaciones de cierto tamaño y complejidad, con muchos empleados y una amplia red de oficinas y sucursales, hay un gran número de personas que tienen poderes limitados, por lo que entrarían en la cláusula ‘empleados con facultades de obligar’. Sin embargo, es evidente que dichas personas en modo alguno son asimilables a los administradores o representantes legales, que es en lo que está pensando la norma. Para las actuaciones de ese tipo de empleados con facultades limitadas es preferible aplicar el párrafo segundo del artículo 31 bis, en el que no basta con la mera comisión de un delito por el empleado para hacer responsable a la persona jurídica, sino que se requiere además una imputación por *culpa in vigilando* de la propia dirección de la empresa. La supresión del último inciso que se propone no provoca ninguna laguna, ya que los empleados con amplios poderes siempre van a poder ser considerados representantes legales o administradores de hecho”.

Se trata, en definitiva, de una derivación de responsabilidad penal desde un tipo de responsabilidad civil cuasi objetiva basada en los criterios antes apuntados *culpa in eligendo* (en mucha menor medida *in vigilando*), y en la teoría del riesgo, interés o beneficio (*qui sentire commodum, debet sentire incomodum*). Según la primera, se hace responsable al sujeto por la incorrecta elección de la persona encargada. Es una responsabilidad por la infracción de un deber (civil). En el caso de la *culpa in vigilando*, ésta se concreta en la exigencia de control, con el objeto de poder mantener un conocimiento continuado de la labor que el órgano está llevando a cabo, relativa a las funciones que a éste le han sido encomendadas. Según la tercera (teoría civil del riesgo, interés o beneficio), el provecho que se obtiene de una actividad que puede generar daños a terceros obliga a afrontar también las consecuencias de tales perjuicios. Esta teoría de la creación del riesgo tiene un carácter objetivo aún más marcado que las anteriores pues, según ésta, *ab initio* se asumen los perjuicios (las consecuencias) derivados de la materialización de los riesgos que generan las actividades realizadas por el gestor o empleado con ocasión del servicio o función que se le encomienda. Constituyen un modelo de responsabilidad cuasi objetiva o responsabilidad vicaria por el riesgo creado; todo lo expuesto, según su formulación civil que ahora el legislador parece trasladar al ámbito penal, con las gravísimas consecuencias que ello conlleva.

Por otra parte, se suscitan dudas sobre la naturaleza subjetiva del incumplimiento de las obligaciones de control que posibilitan el delito. No se establece ningún límite, por lo que parece que cabe tanto el incumplimiento doloso, en sus diferentes modalidades, como también el mero incumplimiento imprudente de los deberes de control, pudiendo establecerse como único límite la exigencia de que ésta sea grave, siguiendo el criterio del Código de limitar los delitos imprudentes a esta modalidad (ya que remite como máximo a las faltas en los supuestos en que la imprudencia es leve)⁽²¹⁾. De este modo, la falta de control imprudente de los primeros (socios) da lugar (o supuestamente favorece) a la comisión de un delito doloso por parte del empleado dependiente orgánicamente del administrador, lo que sorprendentemente deriva en una condena dolosa de la sociedad. Reiteramos la imperiosa necesidad de predeterminedar legalmente cuáles son esos modelos de organización en materia de control que hay que adoptar (qué mecanismos de control son idóneos y eficaces en cada caso concreto), generando en caso contrario intolerables dosis de inseguridad jurídica.

A todo lo anterior, debe añadirse que en determinados casos podríamos estar ante un supuesto de responsabilidad omisiva de los administradores, por la no evitación del comportamiento delictivo de sus dependientes directos, mode-

(21) DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”, p. 21.

lo que no queda claro que pueda ser compatible con la fórmula de RPPJs, pues en caso positivo daría lugar a una triple responsabilidad penal por el mismo comportamiento delictivo.

Obsérvese cómo el modelo de RPPJs adoptado parece trasladar no sólo el fundamento, sino también buena parte de los requisitos o criterios de aplicación de la responsabilidad civil subsidiaria de la persona jurídica derivada del delito, que en nuestra regulación se contiene en el art. 120.4 CP, referido a la citada responsabilidad civil subsidiaria de la persona jurídica por las actuaciones de sus administradores y empleados.

La primera exigencia contenida en el art. 120.4 es la existencia de una relación de dependencia entre la empresa y el autor del hecho delictivo. En concreto, la “relación de dependencia” se interpreta no sólo como vínculo o relación jurídico-laboral formal, sino también como relación “de hecho”, en virtud de la cual es suficiente que el autor de la conducta delictiva realice su actividad bajo el beneplácito o aquiescencia de los responsables. Basta, en definitiva, que se trate de personas “en cierto modo dependientes” de la empresa o sociedad y que actúen en el ámbito de tal actividad (teoría de la apariencia). En segundo lugar, el mecanismo que da lugar a la responsabilidad civil subsidiaria exige la extralimitación del sujeto en el ámbito o sector de competencias que tiene atribuidas (nexo de ocasionalidad). En tercer y último lugar, se requiere que el delito que genera la responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de actuación; esto es, que se haya realizado en el marco de la relación que el sujeto ostenta con la persona jurídica. Así, cabe proceder a la exclusión de la responsabilidad (civil subsidiaria) en los casos de desconexión total del acto delictivo realizado, respecto a la relación de dependencia de la empresa (STS de 1 de julio de 1994 [RJ 1428\1994]), cuando por ejemplo la actividad delictiva ha sido llevada a cabo fuera del lugar de trabajo y fuera del horario laboral y por causas o fines personales ajenos a la actividad de la empresa, y en el caso de los administradores fuera de las competencias que como gestores tienen atribuidas fáctica o jurídicamente.

En resumen, como resultaría completamente intolerable atribuir a sujetos individuales una responsabilidad penal absolutamente objetiva, reprobada en amplios sectores del Derecho civil, se diluye el efecto trasladándosela a la persona jurídica, ámbito en el que se digiere mejor. En consecuencia, ya no sólo tenemos el reproche por hechos ajenos, sino que además se trata de un reproche de carácter objetivo, sin especiales consideraciones sobre la actitud concreta del sujeto en cuestión.

V. DOBLE VÍA DE IMPUTACIÓN: ADMINISTRADORES Y EMPLEADOS SOMETIDOS AL CONTROL DE LOS ADMINISTRADORES

El art. 31 bis establece una doble vía de imputación (dos categorías personales) para determinar la RPPJ: a) Delito cometido por el administrador o representante de la sociedad (delito cometido en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación) b) Delito cometido por un empleado sometido al control del administrador (infracciones por ausencia de control sobre los empleados de la persona jurídica).

a) El primer supuesto se refiere al **administrador o representante** (“sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho”). La representación es —junto a la gestión— una de las dos funciones que componen la administración de la sociedad. i) Gestión de los asuntos sociales (actuación interna) que comprende todas las obligaciones orientadas al cumplimiento del objeto social. ii) Representación de la sociedad (actuación externa): El administrador representa a la sociedad tanto en juicio como fuera de él. Esta representación se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Como consecuencia de la eficacia externa de la actuación del administrador, la sociedad quedará obligada frente a terceros de buena fe y sin culpa grave, incluso cuando se desprenda de los estatutos sociales inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está incluido en el objeto social. La referencia expresa a la representación, contenida en el primer inciso del precepto, tiene por objeto evitar cualquier laguna de punibilidad en aquellos supuestos puntuales en los que se ejerzan determinadas tareas de representación sin que técnicamente (legalmente) se pueda hablar de una administración (por ejemplo, los liquidadores de la sociedad); debe en todo caso advertirse que probablemente esos supuestos podrían también subsumirse en el concepto de “administrador de hecho”⁽²²⁾.

Los **administradores de hecho** son quienes realizan actos de administración (gestión o representación de la sociedad cualificada) “sin ser administradores”; se trata de un concepto especial [utilizado también en el ámbito de los delitos societarios (artículos 290 a 297 CP) y en el art. 31.1 CP] frente a un eventual concepto mercantil, que lo definiría como aquel sujeto que ejercita “de hecho” los poderes inherentes al puesto de administrador, sin estar regularmente (legítimamente) investido para ello —porque nunca ha sido nombrado administrador, porque su mandato ha sido revocado, porque ha dimitido, etc.— El recurso al concepto especial indicado permite hacer frente, desde el punto de

⁽²²⁾ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”, p. 17, estima que el término representante debe interpretarse de modo estricto.

vista penal, a situaciones en las que el sujeto que lleva a cabo la conducta típica no reúne la condición de administrador (de derecho), pero tampoco es un órgano que actúa de forma irregular (se trata, por ejemplo, de cargos directivos como gerentes y demás apoderados de la sociedad). Como hemos dicho, según tal concepto, el administrador de hecho desempeña las funciones de administración sin título legítimo (irregularmente), circunstancia que de ninguna manera se da en los sujetos citados, quienes llevan a cabo las funciones de gestión y representación en virtud de un título legítimo, constituido por el acuerdo de apoderamiento⁽²³⁾. En aquellos supuestos en que **el administrador** (de derecho) **es otra sociedad** (administrador persona jurídica) las exigencias legales habrá que entenderlas referidas a la persona física representante (artículo 143 Reglamento del Registro Mercantil).

b) El segundo supuesto se refiere a **determinados trabajadores de la sociedad** (“quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior — representantes legales y administradores de hecho o de derecho—, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso”). En base a la estructuración jerárquica piramidal propia de las sociedades a partir de determinado tamaño, estimo que habrá que entender que el legislador se refiere únicamente a los empleados sometidos a la *autoridad directa* de los administradores, y no a los restantes empleados no sometidos a esa directa relación⁽²⁴⁾. Tal decisión es, en todo caso, un claro exponente del efecto extraordinariamente expansivo de la regulación, que extiende hasta un tercer nivel (accionistas de control-administradores-empleados) la fuente generadora de responsabilidad para la propia entidad. Los titulares del capital ya no sólo deben controlar a los administradores, gestores sociales en sus labores de gestión, sino también asegurarse de que (específicamente en el momento de su elección) éstos, a su vez, ejercerán de modo adecuado sus labores de control sobre los subordinados.

(23) *Ibidem*, p. 17, aboga por un concepto restrictivo, excluyendo del concepto a personas subordinadas al administrador de derecho, como los jefes de obra, encargados del servicio directores de zona, al no ser personas susceptibles de control directo por los órganos de gobierno de la sociedad.

(24) En sentido similar, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”, p. 19: Sujetos sometidos a la autoridad de los administradores y representantes (todo el sujeto que opere bajo el ámbito de dirección de los administradores, incluidos los que sin estar vinculados formalmente a ella por contrato laboral o mercantil sí desarrollan para la misma sus actividades sociales integrados en su ámbito de dominio social).

Las dudas respecto a la adecuación del modelo se intensifican cuando comprobamos que el único supuesto (de entre todos los ahora reprimidos penalmente) que puede ser merecedor de cierto reproche penal podría dar lugar a responsabilidad penal por omisión impropia de los encargados de controlar a los administradores. De un modo sucinto, se trataría de la posibilidad de acudir a la injerencia como fuente que eventualmente determine el nacimiento de una posición de garante sobre quien ha creado una situación de peligro. Debe quedar claro que no nos referimos a la (inadmisible) determinación de responsabilidad por *culpa in eligendo* (responsabilidad objetiva por la errónea elección del subordinado), sino únicamente a la posible presencia de una posición de garante en virtud de una intervención previa que sólo con el resto de los elementos de la omisión impropia podría determinar una responsabilidad omisiva. Únicamente podría plantearse cuando la elección se haya producido existiendo suficientes datos conocidos relativos a la evidente inidoneidad del sujeto en cuestión (falta de capacidad, antecedentes en una mala gestión, previas sanciones penales o extrapenales, etc.) para llevar a cabo las funciones que se le encomiendan.

VI. OTROS REQUISITOS Y CARACTERÍSTICAS DEL MODELO

El art. 31 bis exige también que los *delitos sean cometidos en nombre o por cuenta de las sociedades*; estimo que “por su cuenta” pretende hacer referencia a aquellas actuaciones realizadas en nombre de éstas, y que por lo tanto las obligan⁽²⁵⁾, haciéndoles soportar sus consecuencias⁽²⁶⁾. En lo que respecta a la exigencia de que se actúe también “en su provecho” considero que habrá que entenderlo como referido a aquellas actividades realizadas en beneficio o utilidad de la sociedad. Se intuye que el objetivo central es evitar el castigo de las personas jurídicas cuando ellas sean las principales víctimas del comportamiento delictivo de sus gestores. Aun suponiendo que el objetivo del legislador con esas expresiones sea sólo intervenir frente a aquellas situaciones en las que el delito está realizado en favor de la propia entidad (actos delictivos tendentes a beneficiarla), no está claro que se haya tenido en cuenta que ese comportamiento del administrador no siempre tiene que obedecer a una confluencia de intereses; así, pensemos por ejemplo en la remuneración variable de los gestores en función del beneficio de la entidad. De este modo, la búsqueda de un beneficio (directo) para la sociedad (a través del delito) podría venir motivado por el

(25) RAE, 9.^a acepción. f. Cuidado, incumbencia, cargo, obligación, deber. Correr por cuenta de uno. Ser de su cuenta. Quedar por su cuenta.

(26) DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”, loc. cit., p. 18: “que el sujeto actúe en el marco de sus funciones empresariales”.

beneficio indirecto que de él se puede derivar para el gestor social, y no ser sin embargo parte de la “política de empresa”⁽²⁷⁾.

En lo relativo a la previsión de un modelo específico de circunstancias atenuantes, llama la atención, de modo especial, la prevista en el apartado d) del apartado 4 del art. 31 bis⁽²⁸⁾ (*haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica*). Nos encontramos nuevamente ante una previsión determinante de un amplio grado de inseguridad jurídica, al no estar mínimamente predeterminado cuáles son esas medidas que el juez penal deberá considerar “eficaces para prevenir o descubrir delitos”. A lo anterior debe añadirse que, por lo general, en la práctica la “eficacia” no dependerá del tipo de medidas que se adopten y sí de la forma concreta en que *en el futuro* se ejecuten.

Otra de las previsiones escasamente acertadas se encuentra contenida en el segundo apartado del art. 130 para los supuestos de disolución, fusión, absorción y escisión de la persona jurídica (*la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella. No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos*). De acuerdo con la Exposición de Motivos de la reforma, la previ-

(27) *Ibidem*, p. 18: muchos la consideran irrelevante y perturbador. El provecho debe ser entendido en un sentido directo, como modo de obtener un beneficio empresarial o indirecto como un ahorro de costos a sabiendas.

(28) Art. 31.4: “Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades. b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito. d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”.

sión tiene por objeto evitar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas pueda ser burlada por una disolución encubierta o aparente o por su transformación, fusión, absorción o escisión. Se presumen que existe la referida disolución aparente o encubierta cuando aquélla continúe con su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, trasladándose en aquellos casos la responsabilidad penal a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida, y extendiéndose a la entidad o entidades a que dé lugar la escisión. Sin embargo, esta previsión parece provocar una nueva vulneración del principio de personalidad de la pena, al trasladar la responsabilidad penal a otro ente distinto (el resultante), y además basta que posea una “identidad sustancial” y por lo tanto no necesariamente absoluta. Dicho principio constituye una exigencia de un Estado democrático que respeta la dignidad humana⁽²⁹⁾; de acuerdo con él, como ha reiterado nuestro Tribunal Constitucional, la pena sólo puede afectar derechos del condenado, y en modo alguno podrá extender sus efectos propiamente penales a terceros (cfr. SSTC 2/1981 [RTC 1981\2] y 131/1987 [RTC 1987\131])⁽³⁰⁾.

El art. 31 bis contiene también, en su apartado 5, una cláusula de exclusión de la responsabilidad penal de determinadas personas jurídicas. Dispone, en concreto, que *las disposiciones relativas a la RPPJs no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.*

Por lo que respecta al fundamento de tal previsión, y en el caso de las enunciadas en primer lugar, se estima inadecuado detraer fondos de una serie de entidades que tienen por objeto el cumplimiento de fines públicos, ya que el incumplimiento de éstos podría ser la última consecuencia (*Estado, Administraciones Públicas territoriales e institucionales, Organismos Reguladores*). A

(29) MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, PPU, Barcelona, 1995, p. 181.

(30) En idéntico sentido, CARBONELL MATEU, J.C.-MORALES PRATS, F., y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Personas jurídicas: art. 31 bis CP”, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p. 44, estiman que no puede transmitirse la responsabilidad penal, al ser incompatible con el régimen de derechos fundamentales imponer una pena por un delito a alguien cuya responsabilidad en él no ha sido demostrada.

continuación se enumera otro grupo de entidades en las que estas finalidades orientadas al interés general aparecen algo más diluidas (entidades estatales mercantiles, *Agencias y Entidades Públicas Empresariales, otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, como las cámaras de comercio o los colegios profesionales*). Finalmente, un tercer grupo de entidades, las cuales, si bien no desarrollan intereses públicos en sentido estricto, canalizan el ejercicio de determinados derechos fundamentales (partidos políticos y sindicatos)⁽³¹⁾. Ahora bien, no parece del todo clara la justificación, ya que el carácter delictivo o criminógeno de una entidad de este tipo precisamente podría menoscabar el ejercicio de tales derechos.

VII. LAS PENAS Y CRITERIOS PARA SU IMPOSICIÓN

El art. 33, apartado 7, atribuye a todas las penas aplicables a las personas jurídicas la naturaleza de “penas graves”. El elenco de penas es el siguiente: a) **Multa por cuotas o proporcional**. b) **Disolución de la persona jurídica**. *La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita*. c) **Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años**. d) **Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años**. e) **Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito**. *Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años*. f) **Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años**. g) **Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años**⁽³²⁾.

(31) DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”, loc. cit. p. 21.

(32) CARBONELL MATEU, J.C., MORALES PRATS, F., y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Personas jurídicas: art. 31 bis CP”, loc. cit., p. 46 proponen la pena de “publicación de la sentencia condenatoria” ya que “es una pena de gran utilidad preventivo-general y escaso coste (su empleo es muy limitado —arts. 288 bis y 327— y en este último lo consideran responsabilidad civil).

Entre las penas imponibles a las personas jurídicas, se añade, respecto a las anteriores consecuencias accesorias del art. 129, la multa por cuotas y proporcional y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social. Entre ellas, la multa adquiere un papel absolutamente preponderante, teniendo el resto de penas un carácter excepcional. Con relación a la multa impuesta a las personas jurídicas, se prevé el posible fraccionamiento del pago cuando exista peligro para la supervivencia de aquéllas o la estabilidad de los puestos de trabajo, así como cuando lo aconseje el interés general.

Frente a lo que sucedió con el modelo de las consecuencias accesorias, el legislador opta por fin por ofrecer un concepto de “intervención”, una de las cuestiones entonces más demandadas⁽³³⁾. De este modo, se dispone que *la intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.*

Se establecen criterios específicos para ayudar al juzgador a elegir entre las diferentes penas. Curiosamente tales criterios coinciden en buena medida con los que en su momento se previeron para las consecuencias accesorias; así el nuevo art. 66 bis dispone que en los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta: a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos. b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores. c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control. En efecto, los criterios contenidos en los dos primeros

⁽³³⁾ Advierten CARBONELL MATEU, J.C., MORALES PRATS, F. y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Personas jurídicas: art. 31 bis CP, de que la intervención judicial desaparece con la nueva Ley 13/2009, de 3 de noviembre, y que por ello debería haberse adoptado el texto a esta nueva realidad.

apartados a) y b) coinciden con los presupuestos derivados de la interpretación del art. 129 CP en su anterior redacción. En concreto, disponía en su tercer apartado que las consecuencias accesorias estaban orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y sus efectos. Es éste un criterio basado en el uso peligroso que del ente hace el sujeto. Consiguientemente, el factor central que ahora también debe tener en cuenta el juez para proceder o no a su imposición es si la medida contribuye (o no) a evitar que continúen reproduciéndose las conductas lesivas para el bien jurídico (criterio de adecuación material). Lo relevante es, por tanto, la previsión de futuras acciones delictivas, y no tanto el hecho delictivo previo. Junto al criterio expuesto legalmente, podía deducirse otro que también debía modular y servir a la vez de límite al anterior. Se trataba, en concreto, de conjugar la obligación de impedir la continuidad de la actividad delictiva con la necesidad de evitar también, y en la medida de lo posible, perjuicios a los sujetos o colectivos que, sin haber participado en dicha actividad, pudieran verse directamente afectados por la aplicación de estas medidas, como sucede, por ejemplo, y de un modo especial, con los trabajadores y acreedores de la sociedad. A los primeros hace ahora expresa referencia el precepto.

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

Página

A

Abandono de menores:

- SAP Soria 6/2010, de 15 de enero 223

Abuso sexual:

- STS 368/2010, de 26 de abril 182

Apropiación indebida:

- SAP Barcelona 122/2010, de 25 de enero 236
— SAP Lérida 13/2010, de 25 de enero 238
— STS 258/2010, de 11 de marzo 129
— STS 481/2010, de 21 de mayo 210

Asesinato:

- STS 358/2010, de 4 de marzo 101
— STS 359/2010, de 22 de abril 171

Asistencia letrada:

- SAP Gerona 44/2010, de 22 de enero 235

Auto de apertura del juicio oral:

- SAP Madrid 110/2010, de 25 de febrero 264

Autoría y participación:

- STS 222/2010, de 4 de marzo 98

B**Blanqueo de capitales:**

- STS 309/2010, de 31 de marzo 150

C**Circunstancia atenuante:**• *Analogía:*

- STS 424/2010, de 27 de abril 186

• *Analogía. Dilaciones indebidas:*

- SAP Guadalajara 3//2010, de 21 de enero 231

Coautoría:

- STS 314/2010, de 7 de abril 157

Cohecho:

- STS 478/2010, de 17 de mayo 199

Comisión por omisión:

- STS 358/2010, de 4 de marzo 101
— STS 258/2010, de 11 de marzo 129

Conducción bajo los efectos del alcohol o drogas:

- SAP Palencia 17/2010, de 11 de febrero 249

Contrabando:

- SAP León 48/2010, de 25 de febrero 263

Corrupción de menores:

- SAP Barcelona 26/2010, de 8 de enero 219

D

Delitos conexos:

— STS 215/2010, de 8 de marzo	117
-------------------------------------	-----

Delitos contra la integridad moral:

— SAP Madrid 4/2010, de 29 de enero	242
---	-----

Delitos contra la propiedad intelectual:

— SAP Barcelona 154/2010, de 16 de febrero	256
--	-----

Delitos relativos a la protección de la flora y fauna:

— SAP Barcelona 68/2010, de 20 de enero	228
— SAP Guadalajara 3/2010, de 21 de enero	231
— SAP Tarragona 66/2010, de 11 de febrero	250

Derecho a la última palabra:

— SAP Barcelona 109/2010, de 4 de febrero	244
---	-----

Desobediencia:

— SAP Barcelona 161/2010, de 12 de febrero	253
--	-----

Dilaciones indebidas:

— SAP Guadalajara 3/2010, de 21 de enero	231
--	-----

Diligencias policiales:

— STS 383/2010, de 5 de mayo	189
------------------------------------	-----

E

Entrada y registro:

— STS 345/2010, de 20 de abril	164
— SAP Tarragona 76/2010, de 15 de enero	226

Error de prohibición:

— STS 319/2010, de 31 de marzo	152
--------------------------------------	-----

F**Falsedad documental:**

— STS 259/2010, de 18 de marzo	140
— STS 279/2010, de 22 de marzo	142

H**Homicidio imprudente:**

— SAP Madrid 160/2010, de 15 de febrero	254
---	-----

Hurto:

— SAP Logroño 39/2010, de 22 de febrero	258
---	-----

Hurto de uso de vehículo de motor:

— SAP Albacete 28/2010, de 22 de enero	232
--	-----

I**Incendio:**

— STS 396/2010, de 23 de abril	179
--------------------------------------	-----

Indefensión:

— STC 3/2010, de 17 de marzo	83
------------------------------------	----

Intervención de las comunicaciones:

— STS 247/2010, de 18 de marzo	136
— STS 266/2010, de 31 de marzo	146
— STS 328/2010, de 8 de abril	159
— STS 465/2010, de 13 de mayo	193

L

Lesiones:

— STS 171/2010, de 10 de marzo	119
--------------------------------------	-----

N

Nulidad de actuaciones:

— SAP Madrid 346/2010, de 26 de febrero	266
---	-----

O

Orden europea de detención y entrega:

— STS 188/2010, de 11 de marzo	126
--------------------------------------	-----

P

Penas:

- *Privación del derecho a conducir vehículos a motor:*

— AAP Barcelona 67/2010, de 15 de enero	222
---	-----

Penas privativas de libertad:

- *Sustitución:*

— AAP Murcia 8/2010, de 12 de enero	221
---	-----

Prescripción de la pena:

— AAP Madrid 1/2010, de 4 de enero	217
--	-----

Prevaricación:

- AAP Burgos 190/2010, de 25 de febrero 262

Principio “Non bis in idem”:

- STS 183/2010, de 3 de marzo 97

Prisión provisional:

• *Abono:*

- STS 227/2010, de 20 de mayo 205

Prostitución:

- STS 510/2010, de 21 de mayo 211

Prueba indiciaria:

- STS 216/2010, de 2 de marzo 94

Prueba testifical:

- SAP Madrid 13/2010, de 27 de enero 240
 — STS 193/2010, de 2 de marzo 92
 — STS 459/2010, de 14 de mayo 195

R

Recursos:

- AAP Burgos 84/2010, de 22 de enero 233

Refundición de condenas:

- STS 521/2010, de 26 de mayo 214

Resoluciones judiciales:

• *Notificación:*

- STC 3/2010, de 17 de marzo 83

Página

Responsabilidad civil derivada del delito:

— STS 374/2010, de 20 de abril	167
— STS 354/2010, de 23 de abril	178

Retroactividad de la Ley más favorable:

— STC 6/2010, de 14 de abril	86
------------------------------------	----

Robo:

• *Uso de armas:*

— SAP Girona 123/2010, de 23 de febrero	260
---	-----

S

Sobreseimiento libre:

— AAP Barcelona 84/2010, de 8 de febrero	248
--	-----

T

Tentativa:

— STS 327/2010, de 12 de abril	162
— STS 359/2010, de 22 de abril	171

Tráfico de drogas:

— SAP Barcelona 118/2010, de 4 de febrero	246
— STS 171/2010, de 10 de marzo	119
— STS 309/2010, de 31 de marzo	150
— STS 327/2010, de 12 de abril	162

Tribunal del Jurado:

— STS 215/2010, de 8 de marzo	117
-------------------------------------	-----

V

Violencia doméstica:

— SAP Madrid 346/2010, de 26 de febrero	266
— STS 358/2010, de 4 de marzo	101

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Sentencia 3/2010 de la Sección 1.ª del TC de 17 de marzo de 2010
(BOE 16 de abril de 2010) (Recurso de amparo 5475/2006)**

INDEFENSIÓN. NOTIFICACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES

Arts. 24 CE; 272 LOPJ y 154.2 LEC

Ponente: **Excma. Sra. D.ª María Emilia Casas Baamonde**

SÍNTESIS

Se considera inexistente la indefensión alegada por el recurrente con base en que no había llegado a su conocimiento una resolución notificada formalmente a través del Colegio de Procuradores, pero sin argumentar o acreditar las razones por las que la recepción no se produjo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Se denuncia en el presente recurso de amparo la vulneración del derecho a no padecer indefensión, reconocido en el art. 24.1 CE, en relación con la decisión adoptada por el Juzgado de Instrucción núm. 39 de Madrid que, en el trámite de ejecución de sentencia y al efecto de determinar la cuantía de la responsabilidad civil, declaró la firmeza de la pericial propuesta por el perjudicado tras haber dado traslado de la misma,

al amparo del art. 272 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), a través del servicio organizado a tal efecto por el Colegio de Procuradores, constando en las actuaciones el sello del Colegio como prueba de la recepción. Sostiene el recurrente que la Procuradora nunca recibió efectivamente la notificación, como prueba el hecho de que no conste su firma en la diligencia devuelta al Juzgado, lo que le privó de la posibilidad de impugnar la prueba pericial en cuestión, causándole indefensión. El Ministerio Fis-

cal interesa la estimación del recurso, al considerar que, en las circunstancias del presente caso, el órgano judicial no debió presumir que la notificación formalmente realizada a través del Colegio de Procuradores había llegado a conocimiento de la parte interesada y que al hacerlo vulneró las exigencias derivadas del art. 24.1 CE.

(...)

2. Este Tribunal ha declarado reiteradamente que los actos de notificación, como en general todos los actos de comunicación de los órganos judiciales con quienes son o deben ser parte en el proceso cumplen una función relevante en cuanto garantías del derecho de defensa, cuya plena efectividad se posibilita a través de la correcta notificación que, al dar noticia de la correspondiente resolución judicial, permite al afectado adoptar la conducta procesal que estime conveniente a la defensa de sus intereses, singularmente la interposición de los recursos procedentes. En consecuencia, a fin de posibilitar un juicio contradictorio y evitar la indefensión constitucionalmente proscrita por el art. 24.1 CE, los órganos judiciales han de observar un especial deber de diligencia en la realización de los actos de comunicación procesal, debiendo adoptar todas las cautelas y garantías que resulten razonablemente adecuadas para asegurar el conocimiento personal de la comunicación por el destinatario de la misma, garantizando de este modo que pueda comparecer en el proceso y defender sus posiciones (por todas, SSTC 9/1981, de 31 de marzo, FJ 6; 58/1998, de 16 de marzo, FJ 3; 145/2000, de 29 de mayo, FJ 2; 199/2002, de 28 de octubre, FJ 2).

No obstante, hemos considerado constitucionalmente válidas las formas de comunicación procesal realizadas con personas distintas de los destinatarios del acto o resolución judicial, pues así lo exige el aseguramiento del desarrollo normal del proceso y la necesidad de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de la contraparte, si

bien exigiendo en estos casos un especial rigor en la práctica del acto procesal de comunicación, al no quedar igualmente garantizado su conocimiento por el afectado, así como que el órgano judicial no se conforme con el mero cumplimiento formal de los requisitos exigidos por la ley procesal, sino que se asegure, en la medida de lo posible, de su efectividad real (por todas, SSTC 59/1998, 16 de marzo, FJ 3; 199/2002, de 28 de octubre, FJ 2).

Igualmente, este Tribunal ha afirmado que los órganos judiciales no pueden presumir, sin lesionar el derecho consagrado en el art. 24.1 CE, que las notificaciones realizadas a través de terceras personas (conserje de la finca, vecino, Procurador) hayan llegado al conocimiento de la parte interesada, cuando la misma cuestiona fundadamente la recepción del acto de comunicación procesal o la fecha en que le fue entregada la cédula por el tercero, supuesto en el cual, a la vista de las circunstancias del caso, de las alegaciones formuladas y de la prueba que pudiera eventualmente practicarse están obligados a emitir un pronunciamiento expreso sobre la posibilidad o no de que el tercero haya cumplido con su deber de hacer llegar en tiempo el acto de comunicación procesal a su destinatario (SSTC 275/1993, de 20 de septiembre, FJ 4; 59/1998, de 16 de marzo, FJ 3; 78/1999, de 26 de abril, FJ 2; 199/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 116/2004, de 12 de julio, FJ 5).

3. En aplicación de esa doctrina, y como sostiene el Ministerio Fiscal, en la STC 59/1998, de 16 de marzo, FJ 3, hemos afirmado que el órgano judicial que otorgó plena validez y eficacia a la notificación efectuada a través del servicio constituido al efecto por el Colegio de Procuradores, prescindiendo de cualquier enjuiciamiento de los motivos alegados por la parte sobre la no recepción de la resolución en cuestión, lesionó el art. 24.1 CE, a la vista de que en aquel caso concurría una circunstancia excepcional impeditiva, como era el falleci-

miento del Procurador el mismo día en que se practicó la notificación. (...)

Ahora bien, como destaca la STC 116/2004, de 12 de julio, FJ 5, el presupuesto para exigir a los órganos judiciales que emitan un pronunciamiento expreso sobre la alegada no recepción de una notificación efectuada a terceros es que la persona interesada efectúe tal cuestionamiento fundadamente. Por ello, en muchos otros supuestos de notificación a terceros cuestionada por el destinatario hemos sostenido que las meras alegaciones al respecto, carentes de razonamiento o base probatoria alguna no constituyen un cuestionamiento fundado de la efectividad real de la comunicación. (...)

4. En el presente caso, y como se expuso con más detalle en los antecedentes, el Juzgado de Instrucción dio traslado de la resolución cuya efectiva recepción se cuestiona a través del servicio de notificaciones del Colegio de Procuradores, constando en la diligencia de notificación el sello del Colegio como prueba de la recepción. Es cierto, como sostiene el recurrente, que en esa notificación no aparece la firma de la Procuradora y que del examen de las actuaciones se desprende, como también destaca el Ministerio Fiscal, que no existe constancia de la devolución al Juzgado del ejemplar que la Procuradora debió firmar, de acuerdo con lo previsto en el art. 154.2 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC).

Ahora bien, en relación con esta cuestión hemos de hacer una primera precisión. Como apunta el propio Ministerio Fiscal, a este Tribunal no le corresponde decidir si en el presente caso resultaba de aplicación el art. 272 LOPJ o el art. 154.2 LEC, ni cómo han de interpretarse y armonizarse tales preceptos, pues ésta es una operación de selección de la norma aplicable que, según hemos afirmado en numerosas ocasiones, corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria de acuerdo con el art. 117.3 CE, de suerte que el control por parte de este Tribunal sólo podrá producirse, en términos generales, si

se ha tratado de una decisión arbitraria, manifiestamente irrazonable o si ha sido fruto de un error patente (por todas, SSTC 82/2009, de 23 de marzo, FJ 6; 172/2009, de 9 de julio, FJ 3), lo que no se aprecia en el presente caso. En efecto, el órgano judicial estimó correctamente cumplido el acto de notificación de conformidad con la literalidad del precepto al que se acoge, el art. 272 LOPJ, en la redacción del mismo vigente al momento de los hechos y que establece, con carácter general y para todo tipo de procesos que en las notificaciones que se realicen en el servicio organizado al efecto por el Colegio de Procuradores, “la recepción de la notificación por este servicio producirá plenos efectos”. Lo cual no puede estimarse arbitrario, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente, puesto que existe constancia en las actuaciones de la recepción de la comunicación por el Salón de Procuradores del Colegio de Procuradores, acreditada mediante el sello del Colegio, y no se aprecia razón alguna para cuestionar con carácter general el sistema articulado a través de la citada previsión legal (STC 59/1998, de 16 de marzo, FJ 3; ATC 220/2009, de 16 de julio, FJ 2).

La única cuestión que nos compete resolver es si en el proceso se cuestionó fundadamente la efectividad de la notificación, lo que —de conformidad con la jurisprudencia anteriormente expuesta y por exigencias del art. 24.1 CE— hubiera determinado la necesidad de un pronunciamiento expreso del Juzgado acerca de si la notificación llegó efectivamente a conocimiento de la parte. Y la respuesta a esa cuestión ha de ser negativa, pues en el presente caso ni se ha acreditado la concurrencia de circunstancias excepcionales que excluyan la negligencia del Procurador, ni se aportado prueba alguna tendente a acreditar la existencia de irregularidades en el mecanismo a través del cual el Salón de Procuradores hace efectiva la entrega a los profesionales de las notificaciones recibidas. El recurrente se limita a afirmar que la Procuradora no llegó a recibir

la notificación, argumentando que no consta su firma, por lo que pudo haberse traspapelado. Pero ésta es una afirmación que carece de base probatoria alguna, pues nada se ha argumentado o intentado acreditar acerca de las razones por las que la recepción no se habría producido. Por otra parte, dado que lo que se dilucidaba era la cuantía de la responsabilidad civil derivada de delito en un

juicio de faltas, tampoco puede afirmarse la especial trascendencia de la resolución notificada para la parte.

En definitiva, hemos de concluir que el acto de comunicación procesal se realizó con la idoneidad suficiente para excluir la indefensión constitucionalmente relevante, por lo que no cabe apreciar la denunciada vulneración del art. 24.1 CE.

**Sentencia 6/2010 del TC de 14 de abril de 2010
(BOE 7 de mayo de 2010) (Cuestión de inconstitucionalidad 3147/2004)**

DESPENALIZACIÓN SOMETIDA A *VACATIO LEGIS*

Arts. 2 Código Penal y 9.3, 24.1 y 25.1 CE

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Pérez Tremps

SÍNTESIS

Se cuestiona el sometimiento a una larga vacatio legis de una norma despenalizadora (de la falta de conducción sin seguro), pero el Tribunal Constitucional, sin entrar al fondo del asunto, entiende que la cuestión de inconstitucionalidad ha perdido su objeto tras la entrada en vigor del precepto despenalizador. En el mismo sentido: las SSTC 10/2010, 11/2010, 12/2010, 13/2010, 14/2010, 15/2010, 16/2010, 17/2010, 18/2010 y 19/2010, todas de 27 de abril (y publicadas en el BOE de 27 de mayo).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona —actuando como Tribunal unipersonal, conforme al art. 82.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)— promueve cuestión de inconstitucionalidad sobre la disposición final quinta de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código penal, en la medida en que impide la inmediata entrada

en vigor del apartado 185 de su artículo único, por el que, modificándose el art. 636 del Código penal (CP), se destipifica la conducción de vehículos a motor y ciclomotores sin cobertura de seguro obligatorio de responsabilidad civil.

A juicio del Magistrado proponente, el establecimiento de una *vacatio legis* de más de diez meses para la entrada en vigor del precepto despenalizador de la indicada conducta infringe el principio de interdicción

de la arbitrariedad de los poderes públicos en relación con el de proporcionalidad (art. 9.3 CE), así como el principio de legalidad penal material (art. 25.1 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). En fórmula de síntesis, el órgano judicial considera que de los indicados preceptos constitucionales se deriva la imposición de que las normas penales más favorables entren inmediatamente en vigor.

Debemos precisar que aun cuando el Auto de planteamiento cuestiona en su integridad la disposición final quinta de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, sin embargo la duda de constitucionalidad está centrada exclusivamente en el primer inciso de la disposición ("La presente ley orgánica entrará en vigor el día 1 de octubre de 2004"), que es el único contenido normativo del precepto con incidencia en la resolución del proceso penal *a quo* y, en consecuencia, el único cuyo análisis de constitucionalidad cabría abordar en el presente proceso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 35.1 LOTC, al limitarse el resto de la disposición cuestionada a fijar diferentes momentos de entrada en vigor de otras disposiciones finales y apartados del artículo único de la Ley, ajenos al contenido de la presente cuestión de inconstitucionalidad. A lo anterior se añade que no ha de entenderse cuestionada la constitucionalidad del referido inciso en sí mismo y aisladamente considerado, sino sólo en la medida en que se proyecta sobre el apartado 185 de su artículo único, esto es, en la medida en que difiere la entrada en vigor de la nueva redacción del art. 636 CP.

Las anteriores consideraciones conducen a un pronunciamiento de inadmisión parcial de la cuestión de inconstitucionalidad, sin que exista ningún óbice para realizarlo en este momento procesal, dado que su previsión en el art. 37.1 LOTC no tiene carácter preclusivo, pudiéndose apreciar en un momento posterior la ausencia de los requisitos, tanto procesales como de fundamentación, requeridos para el válido planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad

(por todas, SSTC 179/2009, de 21 de julio, FJ 2; y 203/2009, de 27 de octubre, FJ 3).

2. Perfilado así el objeto del presente proceso, debemos valorar la incidencia que en el mismo deba tener la circunstancia de que, durante su tramitación, el precepto despenalizador de la conducta enjuiciada en el proceso penal del que dimana la cuestión de inconstitucionalidad —la conducción de un ciclomotor sin cobertura de seguro obligatorio de responsabilidad civil— haya entrado en vigor, una vez transcurrido el periodo de *vacatio legis* que fijó la repetida disposición final quinta de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

Tal hecho nos obliga a comprobar la subsistencia del objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad, al haber señalado reiteradamente este Tribunal que aunque la desaparición sobrevenida de objeto no esté contemplada en el art. 86.1 LOTC como una de las causas de terminación extraordinaria de los distintos procesos constitucionales, es posible, no obstante, que tal supuesto pueda suceder, provocando la conclusión del proceso constitucional sin que sea necesario un pronunciamiento sobre el reproche de inconstitucionalidad que se haya planteado (por todos, AATC 311/2007, de 19 de junio, FJ único; y 29/2009, de 27 de enero, FJ 1).

En este sentido, ha de partirse de que la estrecha vinculación que se genera entre toda cuestión de inconstitucionalidad y el proceso judicial de que dimana, da lugar a que determinadas incidencias que acaezcan en éste puedan afectar a la subsistencia del proceso constitucional. Así lo hemos apreciado en supuestos de extinción del proceso judicial *a quo* por desistimiento (AATC 107/1986, de 30 de enero, FJ único; 41/1998, de 18 de febrero, FJ único; y 191/2002, de 15 de octubre, FJ único), satisfacción extraprocesal de la pretensión (ATC 945/1985, de 19 de diciembre, entre otros), o cuando el órgano judicial, aun indebidamente, pone fin al proceso antes de resolverse la cuestión de inconstitucionalidad

(AATC 313/1996, de 29 de octubre; y 42/2004, de 10 de febrero) o, también, cuando el órgano judicial que planteó la cuestión pierde la competencia para el conocimiento del asunto (ATC 501/1989, de 17 de octubre, FJ único), supuestos todos ellos que comportan “una decadencia sobrevenida de los presupuestos de apertura del proceso constitucional” (ATC 723/1986, de 18 de septiembre, FJ único).

También puede resultar afectada la subsistencia de la cuestión de inconstitucionalidad, obviamente, por la derogación o modificación de la disposición legal sobre la que se haya planteado la duda de constitucionalidad, en cuyo caso la supervivencia del proceso constitucional se supedita a que la norma cuestionada resulte todavía aplicable en el proceso *a quo* y que de su validez dependa la decisión a adoptar en éste (entre otras, SSTC 385/1993, de 23 de diciembre, FJ 2; 274/2000, de 15 de noviembre, FJ 3; 63/2003, de 27 de marzo, FJ 3; y 101/2009, de 27 de abril, FJ 2).

Por su parte, la circunstancia de que con posterioridad a la admisión a trámite de una cuestión de inconstitucionalidad hubiera recaído, en otro proceso, Sentencia de este Tribunal declarando la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del mismo precepto cuestionado, conlleva la desaparición sobrevenida del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, al haber quedado disipada la duda de constitucionalidad planteada por el órgano judicial y no requerirse un nuevo pronunciamiento por parte de este Tribunal, como consecuencia del valor de cosa juzgada y plenos efectos frente a todos de nuestras Sentencias *ex arts.* 164.1 CE y 38.1 LOTC (SSTC 387/1993, de 23 de diciembre, FJ único; 72/1997, de 10 de abril, FJ único; 91/1997, de 8 de mayo, FJ único; y ATC 95/2009, de 23 de marzo, FJ único).

Igualmente, resulta notorio que las alteraciones sobrevenidas en la relevancia de la norma cuestionada para la resolución del proceso *a quo* han de incidir necesariamente en el proceso constitucional. Conforme es-

tablece el art. 163 CE, y recuerda el art. 35.1 LOTC, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por los Jueces y Tribunales exige que la norma cuestionada sea “aplicable al caso” ventilado en el proceso en el que la cuestión se suscita y, además, que de su validez dependa el fallo que el Juez o Tribunal haya de dictar. Si bien es cierto que ese denominado “juicio de relevancia” sobre la relación entre la norma cuya constitucionalidad se cuestiona y el fallo a dictar ha de establecerse en el momento en el que la cuestión se plantea, no lo es menos, también, que las modificaciones sobrevenidas en la relevancia han de influir necesariamente en la suerte del proceso constitucional abierto, pues sin perjuicio de la existencia de un notorio interés público y general en la depuración del Ordenamiento jurídico y en la conformidad con la Constitución de las normas que lo integran, el constituyente ha configurado la cuestión de inconstitucionalidad en estrecha relación con el proceso judicial en el que la aplicación de la norma cuestionada sea necesaria, hasta el punto de que de su validez dependa el fallo que ha de recaer (AATC 945/1985, de 19 de diciembre, FJ único; 57/1999, de 9 de marzo, FJ 2; y 75/2004, de 9 de marzo, FJ único).

3. Ciertamente no se ha producido en el presente supuesto la extinción del proceso penal *a quo*, ni tampoco se suscita una posible pérdida de vigencia del precepto legal cuestionado, pues la disposición final quinta de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, fija el momento de entrada en vigor de los preceptos de esta Ley; pero el vencimiento del término fijado en su primer inciso —el 1 de octubre de 2004— no sólo no deroga o priva de eficacia a dicha disposición final, sino que es la condición temporal necesaria para que se desplieguen sus previsiones, abriendo paso a la aplicabilidad de la nueva norma penal sustantiva.

En puridad, lo que acontece en el presente caso es la pérdida sobrevenida de la relevancia del precepto legal cuestionado para la resolución del proceso del que trae causa

la cuestión de inconstitucionalidad. Indudablemente, la disposición final cuestionada era relevante inicialmente para la resolución del proceso *a quo* en la medida en que impedía al órgano judicial aplicar la nueva redacción del art. 636 CP antes del 1 de octubre de 2004. Sin embargo, a partir de tal fecha la disposición final cuestionada deja de erigirse en obstáculo para la aplicación de la nueva redacción del precepto penal, ello como consecuencia del principio de retroactividad de la ley penal más favorable acogido en el art. 2.2 del Código penal con carácter general, y con carácter particular en la disposición transitoria primera de la propia Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, conforme a la cual se aplicará la nueva 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” y en su disposición transitoria quinta, con arreglo a la cual “en las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, se observarán, una vez transcu-

rrido el período de *vacatio*, las siguientes reglas: 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”.

Por todo ello, la imposibilidad de que el órgano judicial pueda ya resolver el recurso de apelación que pende ante el mismo mediante la aplicación del art. 636 CP en la redacción vigente al tiempo de plantearse la cuestión de inconstitucionalidad, implica una desaparición sobrevenida de los presupuestos de apertura del presente proceso constitucional, que determina su extinción, pues, aun cuando el enjuiciamiento constitucional de la norma cuestionada sigue siendo posible y ésta plantea un problema constitucional de interés, ya no se trataría de un juicio de constitucionalidad en concreto, al que se refiere el art. 163 CE, sino en abstracto, sin efectos para el caso, lo que resulta improcedente en toda cuestión de inconstitucionalidad (en este sentido, AATC 340/2003, de 21 de octubre, FJ único; y 75/2004, de 9 de marzo, FJ único).

TRIBUNAL SUPREMO

Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda, del TS de 20 de julio de 2010

Primer asunto: Aplicación retroactiva del acuerdo de 20 de enero pasado sobre competencia del Jurado.

Acuerdo:

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 vulneración de un derecho fundamental que fuera determinante de su nulidad.

Segundo asunto: Alcance del art. 456.2 de la LOPJ.

Acuerdo:

Las resoluciones que dicte la Sala resolviendo los recursos contra los decretos del Secretario serán resueltas mediante auto firmado por tres magistrados.

En el supuesto de que, de forma extraordinaria o anómala, se interpusiera un recurso contra una diligencia de ordenación se resolverá por un solo magistrado.

Sentencia 193/2010, Sala de lo Penal del TS, de 2 de marzo de 2010

PRUEBA ANTICIPADA. DECLARACIONES TESTIFICALES

Arts. 448, 730, 777.2 LECrim. y 11 LOPJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

SÍNTESIS

Inobservancia de la exigencia de presencia del letrado de la defensa en declaraciones testificales sumariales que luego se incorporan al juicio oral, vulnerando el principio de contradicción que debe presidir la práctica de la prueba.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) B) También ha de ser acogida la censura que la defensa de Sebastián formula al hecho de que los Jueces *a quo* hayan incorporado al material probatorio las declaraciones de los testigos que no comparecieron al acto del juicio oral. Se trata del testimonio de Juan Francisco, Ángel y Ceferino. Sus respectivas declaraciones fueron leídas en el acto del juicio oral por la vía del art. 730 de la LECrim.

Sin embargo, el examen de la causa no revela la existencia de algún impedimento que haya hecho imposible la citación de los Letrados que asumían la defensa de los detenidos, garantizando así la efectividad del principio de contradicción. Es cierto que, en no pocas ocasiones, esta Sala ha admitido expedientes de excepcionalidad cuando ésta viene impuesta por una implacable realidad que se impone a las circunstancias y a la propia voluntad del Juez instructor. Así, por ejemplo, en nuestra sentencia número 445/2008, 3 de julio, convalidábamos la lectura de unas declaraciones prestadas en la fase de instrucción por testigos perjudicados ausentes de nuestro territorio en los que la

falta de presencia del Letrado de la defensa obedecía, básicamente, a la propia rebeldía de quien luego invocaba la quiebra del principio de contradicción.

Entonces razonábamos que la importancia de una actuación jurisdiccional respetuosa con el principio de contradicción no necesita ser argumentada. Se trata de un principio estructural del proceso sin cuya vigencia éste se aparta de sus principios fundadores. De ahí su permanente recordatorio por la jurisprudencia constitucional y de esta misma Sala (cfr. STC 174/2001, 26 de julio; 41/1998, de 24 de febrero y 27; 87/2001, de 2 de abril). Conviene recordar, sin embargo, que en algunas ocasiones —cfr. STS 1859/2001, 15 de octubre—, hemos precisado que lo que se prescribe por el Tribunal Constitucional y por esta misma Sala es la valoración como prueba de cargo de las declaraciones inculcatorias efectuadas sin contradicción “siempre que sea factible” el ejercicio de este derecho.

Esa idea de posibilidad material del ejercicio de la contradicción se halla ínsita en los numerosos precedentes de la jurisprudencia constitucional que han fijado el alcance y los presupuestos de la prueba antici-

pada. Así, la STC 141/2001, 18 de junio, reconoce la plena significación probatoria de aquellos actos de instrucción constitutivos de prueba sumarial anticipada y preconstituida, siempre y cuando dichos actos de prueba se hayan obtenido con la estricta observancia de los siguientes requisitos: a) material: que versen sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral; b) subjetivo: que sean intervenidas por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, como es el Juez de instrucción, sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la policía judicial para realizar determinadas diligencias de constancia y recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito; c) objetivo: que se garantice la contradicción, para lo cual, siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo; y, por último, d) formal: que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral (diferenciándose de este modo de los correlativos actos de investigación en los que las preguntas de las partes han de formularse a través del Juez de instrucción), así como que su objeto sea introducido en dicho juicio público mediante la lectura de documentos, la cual ha de posibilitar someter su contenido a la confrontación de las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral (SSTC 217/1989, de 21 de diciembre, F. 3; 303/1993, de 25 de octubre, F. 3; 36/1995, de 6 de febrero, F. 2; 200/1996, de 3 de diciembre, F. 2; 40/1997, de 27 de febrero, F. 2; 97/1999, de 31 de mayo, F. 5).

Lo que significa, con carácter general que habrán de ser expulsadas del bagaje probatorio aquellas diligencias cuando habiendo sido factible la comparecencia del defensor del acusado a la práctica de la dili-

gencia testifical inculpatória —en el curso de la cual hubiera podido desarrollar su derecho de defensa mediante el interrogatorio al deponente—, no le hubiera sido permitido comparecer. Por consiguiente, en aquellos casos en que no ha sido procesalmente posible ejercitar en fase sumarial el derecho a la contradicción mediante el interrogatorio del testigo que acusa (...) no es rechazable sin más la valoración de esas manifestaciones precedentes por el Tribunal sentenciador. En estos supuestos nada empece —desde una perspectiva constitucional y procesal— a que el juzgador incorpore al material probatorio las declaraciones y testimonios previos al juicio a través del art. 730 LE-Crim, siempre y cuando las diligencias precedentes se hayan practicado ante la autoridad judicial de modo inobjetable y que el contenido de las mismas se incorpore al debate que se desarrolla en el juicio (ordinariamente mediante su lectura) en condiciones que permitan a las partes contradecir, refutar o impugnar dichas manifestaciones, en cuyo caso, en estos excepcionales supuestos, se puede considerar respetado el derecho a la contradicción.

Sin embargo, en un supuesto como el que nos ocupa, en el que se investigaba un delito de inmigración clandestina, asociado a cuatro delitos de detención ilegal, la ausencia de los inmigrantes en el acto del juicio oral era más que previsible. De hecho, algunos de ellos tenían que ser objeto de un procedimiento administrativo de expulsión. En tales circunstancias y, sobre todo, a la vista de la gravedad de las acusaciones que los hechos iban a provocar, la falta de diligencia en el escrupuloso cumplimiento de las previsiones legales (arts. 448 y 777.2 de la LE-Crim), no puedo tener ahora como efecto la admisión de una fórmula excepcional que, en el presente caso, carecería de justificación.

Sentencia 216/2010, Sala de lo Penal del TS, de 2 de marzo de 2010

PRUEBA INDICIARIA

Arts. 24.2 CE y 741 LECrim.

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro

SÍNTESIS

Tras resumir la doctrina general sobre la prueba indiciaria se concluye la suficiencia y validez de ésta para fundamentar la condena de instancia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

2. En lo que respecta a la *prueba indiciaria*, el Tribunal Constitucional viene sosteniendo desde sus primeras sentencias sobre la materia (SSTC 174/1985, 175/1985, 24/1997, 157/1998, 189/1998, 68/1998, 220/1998, 44/2000 y 117/2000) que a falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia. Y en resoluciones más recientes (SSTC 111/2008 y 109/2009) ha considerado como requisitos imprescindibles los siguientes:

“1) El hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados.

2) Los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados.

3) Para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia.

4) Y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre, ‘en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes’ (SSTC 220/1998, 124/2001, 300/2005, y 111/2008). El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento ‘cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal

pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada' (STC 229/2003)".

También ha advertido de forma insistente el Tribunal Constitucional que la existencia de indicios puede no ser suficiente para destruir la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio, a pesar de que se parta de una actividad probatoria lícita, tanto cuando el hecho base excluye el hecho consecuencia, como cuando del hecho base acreditado no se infiere de modo inequívoco la conclusión a la que se llega, es decir, cuando se trata de una inferencia irrazonable o de inferencias no concluyentes por excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas, lo que equivale a rechazar la conclusión cuando la deducción sea tan inconcluyente que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada (SSTC 189/1998, 220/1998, 124/2001 y 137/2002).

Este Tribunal de Casación también tiene establecido de forma reiterada que la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial presenta dos perspectivas relevantes para el control casacional: a) desde el punto de vista formal, deben constar los indicios o hechos-base plenamente acreditados que permitan acceder mediante un juicio de inferencia al hecho-consecuencia; el razonamiento de inferencia también ha de ser debidamente explicitado en la sentencia; y b), desde un punto material, el control casacional se contrae en la verificación de que existan varios indicios plenamente evidenciados, o uno de singular potencia acreditativa, de naturaleza inequívocamente incriminatoria, que no estén destruidos por contraindicios, que se refuercen entre sí, y que permitan obtener un juicio de inferencia razonable, entendiendo tal razonabilidad como "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano", en términos del art. 1253 del Código Civil (SSTS. 1085/2000, de 26-6; 1364/2000, de 8-9; 24/2001, de 18-1; 813/2008, de 2-12; 19/2009, de 7-1; y 139/2009, de 24-2).

3. La tesis del recurrente acerca de la precariedad de la prueba de cargo indiciaria y su insuficiencia para inferir la autoría del acusado y fundamentar su condena no puede prosperar, dada la entidad de los indicios incriminatorios que especifica el Tribunal de instancia.

(...)

Como prueba incriminatoria indiciaria consta, pues, que el acusado se presentó en el pueblo de La Herradura después de un viaje en coche de unos mil kilómetros, estuvo sólo unas horas en el pueblo y después regresó de nuevo a Galicia, según él mismo admitió. Había amenazado en fechas precedentes a la víctima, en relación con un tema relacionado con el tráfico de drogas, y se trataba de una persona que tenía un arma de fuego, según había advertido el propio fallecido. Lo vio un testigo en un lugar muy próximo al de los hechos, a unos cuarenta metros de distancia aproximadamente, muy poco antes de la hora del fallecimiento. Y otro testigo lo vio hablando con Cristóbal, cuando éste se hallaba en el interior del coche donde apareció muerto de un disparo en el cuello, sentado precisamente en el asiento del conductor. Después de los hechos no sólo regresó a Galicia sino que abandonó España sin su familia, no regresando voluntariamente sino porque fue extraditado.

Ese cúmulo de datos indiciarios se consideran suficientes para inferir que fue el acusado la persona que disparó y mató a Cristóbal. Pues los indicios resultan coherentes, concordantes, unidireccionales, racionales y convergentes, sin que concurren en este caso otras inferencias alternativas que desvirtúen la conclusión que extrae el Tribunal de instancia. Además, la concordancia entre los distintos indicios hace que se refuercen entre ellos recíprocamente.

Puede comprobarse que concurren en el caso indicios fuertes con indicios más débiles. Los primeros se centran fundamentalmente en que el acusado fuera visto junto a la víctima en un horario comprendido dentro de la horquilla temporal en que se ha

fijado la acción homicida, y además acodado en la ventanilla de la puerta del conductor del coche, asomado precisamente sobre el asiento en que el Cristóbal fue herido de muerte. Y también constituye un indicio fuerte que en los momentos anteriores también hubiera sido visto por otro testigo merodeando en la misma zona. Indicios fuertes que se complementan con las amenazas de muerte y la posesión de un arma.

A esto han de sumarse como indicios ya de inferior entidad la huida rápida del pueblo, en el que sólo estuvo unas horas después de un largo viaje, y la huida posterior a América sin su familia, sólo regresando a España por haber sido extraditado.

De los hechos-base fluye con naturalidad y razonabilidad en el caso concreto el hecho-consecuencia de la autoría de la acción homicida que se atribuye al acusado, sin que surjan dudas razonables que den pie a otras hipótesis fácticas alternativas que cuestionen la autoría del ahora recurrente.

La inmediatez en el tiempo y la proximidad en el espacio del acusado con respecto a la víctima en los instantes en que se considera pericialmente que fue realizado el disparo, unido a los antecedentes previos de las amenazas de muerte y al dato de que poseyera un arma, son indicios confirmatorios de sólida consistencia sobre la certeza de la versión de las acusaciones. Pues las máximas de la experiencia como generalizaciones o regularidades empíricas permiten inferir que fue el acusado el autor del disparo homicida. Los pasos inferenciales que se precisan en este caso para colegir que el acusado fue quien disparó sobre Cristóbal no resultan ni complejos ni excesivos en número.

A ello debe añadirse que los hechos se perpetran en un pueblo de sólo unos tres mil habitantes, lo que quiere decir que en el caso de que concurriera otra u otras hipótesis alternativas emergerían al momento. Y lo cierto es que no ha surgido ninguna alternativa fáctica que posibilite la refutación de la versión judicial ni que cuestione los graves indicios que han quedado probados en la

vista oral del juicio. La certeza de la hipótesis acusatoria se ha visto, pues, reforzada por la inexistencia de otras hipótesis plausibles contrarias a la misma en un caso en que, de haberlas, dado el contexto social en que se produjeron los hechos, aflorarían con fluidez y naturalidad.

Por lo demás, todos los datos indiciarios de las horas precedentes al homicidio fueron constatados mediante pruebas testificales que han sido apreciadas por la Sala de instancia con arreglo a los principios de inmediación, contradicción y oralidad. Se está, pues, ante pruebas personales que la Audiencia estimó convincentes, fiables y creíbles. Sobre la convicción de certeza de los hechos indiciarios en modo alguno se han aportado datos objetivos que permitan calificarla de ilógica, irracional, absurda o, en definitiva, arbitraria, por lo que con arreglo a reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala sobre el control y la revisión de las pruebas personales en esta instancia (SSTS 227/2007, de 15-3; 893/2007 de 3-10; 778/2007, de 9-10; 56/2009, de 3-2; 264/2009, de 12-3; 901/2009, de 24-9; y 960/2009, de 16-10, entre otras), no debe ser modificado el resultado probatorio obtenido por la Audiencia para acreditar la base fáctica indiciaria.

(...)

4. En otro orden de consideraciones, también se ha acreditado que los datos aportados por el acusado para contradecir la prueba de cargo —conocidos en la práctica procesal como contraindicios— han resultado inciertos.

(...)

Es sabido que la inveracidad de los llamados contraindicios no constituye prueba incriminatoria ni resultan éstos idóneos para acabar generando una especie de inversión de la carga de la prueba, toda vez que la prueba de cargo corresponde aportarla a la acusación y que la mera falsedad de un contraindicio no puede integrar la base de la condena. Sin embargo, una vez constatada la certeza de la autoría del acusado, la false-

dad de los hechos contraindiciarios puede servir para corroborar la prueba de cargo, tal como tiene reconocido el Tribunal Constitucional.

(...)

A tenor de todo lo que antecede, debe, pues, concluirse que la convicción obtenida

por la Audiencia tiene una base indiciaria sólida y no permite albergar dudas razonables que propicien la plausibilidad de otras hipótesis fácticas alternativas favorables a la exculpación (entendida como no autoría) del reo.

El motivo por tanto se desestima.

Sentencia 183/2010, Sala de lo Penal del TS, de 3 de marzo de 2010

NE BIS IN IDEM

Arts. 666 y 676 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro**

SÍNTESIS

Enjuiciamiento en España de unos hechos que habían sido investigados previamente en Portugal. Imposibilidad de apreciar la vulneración del principio ne bis in idem denunciada, ya que la resolución de que trae causa, dictada en Portugal, lo fue por una autoridad no judicial (el Ministerio Fiscal) y además no generaba efectos de cosa juzgada.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—Se invoca que el hecho objeto del proceso en esta causa ha sido ya decidido, con efectos de cosa juzgada, por la resolución adoptada por los órganos portugueses. Lo que se canaliza como infracción de ley del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el 675 de la misma.

Es decir se está pretendiendo resolver, en el marco del recurso de casación, dentro de los denominados artículos de previo pronunciamiento. Se ampararía este cauce en la decisión del Pleno de esta Sala que ha mantenido la vía casacional del artículo 676 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no obs-

tante su reforma por la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado de 1995.

No obstante la pretensión no puede ser estimada.

Es evidente que, para que el efecto preclusivo negativo característico de la denominada cosa juzgada tenga lugar, se requiere un acto de verdadero “enjuiciamiento”. Y esto, a su vez, requiere que tal acto emane de un órgano que ejerza jurisdicción. Lo que puede acaecer incluso cuando el órgano jurisdiccional sea de los de otro Estado diverso del español.

La decisión portuguesa para la que se postula por el recurrente el efecto preclusivo que obstaría la incoación y seguimiento de causa penal en España, ha sido adoptada por

el Ministerio Público de aquel país en el marco procedimental conocido como *inquérito*.

El Ministerio Público, cualquiera que sea el contenido de su estatuto, no es un órgano que actúe de modo jurisdiccional, en el que decida como tercero causa empeñada entre dos partes adversas.

Y, por ello, el *inquérito*, actuación a cargo de dicho Ministerio Público, no es fase jurisdiccional del procedimiento, ya que ésta comienza con la *instrução* en la que las decisiones incumben a un Juez, como titular, él sí, de la facultad jurisdiccional.

Ello no impediría que determinadas modalidades de conclusión del *inquérito*, en las que interviene el Juez, pueda alcanzar el efecto de cosa juzgada. Así cuando se ordena el archivo por el Ministerio Público en los casos de exención de pena previstos en el artículo 280 del CPP portugués, porque en tal supuesto se requiere la “*concordancia*

do juiz de instrução”. O en los de suspensión con imposición de reglas de conducta del artículo 281, que exige la misma intervención del Juez de instrucción.

No es el caso en el que este recurso surge. Aquí el archivo es ordenado sin ninguna intervención judicial, por el Ministerio Público al amparo del artículo 277 de aquella norma procesal portuguesa.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 279 del Código del Proceso Penal portugués, el *inquérito* puede ser reabierto si “surgen nuevos elementos de prueba que invaliden los fundamentos invocados por el Ministerio Público en su despacho de archivo”.

No cabe pues predicar de la resolución portuguesa invocada el efecto de cosa juzgada.

Por ello también hemos de rechazar este motivo.

Sentencia 222/2010, Sala de lo Penal del TS, de 4 de marzo de 2010

ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACIÓN

Arts. 28 y 404 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

SÍNTESIS

A la hora de imputar responsabilidad penal al partícipe (inductor) en un delito de prevaricación, es indiferente que el autor principal resulte absuelto por faltar en su conducta el elemento subjetivo (“a sabiendas”) exigido en el tipo correspondiente.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—1. En el tercero de los motivos se impugna la posibilidad de que el recu-

rente pueda ser partícipe del delito de prevaricación si no se proclama cometido el tipo del injusto de ese delito por falta del componente subjetivo, que el mismo requiere.

La sentencia de la instancia decide absolver al coacusado, que era Conseller de Treball, al que, en tal calidad, se le imputaba el delito de prevaricación. La razón de tal absolución se predica en los hechos probados donde se dice que: no ha quedado acreditado que el acusado Imanol participara o tuviera conocimiento del acuerdo entre el aquí recurrente y el tercero de los acusados. Este acuerdo entre acusados consistía, según se proclama en el mismo lugar, en: distraer fondos del Departament de Treball mediante la concesión de subvención y el otorgamiento de ciertos contratos.

Declara la sentencia que está probado que el Conseller “firmó la resolución” que concedió la subvención y que también firmó las respectivas resoluciones de adjudicación de las realizaciones de estudios y las que mandaban hacer los correspondientes pagos.

También considera la sentencia que los hechos que se declaran probados son constitutivos de un delito continuado de prevaricación. Y afirma tal subsunción de los hechos en el tipo delictivo argumentando que “es evidente que las resoluciones eran prevaricadoras por sí mismas” (?) lo que justifica con la premisa fáctica de que no tenían otra finalidad que la ilícita sustracción de fondos públicos (FJ segundo).

No obstante proclama que no ha quedado acreditada la *participación dolosa* de la persona que las firma, el Conseller acusado (FJ séptimo). Y, a continuación, tras reconocer que dicha decisión puede resultar “extraña”, explica con más detalle que no consta acreditado que el citado Conseller tuviera perfecto conocimiento de la injusticia y arbitrariedad de las resoluciones que el aquí recurrente le informó y propuso.

Ciertamente la sentencia no es especialmente rica en la argumentación jurídica de la absolución del Conseller acusado. Incluso es de discutible coherencia. Supliendo la ausencia de citas legales que arropen aquella decisión, cabe entender que la misma no parte de la exclusión de dolo, sino que parte

de una exclusión de la culpabilidad del autor del hecho injusto. Así el Conseller vendría exculpado por aplicación del error de prohibición conforme al artículo 14.3 del Código Penal tenido por invencible.

En los hechos probados se relata cómo la tramitación previa y la decisión de propuesta incumbía al recurrente, y que el coacusado Conseller se limitó a firmar la resolución concediendo la subvención y las cuatro resoluciones que adjudicaban la contratación. Lo que hizo según el hecho probado, desconociendo el pacto entre los otros dos acusados penados.

En la fundamentación jurídica, la sentencia recurrida entiende que el citado Conseller no actuó “dolosamente” (FJ séptimo). Pese, a que, entiende que sus resoluciones eran “prevaricadoras”. Y, como razón de esa consideración, se establece que no existe prueba de que “tuviera perfecto conocimiento de la injusticia y arbitrariedad de las resoluciones que le fueron informadas y propuestas”.

A los efectos de calificar el desconocimiento que se proclama, podría estimarse que el error versa sobre los datos de hecho que el recurrente conocía y ocultó al Conseller: no necesidad de los estudios, inutilidad de sus contenidos, y, más aún, real finalidad malversadora.

No obstante, al proclamar que lo desconocido es el carácter injusto de la resolución que firma, lo que se está proclamando es que el sujeto desconocía, no un hecho, sino su naturaleza ilícita.

De ello deriva que el error que funda la absolución atañe exclusivamente al elemento personal del reproche culpabilístico, —conocimiento de la antijuridicidad del comportamiento— cuya ausencia exculpa al autor del acto injusto. Cuando la recurrida afirma que el Conseller actuó sin dolo se está refiriendo pues al denominado *dolus malus*.

El elemento “a sabiendas” expresado en la descripción del tipo de prevaricación, de obvia naturaleza subjetiva, puede suscitar la

cuestión de su integración en la determinación del injusto —configurando el dolo— o como presupuesto de la reprochabilidad del comportamiento al autor —conciencia de antijuricidad—. Si advertimos que, con o sin tal conocimiento, las resoluciones eran injustas, poca dificultad acarrea subsumir aquel elemento entre los personales propios del juicio de culpabilidad.

Cuando el tipo objetivo incluye elementos normativos —ajeneidad de la cosa mueble que se toma—, el conocimiento de su concurrencia es, en lo subjetivo, una de sus exigencias. Sin ella el hecho —la toma de esa cosa— no es ilícito. En el delito de prevaricación administrativa la “arbitrariedad” de la resolución es un elemento normativo del tipo. Pero, a diferencia de otros supuestos, como el del hurto de la cosa ajena, la diferenciación entre la injusticia de la resolución dictada y la del acto de dictarla —posibilitando concluir, en algún caso, que *no es injusto dictar una resolución injusta*— constituye un uso del lenguaje que lleva a una interpretación contraria al *sentido* de la ley. Por eso la interpretación de la expresión, utilizada en el artículo 404 del Código Penal, “a sabiendas de su injusticia” no debe llevar a tener por atípica la decisión del funcionario, sino a su mera exculpación, cuando se estime que no actuó bajo esa condición.

Pues bien, siendo así, la absolución del Conseller no implica necesariamente que la sentencia proclame que los hechos cometidos por aquél —resoluciones concediendo subvención y adjudicando contrataciones— no eran injustos. Y así es claro que la objeción puesta a la participación —como supuestamente inviable respecto de un hecho justo— carece de fundamento.

2. Lo anterior ya haría innecesario entrar a considerar si la accesoriedad de la participación, como exigencia de que el hecho en el que se participa sea típico y antijurídico, se satisface si la intervención concurre a un hecho de *antijuridicidad meramente objetiva*. Es decir, si cabe responsabilizar al partícipe con independencia del componen-

te subjetivo del tipo ejecutado por el autor. Y sí por ello, cabría participar en un hecho antijurídico cuyo autor principal está incurso en un error de tipo vencible o que, para él, es invencible.

Nadie puede verse obligado a responder si no es por su propio comportamiento y no por el de otro. Sin embargo, el *fundamento de la responsabilidad del partícipe no es ajeno al carácter injusto de lo hecho por otro*, es decir por el autor. 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. Si bien con la advertencia de que, justificada así la responsabilidad, la *medida* de la misma se determina en función solamente del propio comportamiento.

El problema se suscita en relación al establecimiento de los *elementos* de ese injusto que pueden considerarse *excluíbles* sin que por ello deje de justificarse la responsabilidad del partícipe, porque lo realizado por el autor *sigue siendo injusto*.

Se ha dicho por sectores de doctrina autorizados que para dictar un juicio de antijuridicidad, cuando concurren las circunstancias que colman el tipo de una norma prohibitiva, sin que, simultáneamente, concurre ninguna circunstancia objetivamente justificadora, las representaciones del autor acerca de su hecho y la situación no siempre son requeridas en la misma medida. Puede ser suficiente que el autor debiera o pudiera conocer la realización del tipo. La imputación al autor sería a título de imprudencia.

El artículo 28 del Código Penal, lo que exige, es que los intervinientes, ya sean los “considerados” autores, como inductores o cooperadores necesarios, ya 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 accesoriedad 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, sólo por una accesoriadad mínima.

Cuestión distinta es la admisibilidad de la participación cuando el acto ilícito del autor no reúne todas las exigencias típicas. Nada ha impedido al respecto la admisión como partícipe del sujeto en el que no concurren las objetivas condiciones típicas del autor en los denominados delitos especiales propios. Así no se cuestiona la figura de la inducción por el particular *extraneus* del delito del funcionario *intraneus*.

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.

En el delito de prevaricación ese dolo implica el conocimiento del contenido de la resolución que dicta el funcionario y la voluntad de adoptarla. Pero no implica que el autor lleve a cabo una valoración de ese contenido de la resolución. Aunque la arbitrariedad debe predicarse de dicho contenido,

la valoración de ésta se resuelve en la valoración de la propia conducta de su adopción, y por ello de la conducta del autor. Pero la valoración por el autor sobre la transcendencia jurídica de su comportamiento se inserta ya en el *dolus malus* como parte de la imputación personal o culpabilidad.

En consecuencia, como dejamos dicho con anterioridad, el conocimiento por el autor de la resolución objetivamente prevaricadora del contenido de ésta, unido a que dicho contenido sea arbitrario, satisface el juicio de antijuridicidad y es suficiente para justificar la exigencia de responsabilidad al partícipe.

Quien haya ocasionado una errónea valoración por el funcionario del contenido de la resolución objetivamente arbitraria, determinando así en éste la voluntad de adoptarla, determinó la realización del hecho injusto a que se refiere el artículo 28 del Código Penal, por más que el funcionario autor no sea culpable del delito de prevaricación por no actuar “a sabiendas” de la injusticia de su resolución. En consecuencia debe responder como inductor. Sin que tal actuación implique utilización del funcionario como mero instrumento, por lo que no cabe hablar de una verdadera autoría mediata.

El motivo debe ser rechazado.

Sentencia 358/2010, Sala de lo Penal del TS, de 4 de marzo de 2010

ASESINATO Y MALTRATO HABITUAL EN COMISIÓN POR OMISIÓN

Arts. 11, 28, 29, 139 y 173 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta**

SÍNTESIS

La sentencia entiende que es autora de asesinato en comisión por omisión la madre que no impide la muerte del hijo a manos de su padre. Un voto particular discrepante entiende que debió ser calificada de cómplice, discuti-

tiendo, por otra parte, la posibilidad de apreciar en comisión por omisión la figura de violencia doméstica habitual prevista en el artículo 173.2 del Código Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—En el segundo de los motivos de la impugnación denuncia el error de derecho del art. 849.1 de la Ley procesal penal en el que denuncia la indebida aplicación del art. 11 del Código penal y, concretamente, que la recurrente no debería responder como autora “sino a título de complicidad omisiva, pues nunca tuvo el dominio funcional de la acción”.

El motivo plantea una cuestión que ha sido muy discutida en la doctrina y en la jurisprudencia. La admisibilidad de formas en participación en los delitos de comisión por omisión.

La recurrente no discute en ningún momento la posición de garante que estentaba y el deber de actuar a consecuencia de esa posición y del conocimiento del hecho que le obliga a actuar por la puesta en peligro del bien jurídico cuya indemnidad debía asegurar. El hecho probado es claro, durante el desarrollo de los hechos que se relacionan por parte del padre, la madre que ahora recurre “no realizó ningún acto de protección de su hija, a pesar de estar obligada a ello”, limitándose a decir al coprocesado que dejara a la niña que estaba mal y al final de los hechos, que “se está muriendo llama al médico”. Recordamos que, según se declara probado, los hechos se desarrollan entre las siete de la tarde y las ocho y media, es decir en un espacio temporal de hora y media durante los cuales los golpes, patadas, saltos sobre el cuerpo de la niña, son constantes, hasta producir la muerte de la pequeña.

La posición de garante de la recurrente, madre de la hija de apenas un año de edad que es objeto de agresiones por parte del padre, es clara y surge de la institucionali-

dad de la relación y del art. 154 del Código civil. Como dijimos en la STS de 30 de junio de 1988, “no ofrece la menor duda que la recurrente tuvo conocimiento de las circunstancias que fundamentaban su posición de garante, es decir, de las circunstancias de las que surgía su deber de impedir la producción del resultado. En tanto dicho deber proviene en parte del art. 154 del Código civil y en parte del deber general de protección que incumbe a los padres frente a los hijos, el dolo requiere que la procesada haya sabido del vínculo que le unía a los niños y de la situación de peligro en la que estos se encontraban”.

La subsunción de la conducta omisiva de la recurrente en la autoría no es errónea, como se mantiene en el recurso. Afirma la recurrente que no llegó a tener el dominio del hecho, realmente lo expresa como dominio funcional de la acción, en alusión a la coautoría, pero ese criterio del dominio del hecho no puede ser aplicado a la modalidad comisiva por omisión, pues por su propia naturaleza quien omite una conducta no dirige nada, no siendo posible considerar que quien omite, con su inacción contribuya a la realización del resultado. La jurisprudencia de esta Sala, vid. STS 24 de julio de 1992, ha considerado que la omisión no es una simple complicidad, sino de autoría en el delito, dado que el garante omitente tiene un comportamiento equivalente al del sujeto activo. Decíamos en aquella Sentencia, y ahora reproducimos, que en los delitos de resultado la equivalencia entre la realización activa y omisiva del tipo es de apreciar cuando el omitente se encuentra en posición de garante y su deber consiste en impedir el resultado. En otros términos tanto realiza la conducta típica, en este caso matar, quien

realiza activamente una conducta dirigida a la producción del resultado como quien estando obligado a defender un bien jurídico, vida de un hijo menor, en este caso de 1 año de edad, frente a agresiones que le ponen seriamente en peligro, se desentiende completamente de su protección y deja actuar al agresor, omisión de la actuación debida que se prolonga durante hora y media

En el supuesto objeto de la presente casación, la muerte de la pequeña de un año de edad en la forma que se describe en el hecho probado, intervienen, activamente, el padre, mediante golpes, y omisivamente, la madre, sin realizar su deber de protección legalmente exigible, que podía realizar y su omisión no es puntual, sino duradera en el tiempo. La tipicidad del delito objeto de la subsunción no requiere una especial forma comisiva, sino que es un tipo penal abierto y puede realizarse la conducta de cualquier manera y forma, siempre que sea hábil para la realización del resultado. Admite comportamientos activos y omisivos, y con respecto al omisivo se requiere la posición de garante del sujeto que omite la acción debida y el incumplimiento de los deberes legales de protección del bien jurídico que se encuentra en la situación de peligro que conoce. Esa omisión es equivalente a la acción en la medida en que el incumplimiento de su deber de actuar en protección de la hija menor, ante la situación de peligro de muerte, supone la realización de tipo del homicidio calificado que se declara probado pues la omisión, repetimos en las circunstancias del hecho, por quien tiene un deber especial de actuar en defensa del bien jurídico en grave peligro, nacido de los deberes legales de asistencia y protección y de la propia naturaleza de la relación entre padres e hijos menores.

Es cierto que existe una distinta entidad entre acción y la omisión en el caso concreto, pero esa diferenciación de conductas tiene su traslación en la individualización de la pena, como el tribunal ha realizado.

Pero es que, aunque se admitiera que son admisibles formas de participación en la co-

misión omisiva del delito de resultado, dejando aparte los delitos que exigen en su tipicidad especiales elementos de autoría que, en su precisa concreción pueden impedir la calificación de autor a quien no reúne esos elementos de autoría esenciales, tales supuestos no serían de aplicación al presente supuesto pues el tiempo de inacción fue tan largo, la omisión fue tan temporamente manifestada, que bien pudiera afirmarse que la recurrente pudiera haber realizado la conducta debida y durante ese tiempo mantener un dominio del hecho en la medida en que durante la hora y media de la acción del marido ella con su presencia, omisiva de la conducta debida, controlaba la secuencia de hechos acaecidos.

Es cierto que junto a este posicionamiento jurisprudencial, coexisten en nuestra doctrina, otras Sentencias que admiten la participación omisiva, pero gran parte de esa jurisprudencia viene sujeta a condenas en la instancia por complicidad, sin un recurso de la acusación, como en la STS 1061/2009, de 26 de octubre de 2009, en la que se afirma que “en la doctrina más moderna se considera que la delimitación de la autoría y de la participación resulta especialmente dificultosa en el caso de los delitos de omisión; entendiendo la mayoría que la participación activa en un delito de omisión es posible, tanto como inducción, como cooperación o complicidad”.

En las construcciones dogmáticas, la participación omisiva ha planteado un vivo debate. Así, un sector de la doctrina sostiene que, en estos casos, el omitente es siempre partícipe, pues el dominio del hecho sólo se transmite al omitente en caso de que el que actúa deje de dominar el curso del hecho. Un segundo sector doctrinal mantiene que es preciso distinguir en función de cuál sea la fuente de la posición de garante, pues si el omitente tiene una función de protección de un bien jurídico deberá ser considerado autor, mientras que si lo que le corresponde es una función de control del peligro procedente de un tercero, deberá ser considerado partícipe, pues en tales casos, también, un inter-

viniente activo solamente podría ser considerado partícipe. Finalmente, desde una tercera posición se argumenta que el garante que no evita la producción del resultado es siempre autor, y que la autoría en los delitos de omisión no puede ser explicada a partir del dominio del hecho. Si bien esta última posición admite como excepciones los delitos especiales propios, los delitos de propia mano y los delitos como elementos subjetivos especiales, en los que el omitente partícipe no puede ser autor y, por consiguiente, debe ser considerado partícipe”.

Pues bien, como resumen de lo anteriormente expuesto, ningún error cabe declarar respecto a la consideración de autora del delito de asesinato en la medida en la que recurrente omitió el deber de protección que le era exigible respecto a la hija de un año de edad frente a los ataques realizados por el padre de la menor durante una hora y media, ataques de los que la recurrente fue testigo presencial omitiendo una conducta de protección exigible y que de haber actuado no se hubiera producido el resultado.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL EXCMO.
SR. D. LUCIANO VARELA CASTRO A LA
SENTENCIA N.º 358/09 RECURSO DE
CASACIÓN N.º 11215/2009

Emito este voto particular por disentir de la decisión de la mayoría en dos aspectos fundamentales. El primero por no haber declarado la nulidad del procedimiento al seguirse la causa en la instancia ante Tribunal carente de competencia objetiva ya que la causa debió ser juzgada por Tribunal del Jurado. El segundo por haber condenado a la recurrente por el delito de violencia en comisión por omisión y por el delito de homicidio como autora.

(...)

Segundo.—Tampoco comparto la opinión de la mayoría en cuanto al título por el que viene penada la recurrente.

Estimo que no procedía considerarla autora, ni partícipe del delito de violencia (artículo 173.2 del Código Penal) dado que esa modalidad delictiva no admite la autoría *ex* artículo 11 del Código Penal

Y, en cuanto al delito de asesinato, estimo que la recurrente era una partícipe a título de cómplice.

Lo que me lleva a analizar la cuestión sobre el tratamiento que debió darse a la pasividad de la recurrente.

La responsabilidad penal impuesta a la recurrente, por la muerte causada a su hija menor, se justifica en la sentencia recurrida por *no haber hecho nada* por evitar que el otro penado la causase, pese a que concurría en ella la condición de garante, en cuanto madre de la víctima, y a que presenció la actuación homicida, así como otras actuaciones de violencia del mismo sujeto autor de la muerte sobre la misma víctima en anteriores ocasiones.

El recurso pretende que la penada no sea considerada autora sino cómplice.

El artículo 11 del Código Penal de 1995 ha venido a establecer que la no evitación del resultado, cuando se trata de delitos que consisten precisamente en su producción, se considerará comisión por omisión *siempre que* a la causación *según el sentido del texto* de la Ley, si el autor ha infringido un especial deber jurídico.

Al respecto me parece oportuno realizar las siguientes consideraciones.

1. Del mero no hacer no cabe derivar responsabilidad penal por el delito que consiste en la producción de un resultado. Si no se requiriera algo más, esta responsabilidad sería predicable de todos cuantos nada hicieron. Ese algo más tampoco puede circunscribirse a un deber *formal* de actuar impuesto jurídicamente a sujetos determinados. Estos han de encontrarse en una determinada relación con el bien jurídico a que concierne el tipo penal: la posición de garante. Esta calidad le deriva una obligación de *protección* de un bien jurídico o de

vigilancia y control de fuentes de riesgo que afectan a ese bien.

La responsabilidad penal requiere un elemento material: la equivalencia entre el *no hacer* del garante y la causación *activa* del resultado. Se trata, por un lado, de una equivalencia normativa. Es irrelevante que la omisión suponga infracción de norma preceptiva (de la acción esperada) y la comisión de norma prohibitiva (de la acción ejecutada). Ambas vulneran la norma de no lesionar el bien jurídico. Desde la perspectiva axiológica del merecimiento de pena, han de tenerse por equivalentes. El no hacer y el hacer del sujeto, que causa el resultado típico, deben tener el mismo y único fundamento material del injusto.

Pero, desde la perspectiva del principio de legalidad, a fin de evitar extensiones constitucionalmente inadmisibles, ha de estarse al sentido que en el texto de la ley tiene el comportamiento típico.

Esta es una exigencia previa. Nadie puede ser penado si un enunciado legal inequívoco no tiene preestablecido las consecuencias del comportamiento. La cognoscibilidad de esas consecuencias pasa por el respeto al sentido del texto de la ley. Solo cuando éste es respetado cabe subsiguientes valoraciones.

En el caso del homicidio, el *no hacer* equivale al texto “matarse a otro”, en el sentido que el legislador utiliza para tipificar el homicidio, cuando en el lenguaje pueda describirse de manera generalizada que quien se comporta omitiendo lo hace para que la muerte se produzca y se entienda, sin violencia en la expresión, que efectivamente “mata”. Es entonces cuando podrá valorarse si del comportamiento omisivo cabe predicar su carácter injusto por la misma razón que se predica la producción activa del resultado lesivo para el bien jurídico de la vida, que ambos lesionan o ponen en peligro.

Pese a la diversidad ontológica entre el modo comisivo y el omisivo de *matar*, ambos comportamientos homicidas, desde la perspectiva normativa, *se equiparan* en su

estructura y, según afirma algún sector de la doctrina, en su configuración *material* como modos de dominio (control) sobre el riesgo típico.

Así ocurre en el caso de la madre que abandona al recién nacido, sin posibilidad de que este reciba asistencia alguna, de cuya falta deriva la muerte del abandonado. Nadie duda en utilizar en su lenguaje la expresión de que esa madre “mata” a su víctima.

2. Resulta necesario, una vez establecida esa premisa, establecer cuales sean los criterios de imputación que permiten esa equiparación, de manera que sea también salvaguardada la garantía constitucional de presunción de inocencia.

a) Sustituido como *criterio de imputación* el de causación empírica, por el la posición de garante respecto del bien protegido que ostenta el autor de la omisión, *de naturaleza normativa*, debe advertirse que esa posición no es suficiente por sí sola. Ni siquiera su exigencia se circunscribe a los delitos de comisión por omisión. Cabe infringir el deber inherente a tal posición sin rebasar el ámbito del delito de omisión pura (artículo 223 del Código Penal). Para atribuir ese deber a un sujeto, erigiéndolo en garante a los efectos de esta imputación, el artículo 11 del Código Penal acude a determinadas fuentes específicas posibles.

En el caso que juzgamos no resulta dudoso que la recurrente estuviera sometida a ese deber específico. La condición de madre de la víctima le atribuía a la recurrente una posición institucional, en terminología doctrinal, o *por mandato de la ley*, en el lenguaje del citado precepto, con evidentes obligaciones de protección de la hija, de apenas un año de edad.

b) Se requiere, además, que el cumplimiento del deber de garante se encuentre al alcance de la capacidad del obligado para actuar. Es decir para realizar acciones que le son exigibles. En el caso que juzgamos nada dice la sentencia que excluya esa capacidad respecto de acciones como la de poner fin a la convivencia —de ella y su hija— con el

agresor, o procurar la intervención de alguna Autoridad.

c) La producción —su no evitación, según dice el artículo 11 del Código Penal— de un *resultado*, de lesión o de peligro para el bien jurídico. Este es un elemento que viene exigido por el tipo en la comisión por omisión (artículo 11 del Código Penal). En el caso que juzgamos se produjo la muerte de la hija por la acción del tercero, padre de ésta.

d) Ciertamente, quien omite no *causa* el resultado que, como hemos visto, ha de ocurrir. Es cuestionable la posibilidad de proclamar una *hipótesis* sobre la efectividad obstativa del resultado a predicar de la acción esperada, que permita afirmar que la omisión es la causa hipotética del resultado.

Pero debe constatarse, al menos, para justificar la equivalencia con el autor activo, que el comportamiento omisivo crea o aumenta el riesgo para el bien jurídico protegido por el tipo penal. Aunque ello ha de entenderse en un sentido diferente al ontológico requerido para la imputación objetiva en los delitos de acción y resultado. Desde esa perspectiva la omisión no tiene nunca tal efecto. Aquí se considera tal relación como una valoración normativa, de equivalencia funcional. Y ello en una valoración *ex ante* dado que el desvalor considerado es el de la acción y no el del resultado.

Ciertamente en la Jurisprudencia se ha venido recurriendo a la causalidad hipotética *En los delitos de omisión solo debe requerir una causalidad hipotética, es decir la comprobación de si la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado con una probabilidad rayana en la seguridad* (TS 26 de octubre de 2009 que reitera lo dicho en la STS de 2-7-2009). Se recoge ahí la posición dominante en la doctrina conforme a la cual ha de constatar-se que si el autor hubiera realizado la acción, hubiera sido causa de la no producción del resultado, con una probabilidad rayana en la certeza.

En el caso que juzgamos poca duda puede suscitar, desde una perspectiva objetiva, que el mero recurso al cese de la convivencia o a la intervención auxiliadora de terceros y, singularmente, de la Autoridad, judicial o gubernativa, habría *incidido* en la situación de peligro en que fue situada la víctima respecto a la eventual reiteración de agresiones. Y que, así se habría, cuando menos, *contribuido* a conjurar el riesgo de comportamientos del otro acusado, como el que puso fin a la vida de la hija de ambos.

e) Pero no basta con todo ello, sino que debe valorarse si la infracción del deber, tal como se atribuye al recurrente, da a su omisión el *sentido* que en el lenguaje de la ley tiene la expresión *matar*, en medida *equivalente* al sentido que se predica de quien mata de modo activo.

Resulta cuando menos dudoso que en la hipótesis de mera pasividad ante la actuación del mecanismo letal desencadenado por la exclusiva acción de un tercero se pueda llegar a la equiparación de aquel no hacer con la acción homicida de éste.

Y es ahí donde la garantía constitucional de presunción de inocencia reclama certeza, no de que el juicio lleva a conclusiones *verdaderas*, en cuanto correspondientes con la realidad, sino de calidad argumental como presupuesto de su *aceptación*, porque aleja todas las dudas, salvo las poco razonables.

Por otra parte, no se trata solo de que la infracción del deber justifique *una* sanción. Si no de que el autor merezca, por ello, la *misma* pena que el autor por acción. Porque la no evitación, sin más, de un resultado no puede equivaler en desvalor que corresponde a su producción mediante una acción. Se ha podido decir en efecto, que *el cumplimiento del deber de actuar es más gravoso que el de no actuar, por eso la infracción de aquél debe ser menos onerosa que la infracción de éste*.

La ausencia de aquel desvalor implicaría una quiebra de principios del Derecho Penal democrático como los de legalidad y ofensi-

vidad. La exigencia del principio de legalidad impide que la sanción conforme a los tipos de la parte especial se produzca si el comportamiento (omisión) imputada no equivale al sentido de la acción descrita en el tipo, y el de ofensividad impide preciar equivalencia si no concurre en el comportamiento omisivo el mismo contenido del injusto contenido en el tipo activo cuya pena se impone al que omite.

El juicio de identidad que justifica la sanción penal del omitente, equiparada a la del autor que produce activamente el resultado, requiere que aquella identidad o equivalencia se produzca también entre la capacidad de control de la situación de riesgo por el que omite y la que tiene el que produce activamente el resultado sobre el proceso causal. Lo que solamente cabe afirmar que ocurra si todo lo que sucede en relación a la producción del resultado se puede valorar como obra de su voluntad.

Esa capacidad ha de venir referida bien a la protección de un bien jurídico bien al control de la fuente de peligro para ese bien. Bajo una de esas dos modalidades debe poder afirmarse que el que omite tenía el dominio material y directo de la causa fundamental del resultado

Ello exige determinar el contenido de la acción esperada y omitida que hubiera evitado el resultado. Y que de la ella pueda predicarse razonablemente, *ex ante*, que es capaz de evitar el resultado o, solamente, de disminuir el riesgo de que se produzca.

f) Por lo que concierne al tipo subjetivo en la comisión por omisión hemos venido estableciendo —en nuestra Sentencia de 26 de octubre de 2009 que reitera lo dicho en la de 2-7-2009—, *que el dolo de los delitos de omisión (sean delitos propios o impropios de omisión) tienen caracteres que si bien son equivalentes a los de la forma más grave de los delitos activos, difieren del dolo propio de éstos. La doctrina científica ha puesto de manifiesto que mientras en los delitos activos el dolo se estructura sobre la base de la decisión del autor de realización del tipo, en los delitos de omisión, por el*

contrario, el autor no tiene verdadera voluntad de realización del comportamiento producido. Precisamente por estas razones, en el delito de omisión la característica básica del dolo es la falta de decisión de emprender la acción jurídicamente impuesta al omitente. A partir de estos presupuestos, el dolo de la omisión se debe apreciar cuando el omitente, a pesar de tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción, no actúa.

En este sentido se ha pronunciado esta Sala en sentencias 25-4 y 30-6-88, en las que sostuvo que: “en los delitos de omisión (propios o impropios) el dolo del omitente no se puede negar cuando éste ha tenido conocimiento de las circunstancias que generan el peligro de producción del resultado y de su propia capacidad de acción”. En el caso de los delitos de comisión por omisión o delitos impropios de omisión, el conocimiento del omitente se debe referir, también, a las circunstancias que fundamentan la obligación de impedir la producción del resultado (STS 950/97, de 27-6). Por ello, quien conoce las circunstancias que generan su deber (la posición de garante y el peligro de producción del resultado en los delitos impropios de omisión) y su propia capacidad de acción para evitar el resultado, ha omitido dolosamente (STS de 24-10-90).

Esta Sala, en Sentencias 25.4 y 30.6.88, sostuvo que “en los delitos de omisión (propios o impropios) el dolo del omitente no se puede negar cuando éste ha tenido conocimiento de las circunstancias que generan el peligro de producción del resultado y de su propia capacidad de acción”. En el caso de los delitos de comisión por omisión o delitos impropios de omisión, el conocimiento del omitente se debe referir también a las circunstancias que fundamentan la obligación de impedir la producción del resultado (STS 950/97 de 27.6).

En consecuencia, habrá que apreciar culpa respecto a la omisión cuando el omitente por negligencia, es decir, por no emplear el

cuidado debido, no tuvo conocimiento de la situación de hecho que genera su deber de actuar o de su capacidad para realizar la acción impuesta como necesaria para evitar el resultado, o cuando el obligado a realizar la acción no alcanza esta meta (impedir el resultado en los delitos impropios de omisión) por la forma descuidada o inadecuada en la que ejercita dicha acción por la que intenta dar cumplimiento al deber de garantía. Por ello en la STS. 12.11.90 se apunta que en la comisión por omisión imprudente se da una coincidencia entre el deber de garante y el deber de cuidado, aunque conceptualmente resulten diferenciables.

Con tales premisas absolvimos a la madre que conoció las lesiones cuando éstas se evidenciaron, y sin aviso previo de que las mismas pudieran producirse, por lo que no resulta para la misma el requerido conocimiento de ninguna situación de peligro para la niña que determinara su deber de actuar en protección de la misma, poniéndola a salvo de las agresiones y lesiones; ni puede establecerse que omitió —en este caso— una actuación que le era debida.

Y en la Sentencia de este Tribunal n.º 716/2009 de 2 de julio en la medida que el conocimiento de la situación de riesgo estaba ausente pero debería haber sido obtenido de actuar diligentemente, se confirmó la condena a título de imprudencia afirmando que: *pudiendo sancionarse penalmente, a título de comisión por omisión imprudente, a quien lesiona su deber de garante de adoptar determinadas medidas de seguridad o de controlar comportamientos ajenos peligrosos, siempre y cuando el resultado lesivo hubiera sido evitado a través del cumplimiento de ese deber con probabilidad rayana en la seguridad y que ello fuera previsible para el omitente.*

Tal opción resulta discutible si se considera que el omitente es un partícipe. Más aceptable resulta de considerarse que el que omite comete otro delito diverso del cometido por el que delinquiró por comisión.

En el caso que juzgamos tampoco resulta dudoso que la recurrente conocía la situación de riesgo de reiteración de las acciones agresivas. Y con alta probabilidad la eventualidad de un resultado letal. Tampoco se cuestiona que, pese a ello, se mantuvo en una voluntaria pasividad.

3. La omisión como participación cuando el resultado es producido por otra persona activamente.

En los supuestos en los que *un sujeto comete* el delito —produciendo el resultado típico, que causa físicamente con su acción y le es imputable objetivamente—, cabe preguntarse si la omisión de otro sujeto puede alcanzar aquella equivalencia, aún cuando éste sea una persona que, respecto del bien jurídico protegido por el tipo penal que el otro comete, estuviera sometido a deberes de garantía de su indemnidad.

Se trata, ahora, de saber si quien así omite la acción esperada puede ser tenido por autor, o si solamente cabe, en tales casos, ser considerado como partícipe. Lo que exige un *diagnóstico diferencial* del comportamiento de omisión para dilucidar si constituye *autoría* de un hecho propio o *participación* en un hecho ajeno.

Como dejamos dicho más arriba, suscita dudas la equiparación de lo enunciados en que se dice que la madre “mata” a su hijo con el que describe que la madre “ve a otro matar” a su hijo sin realizar ninguna acción impeditiva. Porque en aquel caso la muerte se vincula a su comportamiento y en éste la muerte se puede considerar como un hecho “de otro”.

a) En relación con el delito del artículo 173.2 del Código Penal es evidente la falta de homogeneidad en los criterios jurisprudenciales.

En nuestra Sentencia de 26 de octubre de 2009 resumíamos las posiciones de la doctrina sobre los problemas que plantea la participación omisiva en un delito de comisión. Así, *un sector de la doctrina sostiene que, en estos casos, el omitente es siempre partíci-*

pe, pues el dominio del hecho sólo se transmite al omitente en caso de que el que actúa deje de dominar el curso del hecho. Un segundo sector doctrinal mantiene que es preciso distinguir en función de cuál sea la fuente de la posición de garante, pues si el omitente tiene una función de protección de un bien jurídico deberá ser considerado autor, mientras que si lo que le corresponde es una función de control del peligro procedente de un tercero, deberá ser considerado partícipe, pues en tales casos, también, un interviniente activo solamente podría ser considerado partícipe. Finalmente, desde una tercera posición se argumenta que el garante que no evita la producción del resultado es siempre autor, y que la autoría en los delitos de omisión no puede ser explicada a partir del dominio del hecho. Si bien esta última posición admite como excepciones los delitos especiales propios, los delitos de propia mano y los delitos como elementos subjetivos especiales, en los que el omitente partícipe no puede ser autor y, por consiguiente, debe ser considerado partícipe.

La dificultad de admitir la comisión por omisión de este tipo delictivo deriva de su naturaleza de tipo de mera actividad y, además, con especificación de medios comisivos. Lo que dificulta la equivalencia a tal previsión típica del comportamiento omisivo. Estimo que cae fuera del ámbito dibujado por el artículo 11 del Código Penal que se circunscribe a delitos que consistan en la producción de un resultado. De ahí que la eventual responsabilidad de la recurrente debió exigirse desde otros tipos penales (Omisión de socorro o del deber de impedir determinados delitos).

Con esa premisa calificamos de cómplice el comportamiento de la acusada que *conocía los tratos vejatorios que el procesado sometía a la hija de la primera y que, a pesar de ello, no adoptó decisión alguna para evitarlos, siendo evidente que sobre ella, en cuanto madre de la menor, recaía la función de protección del bien jurídico de preservación de la integridad moral de la niña; o*

bien, como mínimo, a ella correspondía la función de control del peligro que sobre ese bien procediera de un tercero, como era el coprocesado, es claro que la imputación realizada por el Tribunal de instancia como partícipe, en calidad de cómplice, es adecuada a derecho.

Discrepamos así del criterio que habíamos mantenido en nuestra Sentencia 1161/2000 de 26 de junio en la que condenamos a la madre de un niño de 5 meses que, según el relato de hechos probados, “no consta participase activa o pasivamente” en las agresiones que reiteradamente le propinaba el padre ante sus pérdidas de paciencia por los lloros del menor. La condena a la madre por delito del artículo 173 se fundó en entenderla responsable como autora en comisión por omisión por su posición de garante que se convirtió en *esencial o necesaria*, no meramente favorecedora, para la consumación de las lesiones.

Y más aún de la decisión que adoptamos en la Sentencia 834/2000 de 19 de mayo en la que, si bien condenamos a la madre, no lo fue por el mismo tipo penal de violencia en comisión por omisión, sino por el de omisión propia del artículo 450 del Código Penal. Y ello que el supuesto de hecho era bien similar: conducta pasiva de la madre de un menor de 12 años de edad ante las reiteradas agresiones físicas cometidas por su compañero sentimental sobre el niño, que determinó la condena. En la instancia del hombre por delito de maltrato habitual del art. 173 en concurso con una falta de lesiones. A la madre se le condenó conforme al tipo específico por no haber acudido a denunciar ante la autoridad tales hechos para impedir su producción.

b) En relación a los casos de delito de resultado, homicida o lesivo hemos admitido todas las posibilidades que van desde la autoría a la participación colaboradora.

En la ya citada Sentencia de este Tribunal de 26 de octubre de 2009 consideramos que la madre posibilitó que el compañero estuviera a solas con la hija menor aún sabiendo que el procesado cuando se encontraba a so-

las con su hija sometía a ésta a todo tipo de agresiones. Afirmando la posición de garante y el incumplimiento por la misma de los deberes de protección que le correspondían, con ese conocimiento, condenamos a la madre como autora en comisión por omisión de las lesiones causadas por la pareja a la menor.

A la misma calidad de autoría se remite, incluso en relación con delitos de agresión sexual, la Sentencia de este Tribunal n.º 21/2007 de 19 de enero.

En nuestra Sentencia n.º 982/2006 de 10 de octubre establecimos que, cuando se trata de omitentes sancionados en calidad de partícipes en un delito en el que hay un autor principal distinto, la equiparación puede existir con referencia a los cooperadores necesarios —así condenó la sentencia recurrida—, o meramente a título de cómplices, como pretenden en ese caso los recurrentes: *en el caso presente es claro que nos encontramos ante unas conductas, las de los padres omitentes, sin las cuales no habría podido Gerardo abusar de los tres hijos como lo hizo. Con cualquier comportamiento de mínima prohibición u obstáculo que hubiera realizado cualquiera de los dos cónyuges, el autor principal no hubiera podido obrar como lo hizo. Tal y como se desarrollaron los hechos (hechos probados), una mera advertencia realizada a Gerardo por cualquiera de los padres habría impedido o evitado la continuación de la criminal conducta de este, y asimismo con el control de los hijos para que no fueran al domicilio de aquel; todo en la línea de los deberes que tenían que cumplir como titulares de la patria potestad de las víctimas conforme al citado art. 154.1.º del Código. Estuvo en manos de los padres impedir los delitos de Gerardo y ello además con manifiesta facilidad. No solo omitieron la conducta debida, sino que, como ya se ha dicho, incluso a veces alguno de los progenitores llevó a sus hijos al domicilio de Gerardo. La conclusión es sencilla: fue bien aplicado al caso el art. 28 b) CP al ser su omisión equipa-*

ble a la paralela acción de cooperación necesaria activa

En la Sentencia n.º 1480/1999 de 13 de octubre, reiteramos la admisibilidad de la participación omisiva en un delito de resultado siquiera reconociendo que es más discutible determinar si esa omisión del deber jurídico de actuar ha de ser subsumida en la autoría o en la participación, necesaria o no. Se admite que la inacción puede considerarse equivalente a la realización de un acto positivo de colaboración a la causación del resultado si se estima *que una hipotética acción esperada por la norma hubiera sido causa para la no producción del resultado, términos que se valoran desde la perspectiva de la colaboración no necesaria, típica de la complicidad imputable al acusado*. Y esa valoración se efectúa en un caso en que la posición de garante proviene de una previa injerencia del que omite en la situación de la víctima. *(Estos presupuestos concurren en la conducta del recurrente que habiendo realizado actos de intimidación en una persona, observa que por otro de los intervinientes se desarrolla una conducta dirigida a acabar con la vida del previamente intimidado y se abstiene de actuar en el sentido generado con la norma, posibilitando que esa iniciación contribuya, en el sentido antes expuesto, a la realización del resultado que pudo y debió tratar de evitar)*.

Es aquí donde parece más cuestionable la Jurisprudencia. Estimo que el juicio de equivalencia impuesto en el artículo 11 del Código Penal, desde la exigencia de valores como el principio de legalidad, requiere que, en los supuestos que venimos examinando —resultado de homicidio producido por el la actuación de otro autor responsable criminalmente— el que observa un comportamiento omisivo, aun teniendo el deber de garantizar la protección de la vida de la víctima no es equiparable al autor en el sentido que el texto de la ley da a la palabra *matar*.

Tal comportamiento no debe rebasar la consideración de partícipe. Y además, en el

caso que juzgamos, a título de mero cómplice.

La sentencia de instancia no describe un contexto suficientemente inequívoco en el que pueda afirmarse el cuadro de actuaciones posibles de la acusada, ni relata cual sea el grado de dependencia de ésta respecto del actuar de su compañero que sí se indica era notoriamente violento.

La omisión acción debida por la madre, antes indicada —procurar el cese de la convivencia o la denuncia a la Autoridad— ni puede afirmarse por ello equivalente a la de ejecutar el acto homicida, ni puede decirse que las acciones efectivamente a su alcance garantizarían de manera cierta la evitación de dicha acción homicida del otro autor.

Ciertamente es equivalente, desde una perspectiva normativa, a la acción de favorecimiento, pero no puede afirmarse que lo sea a la de poner una condición *sine qua non* para la producción de la muerte de la víctima.

Por otra parte, que el artículo 28 y el 29 requiera para el cooperador o el cómplice la realización de “actos” pudiera llevar a la conclusión de que no cabe tener tal cualidad si el comportamiento consiste en la no realización de acto alguno. Ello no ha sido obstáculo en ningún caso para la Jurisprudencia que admite la participación omisiva. Ni debe serlo porque, como algún autor propone, la voz “actos” se equipara en ese texto al de “comportamientos”, género que incluye las especies “actos” y “omisiones”.

Sentencia 160/2010, Sala de lo Penal del TS, de 5 de marzo de 2010

VIOLENCIA DE GÉNERO. DISPENSA DE LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR Arts. 153.1 Código Penal; 261.1, 461.1 y 730 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**

SÍNTESIS

Amplio repaso de la doctrina jurisprudencial sobre el significado de la dispensa de la obligación de declarar contra parientes y personas vinculadas por determinados lazos de afectividad y las consecuencias derivadas de la omisión de esta información a la víctima de violencia de género en sede policial y judicial.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

El art. 261 LECrim. —dice la STS. 28.1.2009— determina que no están obligadas a denunciar las personas que en él se relacionan, y entre ellas “el cónyuge del de-

lincente”— si bien esta Sala, SS. 22.7.2007, 20.2.2008, 26.3.2009, y la mayoría de la doctrina extiende tal dispensa a las parejas de hecho o personas unidas al acusado por una relación de afectividad análoga a la del cónyuge. La dispensa de tal deber de denuncia que se corresponde con la de de-

clarar testificalmente contra aquél establecida en el art. 416 de la LECrim., no comporta obviamente una prohibición, pero sí una facultad cuyo fundamento está en la voluntad de la ley de dejar al interesado la solución del conflicto moral o de colisión de intereses entre su deber como ciudadano de comunicar los hechos delictivos para su persecución y de testimoniar verazmente sobre ellos, y su deber personal de lealtad y afecto hacia personas ligadas a él por vínculos familiares. De ahí que esa legal atribución del poder de decidir el conflicto a quien lo soporta se acompañe de la correspondiente información de que puede ejercitarlo. Tal es el significado de la advertencia que el Juez instructor debe hacer al testigo de que no tiene obligación de declarar contra su pariente (art. 416 de la LECrim.).

Sobre las razones de la existencia de este derecho ha sido pacífica la doctrina y la jurisprudencia al señalar que el fundamento de la dispensa no se encuentra en la garantía del acusado frene a las fuentes de prueba, sino de los propios testigos a quienes con tal dispensa se pretende excluir del principio general de la obligatoriedad de los testigos a declarar, para no obligarles a hacerlo en contra de su pariente, en razón a que no es posible someter al familiar del acusado a la difícil tesis de declarar la verdad de lo que conoce y que podría incriminarle, o faltar a la verdad y afrontar la posibilidad de ser perseguido por un delito de falso testimonio. Añade el Tribunal Supremo en sentencia de 22.2.2007, que la excepción o dispensa de declarar al pariente del procesado o al cónyuge, tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado. Advertencia que aunque no se prevé expresamente en los supuestos de denuncia de parientes comprendidos en el art. 261 LECrim. ha de entenderse exigible también aquí, por la identidad de razón que fundamenta la dispensa en ambos casos, y por la naturaleza facilitadora de su efectivo ejer-

cicio, que la advertencia tiene también en los dos supuestos. Por tanto no hay duda de que en los casos de denuncia mediante declaración ante Agente policial contra parientes del art. 261, ha de hacerse la advertencia referida.

La cuestión no ha resultado del todo pacífica en la jurisprudencia por cuanto el criterio aislado mantenido por la STS. 18.12.91, que señalaba que no resulta necesaria la advertencia cuando es el testigo mismo quien pone en marcha con su denuncia o querrela la actividad jurisdiccional, encontró cierto seguimiento en la STS de 6 de abril de 2001, que afirma que “cuando el testigo que se encuentre vinculado con el inculcado en la forma prevista en dicha disposición, se presente espontáneamente ante la autoridad, de tal manera que su renuncia al ejercicio de la facultad otorgada por dicho precepto resulte concluyente mente expresada, la falta de advertencia podrá no generar necesariamente una Prohibición de valoración de la prueba. La expresión concluyente de la renuncia, cabe agregar, se debe apreciar especialmente en los casos que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima”.

La muy conocida STS de 27 octubre de 2.004, viene a precisar que el presupuesto de la dispensa del artículo 416.1 es que medie la obligación de declarar. Y razona que “En el presente caso no existe tal presupuesto en la medida que fue Yolanda quien espontáneamente acudió a la Comisaría de Alcázar de S. Juan —folio 1— denunciando a su padre, denuncia que inició el procedimiento judicial, y en esta situación en que es la propia víctima la que denuncia, es obvio que las prevenciones de dicho artículo son superfluas y en todo caso su omisión ninguna relevancia tiene y menos con el alcance que pretende darle el recurrente.

Un examen de las actuaciones pone de manifiesto que tras la declaración/denuncia inicial de la víctima, se le recibió en sede judicial —folio 21— en concepto de perjudicado, a presencia del Juez, Secretario y Letrado designado expresamente por el de-

tenido. Ninguna tacha puede efectuarse a tal declaración que, por ello, es susceptible de ser valorada e integrar la actividad de cargo capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia”.

En sentido coincidente con las resoluciones anteriores, encontramos el A TS de 29 de marzo de 2006, que reitera la doctrina expuesta en la Sentencia citada en último lugar, de que en una situación como la que se contempla, en la que la víctima, hija menor afín del acusado es la que, espontáneamente denuncia los hechos, poniendo en marcha el procedimiento penal, las prevenciones del art. 416 son superfluas y su omisión no tiene ninguna relevancia.

Por su parte, la STS de 12 de julio de 2007, avanza un paso más, al señalar que el artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece un derecho renunciabile en beneficio de los testigos, pero no de los denunciadores espontáneos respecto de hechos que los han perjudicado y que acuden a la Policía en busca de protección.

Abundando en este criterio, la STS de 20 febrero de 2008, a que antes hemos hecho referencia, por cuanto declaraba la nulidad de las declaraciones efectuadas por mujer testigo incluida en el ámbito del 416.1, sin que fuera advertida de su derecho, también viene a precisar, con meridiana claridad que “Esa dispensa es un derecho del que deben ser advertidos las personas que encontrándose en esa relación sean requeridas para participar a la indagación de hechos delictivos una manifestación sobre lo que tengan conocimiento y que contribuyan al esclarecimiento de lo que se investiga. Resulta del precepto que analizamos que es un derecho del pariente del que debe ser advertido y que actúa cuando se produce un previo requerimiento por la fuerza instructora o el Juez de instrucción. Es decir, así como no es preceptivo realizarlo respecto a la persona que acude a la policía en demanda de auxilio, sí que es necesario realizarlo cuando, conocida la *notitia criminis*, se indaga el delito. En este sentido la policía y el Juez de instrucción debieron, antes de recibir declaración sobre

los hechos, hacer la información sobre el contenido de la dispensa a declarar, a colaborar en la indagación de un hecho delictivo que se investiga.

No obstante este criterio jurisprudencial predomina en la actualidad el establecer la obligatoriedad de la advertencia tanto en sede policial como judicial y dentro de ésta en cada una de los dos fases del proceso —instrucción y plenario— así como que los efectos de la no observancia de dicha obligación es la nulidad de la declaración prestada y la consiguiente imposibilidad de su valoración por el juzgador.

Planteamiento que se expresa, entre otras, en las SSTs. 28.11.96, 18.4.97, 17.12.97 y 26.5.99 que entendieron que es obligación del Juez instructor de un proceso penal advertir a los testigos que se encuentren dispensados de la obligación de declarar por ser pariente del acusado con la consecuencia de que la declaración prestada sin esta advertencia será nula.

Criterio que se ha mantenido en sentencias como la de 10.5.2007, en la que se señalaba que el deber de advertir al testigo que se encuentra en la situación que prevé el art. 416.1.º LECrim alcanza no sólo al Juez, sino también a la policía, declarando prueba obtenida ilegalmente la declaración de la hermana del acusado que entrega la droga a la policía y no fue advertida ni de la exención del deber de denunciar ni de la dispensa de la obligación de declarar, por lo que el Tribunal determinó que tal omisión acarrearba la nulidad de las restantes pruebas y la absolución del acusado.

La STS. de 20.2.2008, declara la nulidad de las declaraciones sumariales incorporadas al juicio oral mediante su lectura, respecto de la mujer unida al acusado por análoga relación de afectividad a la matrimonial, al no ser advertida por la policía, ni por el Juez de instrucción de su derecho a no declarar, retractándose de sus imputaciones en el juicio.

Igualmente la STS. 13/2009 de 20.1 declara, que cuando declaran como testigos los familiares a los que se refiere el artículo

416.1 de la LECrim, una de las garantías que deben ser observadas en sus declaraciones reside en la previa advertencia de su derecho a no declarar contra el procesado, así como acerca de que la ley, aún no prestando declaración como tal, le permite realizar las manifestaciones que considere oportunas. En realidad no se trata de un derecho del testigo a no declarar en la causa, sino a no hacerlo en contra del procesado al que le une el vínculo familiar. Es cierto que si decide declarar debe ajustarse a la verdad, es decir, no está autorizado a mentir a favor del procesado, pero también lo es que no está constreñido a declarar en su contra.

Por otra parte, con carácter más general, el artículo 418 de la misma Ley, que no se refiere directamente al procesado, exime al testigo, con las excepciones que contempla, de la obligación de declarar respecto de cualquier pregunta cuya contestación pueda perjudicar de una forma directa e importante, en términos de dicho artículo, ya a la persona ya a la fortuna de cualquiera de los parientes a los que se refiere el artículo 416, lo que sin dificultad puede extenderse al procesado. Parece que si esta posibilidad se reconoce a quien está obligado a declarar debe asimismo reconocerse a quien declara por propia iniciativa.

Es claro, de otro lado, que la situación de quien declara ante el Juez no es la misma si lo hace bajo el juramento o promesa de decir verdad con la conminación de las posibles consecuencias derivadas en caso de incurrir en falso testimonio, que si se le advierte de sus derechos legales a no contestar. Consecuentemente, las declaraciones prestadas contra el procesado por los parientes que señala la ley, sin la previa advertencia prevista en el artículo 416 de la LECrim, en cuanto que no han sido prestadas con todas las garantías, deben reputarse nulas y no pueden utilizarse válidamente como prueba de cargo por la vía del artículo 714 de la misma Ley. En estos casos, las únicas declaraciones válidas son las prestadas una vez que ha sido informado de su derecho a no declarar contra el procesado.

En este sentido la STS. 129/2009 de 10.12, en un supuesto de una testigo, hija del acusado, en el acto del juicio oral y aún cuando ya había prestado declaración durante la instrucción, optó por abstenerse de declarar, de acuerdo con los arts. 707 y 461.1 de la LECrim, vino a sostener que la “libre decisión de la testigo en el acto del juicio oral que optó por abstenerse de declarar contra el acusado de acuerdo con el art. 707 LECrim. en relación con el art. 416 LECrim. en el ejercicio de una dispensa legalmente atribuida, incompatible con la neutralización de su efecto mediante la valoración de la declaración sumarial”, e insistió en que “tampoco autoriza la incorporación de la diligencia sumarial el art. 714 que permite la lectura de la declaración prestada en el sumario cuando no sea en lo sustancial conforme con la prestada por el testigo en el Juicio Oral. Precepto justificado para medir la credibilidad de la verdadera prueba que es la del Juicio Oral a través de las explicaciones que el testigo da sobre la contradicción, y que por lo mismo exige como presupuesto que la contradicción se produzca. Es obvio que cuando el testigo pariente dispensado de declarar hace uso de esa facultad y no declara, nada dice en el Juicio Oral y ninguna contradicción se puede apreciar en su silencio, que nada afirma ni niega, respecto a lo declarado en el sumario”.

En resumen, la participación del testigo víctima se produce en tres momentos: uno primero, en la fase perjudicial, donde es necesario que se le informe de su derecho a no denunciar en virtud de lo dispuesto en el art. 261 LECrim, salvo en algunos casos de “denuncia espontánea”. Una segunda en el Juzgado instructor, donde se le debe informar del art. 416 LECrim. y una tercera en el Plenario, el que a tenor de lo dispuesto en el art. 707, deberá también hacérsele la información del derecho que recoge el artículo citado, bien entendido que el hecho que en alguna de estas declaraciones no utilice el derecho a no denunciar o no declarar, no supone

ya una renuncia tácita y definitiva a su utilización en una ulterior fase.

En definitiva y atendiendo a la doctrina jurisprudencial expuesta se puede concluir: 1) Las citadas advertencias deben hacerse tanto en sede policial como judicial (instrucción y plenario). El pariente del acusado que esté incluido en el art. 261 ó 416 LECrim. no tiene obligación de conocer que está eximido de denunciar o declarar. Para renunciar a un derecho debe informarse que de dispone del mismo, nadie puede renunciar a algo que desconozca. En todo caso, el hecho de hacerlo no supone una renuncia tácita a este derecho para declaraciones posteriores; 2) La ausencia de advertencia a la víctima de su derecho a no declarar conlleva la nulidad de la declaración que haya realizado, no del juicio en sí. Así en tales casos el Tribunal debe verificarse con la prueba subsistente existe prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia.

Tercero.—En el caso presente —como ya se ha anticipado— en la denuncia formulada el 15.8.2006 por Marisol contra su pareja el acusado Bernardo, no se le advirtió de su no obligación de denunciar, art. 261.1 LECrim, y en su declaración ante el juzgado instructor el día siguiente, ratificando aquella, no se le advirtió de su derecho a no declarar contra el que era su compañero sentimental (art. 416.1 LECrim.). Asimismo consta que 14 días después, el 1.9.2006, por comparecencia en el juzgado, Marisol retiró la denuncia, reanudando la convivencia con el acusado con el que ha contraído matrimonio el 14.7.2007. Por último en el acto del juicio oral, se acogió a su derecho a no declarar contra el procesado —quien también hizo uso de su derecho constitucional a no declarar, art. 24.2 CE).

Siendo así aquella denuncia inicial y primera declaración judicial no fueron ratificadas en el acto del juicio oral conforme a los principios de oralidad, inmediación y contradicción y no pueden servir como prueba válida para enervar la presunción de inocencia, no ya porque ninguna de las partes in-

teresó su lectura al amparo de los arts. 714 y 730 LECrim. sino porque tal lectura sería, en todo caso, improcedente. Si la víctima es advertida de su derecho a no declarar en el Plenario y lo utiliza, aunque haya formulada denuncia y ratificara la misma ante el Juez instructor no es posible dar lectura a la declaración sumarial para elevar la declaración al plenario como si ocurre en el caso de que se produjeran contradicciones en las declaraciones de los testigos o acusados o de negativa a declarar por acusados que se autoinculparon en la instrucción. Así se ha declarado por esta Sala en SS. 17.12.97, 27.11.2000, y por el Tribunal Constitucional en SS. 331/46 de 11.4 y 1587/97 de 17.12, en orden a que no puede leerse una declaración sumarial de un testigo cuando éste hace uso de su derecho a no declarar en el acto del juicio oral, con razonamientos extensamente expuestos en la STS. 129/2009 de 10.2, que pueden resumirse en:

— La libre decisión de la testigo en el acto del Juicio Oral que optó por abstenerse de declarar contra el acusado, de acuerdo con el art. 707 de la LECr, en relación con el art. 416 de la LECr, es el ejercicio de una dispensa legalmente atribuida, incompatible con la neutralización de su efecto mediante la valoración de la declaración sumarial, porque con ello se desvirtuaría tal decisión a la que se le admite una plena eficacia.

— Se impide que se transforme ese inicial valor como mera diligencia sumarial sin valor de prueba en una verdadera prueba de cargo testifical, después de que la dispensa atribuida al testigo ha sido ya ejercitada en sentido contrario, negándose el testigo a declarar contra el pariente acusado. Hacer esa conversiOn es impedir por una vía indirecta lo mismo que por otra se concede al beneficiario de la dispensa.

— Tampoco está legitimada en este caso la incorporación de la declaración testifical prestada en Sumario, a la actividad probatoria del Juicio Oral, por la vía del art. 730 de la LECr. que permite se lean a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas inde-

pendientes de la voluntad de aquéllas, no pueden ser reproducidas en el Juicio Oral, y no es el caso del ejercicio voluntario del art. 416 LECrim que no está comprendido en el art. 730 LECrim. Llamar a la negativa a declarar “imposibilidad jurídica” para justificar la aplicación del art. 730 es un recurso semántico que desvirtúa el precepto, se aparta de su fundamento, desnaturaliza su condición de excepción, y choca contra el legítimo ejercicio de la dispensa de declarar contra un pariente porque se opone al resultado que con *ese* ejercicio se pretende.

— Por irreproducible, a los efectos del art. 730, debe entenderse lo que ni siquiera es posible por el propio carácter definitivo de las causas que lo motivan; algo que no es predicable del testigo que acudiendo al Juicio Oral opta allí y en ese momento por ejercitar el derecho o no a declarar que la Ley le atribuye.

Argumentos a los que puede añadirse que la lectura de la declaración sumarial al amparo del art. 730 LECrim. presupone que ésta haya sido prestada con todas las garantías y de acuerdo con las prescripciones señaladas en la Ley, lo que en el caso presente no sucedería, al no haber sido advertida la testigo en aquella declaración sumarial de la dispensa del art. 416.1 LECrim.

Cuarto.—Cuestión distinta es que el hecho de que no se pueda tener en cuenta la declaración del testigo-víctima pueda no determinar necesariamente que siempre se tenga que dictar sentencia absolutoria porque podrían existir otras pruebas suficientes para enervar la presunción de inocencia en cuanto supongan que el contenido de aquella declaración de algún modo haya sido introducido en el Plenario de acuerdo con los principios del derecho probatorio.

En este sentido la sentencia de instancia hace referencia a los partes facultativos de esa fecha que refieren un politraumatismo, como ratifica la medico forense del Juzgado

instructor y recoge el auto de procesamiento en su primer apartado.

(...)

Por tanto lo esencial será constatar si aquellos partes e informe forense corroboran lo manifestado por la denunciante sin posibilidad de duda alguna razonable y tal conclusión no puede sostenerse.

En efecto aquellos partes acreditarían que la víctima presentaba en el momento de la exploración las lesiones que se describen, pero no su etiología y menos aún su causación por el acusado, por cuanto, de una parte, el forense que compareció en el plenario, Santiago —que fue el que ratificó en la instrucción, dos años después de los hechos, el informe emitido por otro forense, Daniela—, si bien ratificó su informe, reconoció no haber explorado a la paciente ni haber participado en la pericia, y de otra el valor, en todo caso, de su testimonio en cuanto a la autoría de las lesiones vendría limitado a lo que se contó o narró la propia denunciante, por lo que en este extremo el informe tendría la consideración de testimonio referencia, sin valor en este caso, al estar condicionada su credibilidad a la que mereciera el testigo directo, que se negó a declarar ejercitando libremente la facultad concedida por la Ley.

Respecto a la referencia del auto de procesamiento a las lesiones, esta resolución es un acto procesal del Instructor consistente en la declaración de la presunta culpabilidad de la persona contra quien en el sumario resulta algún indicio racional de criminalidad, como probable partícipe del hecho punible. Por tanto solo recoge indicios, es provisional por cuanto puede dejarse sin efecto y carece de cualquier virtualidad probatoria en orden a desvirtuar la presunción de inocencia.

Quinto.—Consecuentemente el motivo deberá ser estimado dictándose segunda sentencia absolviendo al recurrente, (...).

Sentencia 215/2010, Sala de lo Penal del TS, de 8 de marzo de 2010

COMPETENCIA TRIBUNAL DEL JURADO. DELITOS CONEXOS

Arts. 1.2 y 5.4 LOTJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer

SÍNTESIS

Se hace aplicación de los Acuerdos Plenarios de 20 de enero y 23 de febrero de 2010 (reproducidos en el número 30 de la Revista) para excluir la competencia del Tribunal del Jurado en un supuesto de delitos conexos (agresión sexual y asesinato) presididos por un común ánimo de atentar contra la libertad sexual de las víctimas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

1. La parte recurrente sostiene la falta de competencia objetiva de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de La Coruña, alegando que la causa se inició por Diligencias Previas por asesinato, a las que luego se acumularon otras dos diligencias por agresión sexual. Y que la defensa mantuvo reiteradamente, en escrito de 14-3-08 (f.º 834 a 837), que si no se dividía la continenencia de la causa por el enjuiciamiento separado, debería conocer de los delitos de agresión sexual el Juzgado de lo Penal, y del de asesinato el Tribunal del Jurado. Si se dividía la continenencia de la causa, sería el Tribunal del Jurado el competente para conocer de todos ellos, como consecuencia de la aplicación de los arts. 5.2 y 1.º de la LOTJ. Y que todo ello fue desestimado implícitamente por el auto de conclusión del sumario. La reclamación con tal criterio fue reiterada formulando artículo de previo y especial pronunciamiento, desestimado, a

su vez, por auto de la Sección primera de la Audiencia de 27-3-09.

Y, entiende el recurrente, que habiéndose retirado la acusación respecto del primer delito imputado de agresión sexual y del relato de hechos, el móvil de agredir sexualmente a la víctima en el de asesinato, que había sido el motivo central para mantener la conexidad que obligase al enjuiciamiento conjunto, quedó demostrado que la conexidad no existía ni existió nunca, y que la acumulación no había sido sino un mero instrumento para huir del procedimiento de la LOTJ.

(...)

Pues bien, examinadas las actuaciones, se comprueba al amparo del art. 899 de la LECr. que habiéndose requerido, a iniciativa del Ministerio Fiscal, de *inhibición* a los dos Juzgados de Instrucción que llevaban por separado las agresiones sexuales, por haberse acordado por el referido auto de 17-4-06 (f.º 528-529) estimándose conexidad de tales infracciones con la posterior muerte violenta sobre las bases de una im-

putación subjetiva única, tal resolución, notificada al inculpado en 21-4-06 (f.º 531 y 532), devino firme y no fue cuestionada por su representación.

(...)

Ciertamente, en las actuaciones (f.º 834 y ss.) obra escrito de la representación del procesado, de fecha de entrada 14-3-08, solicitando “la conclusión del sumario sin procesamiento y, subsidiariamente, si resultaren indicios de homicidio, la incoación del correspondiente procedimiento de la LOTJ; y si resultaren indicios de delito contra la libertad sexual, la incoación de las correspondientes diligencias; y si resultare conexión sin que pueda dividirse la continencia de la causa, que se incoe por todos ellos el procedimiento de la LOTJ”, al que se le da entrada por providencia de 17-4-08 (f.º 838), acordándose estarse a lo acordado en la resolución de 16 de abril (procesamiento); lo que se notifica a la representación del procesado en 21-4-08 (f.º 840). Después obra ya la indagatoria del procesado efectuada en 23-4-08 (f.º 847), y auto de conclusión del sumario de 9-10-08 (f.º 869).

Y, posteriormente, es cuando se solicita por la citada parte que se de lugar al artículo de previo pronunciamiento, admitido a trámite en 11-3-09, que es resuelto negativamente por la Audiencia en 27-3-09, el cual devino también firme, por no haberse recurrido, a pesar de que tal Tribunal advirtió en su resolución que, de acuerdo con el acuerdo del Pleno de esta Sala de fecha 8-5-98, cabía interponer recurso de casación. Lo cual es cierto, pues este Acuerdo precisó que: “El actual art. 676 de la LECr. tras su modificación por la LO 5/95, de 22 de mayo, debe interpretarse en el sentido de que la apelación que en él se contempla es únicamente admisible en el ámbito competencial que la LO 5/95 atribuye al Jurado, y su decisión en este limitado campo pertenece al Tribunal Superior de Justicia correspondiente. Fuera de este ámbito procesal el recurso que corresponde es el casación ante la Sala Segunda del TS, a través de lo dis-

puesto en el art. 848 LECr”, (STS 6-7-98, 10-10-01, 15-11-01, 25-2-03, 22-1-04, 30-6-05, etc.).

Si, como afirma el recurrente, en el acto de la Vista del juicio oral, la acusación modificó sus conclusiones provisionales, lo cierto es que, hasta ese avanzado momento del procedimiento, en el que solo cabía la conclusión del acto y que fuera dictada sentencia, existía una pluralidad de delitos imputados a una misma persona, realizados en un mismo ámbito territorial, durante un limitado periodo de tiempo, presididos por un común ánimo de atentar contra la libertad sexual de las víctimas empleando violencia física, por lo que esos vínculos entre las diversas infracciones justificaba el enjuiciamiento conjunto por la Audiencia y la conclusión del procedimiento del único modo posible en tal estadio, es decir, mediante la correspondiente sentencia. La dilucidación de las cuestiones de competencia, es algo que no puede diferirse, tanto en el procedimiento de la ley del Jurado, como en los procedimientos ordinarios, a una fase previa a la entrada en el Plenario, en cuyo momento tales discusiones son completamente extemporáneas y rechazables.

Tal criterio ha venido a ser confirmado por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala que, en 20-1-2010, adoptó el Acuerdo de que: “Cuando se imputen varios delitos y alguno de ellos sea de los enumerados en el artículo 1.2 de la LOTJ: La regla general es el enjuiciamiento separado, siempre que no lo impida la continencia de la causa.

a) Se entenderá que pueden juzgarse separadamente distintos delitos si es posible que respecto de alguno o algunos pueda recaer sentencia de fallo condenatorio o absolutorio y respecto de otro u otros pueda recaer otra sentencia de sentido diferente.

b) La analogía o relación entre varios hechos constitutivos de varios delitos, en ningún caso exige, por sí misma, el enjuiciamiento conjunto si uno o todos ellos son competencia del Tribunal del jurado (artículo 1.2 LOTJ).

La aplicación del artículo 5.2.a) no exige que entre los diversos imputados exista acuerdo. Se incluyen los casos de daño recíproco.

La aplicación del artículo 5.2.c) requiere que la relación funcional a la que se refiere se aprecie por el órgano jurisdiccional en atención a la descripción externa u objetiva de los hechos contenidos en la imputación.

La competencia se extenderá al delito conexo siempre que se haya cometido teniendo como objetivo principal perpetrar un delito que sea de la competencia del Tribunal del Jurado, es decir, que ha de ser de la competencia del Jurado aquel cuya comisión se facilita o cuya impunidad se procura.

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 artículo 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.

El artículo 5.3, al mencionar un solo hecho que pueda constituir dos o más delitos, incluye los casos de unidad de acción que causaren varios resultados punibles.

Se excluye el caso de la prevaricación, que nunca será competencia del Tribunal del Jurado.

En consecuencia, cuando no se aprecie alguna de las finalidades previstas en el artículo 5.2.c) o el delito fin no sea de los enumerados en el artículo 1.2; no concurren las circunstancias de los apartados a) o b) del artículo 5.2; no se trate de un caso de concurso ideal o de unidad de acción que causare varios resultados punibles; o, en cualquier caso, siempre que uno de los delitos sea el de prevaricación, y no pueda procederse al enjuiciamiento separado sin romper la continencia de la causa, la competencia será del Juzgado de lo Penal o de la Audiencia Provincial”.

Este Acuerdo ha sido completado por el de 23-2-2010 que reza que: “Cuando existieren dudas acerca de cuál es el objetivo principal perseguido por el autor de los hechos objeto de las actuaciones y uno de ellos, al menos, constituya delito de los atribuidos al Tribunal del Jurado (art. 1.2 LOTJ), la competencia se determinará de acuerdo con la que corresponda al delito más gravemente penado de entre los imputados”.

Consecuentemente, no habiendo sido conculcados ninguno de los derechos constitucionales invocados, ambos motivos han de ser desestimados.

Sentencia 171/2010, Sala de lo Penal del TS, de 10 de marzo de 2010

TRÁFICO DE DROGAS Y LESIONES

Arts. 152, 368 y 369.1.5.^a Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

SÍNTESIS

En un supuesto de facilitación de cocaína a menores causando lesiones graves a uno de ellos, destaca la argumentación relativa al rechazo de que

se trate de un supuesto de «consumo compartido» (atípico), así como a la existencia de imputación objetiva entre el consumo de la droga y las lesiones graves sobrevenidas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—(...)

La Sala de instancia desestima la alegación exculpatoria del “consumo compartido” por no concurrir los requisitos que jurisdiccionalmente se han venido exigiendo.

Así esta Sala (SSTS. 1081/2009 de 11.11, 357/2009 de 3.4, 1254/2006 de 21.12), si bien ha venido desarrollando una doctrina que amplía la falta de punición de la tenencia para autoconsumo individual a algunos otros de autoconsumo en grupo, ante la presencia de casos en que, particularmente jóvenes se reúnen para compartir la droga que han adquirido con el dinero de todos, ha venido también requiriendo para reputar atípica esa conducta consistente en el consumo conjunto por diversas personas, que concurren las siguientes circunstancias (SSTS. 376/2000 de 8.3, 1969/2002 de 27.11, 286/2004 de 8.3 y 378/2006 de 31.1):

a) Los consumidores que se agrupan han de ser adictos, ya que si así no fuera, el grave riesgo de impulsarlos al consumo o habituación no podría soslayar la aplicación del artículo 368 del Código Penal ante un acto tan patente de promoción o favorecimiento. A esta exigencia hacen referencia sentencias tales como las de 25 de junio de 1993, 3 de marzo, 3 de junio y 25 de noviembre de 1994, 27 de enero, 3 de marzo de 1995, veinte de julio de 1999, 13 de diciembre de 2001, si bien las sentencias 286/2004 de 8.3 y 408/2005 de 23, amplían el concepto y reputan adictos a los consumidores habituales de fin de semana, singularmente en los casos de drogas sintéticas (MDMA, MDA) en los que el patrón de consumo más habitual responde al consumi-

dor de fin de semana, en el marco de fiestas o celebraciones entre amigos. En este sentido la STS 718/2006 de 30.6, recuerda que ha de tenerse en cuenta que la condición del consumidor esporádico de fin de semana es la más típica y usual de los casos de consumo compartido.

En efecto que la exigencia de que el grupo de consumidores hayan de ser adictos, entendiendo esta palabra como drogodependientes no es exacta en la jurisprudencia de esta Sala y debe ser matizado, interpretándose “adicto” como consumidor de fin de semana, un patrón de uso que no exige la condición de drogadicto (SSTS. 237/2003 de 17.2, y 983/2000 de 30.5).

b) El proyectado consumo compartido ha de realizarse en lugar cerrado, y ello en evitación de que terceros desconocidos puedan inmiscuirse y ser partícipes en la distribución o consumo; aparte de evitar que el nada ejemplarizante espectáculo pueda ser contemplado por otras personas con el negativo efecto consiguiente. La referencia a “lugar cerrado”; es frecuente en la jurisprudencia (SS. de 26 de noviembre de 1994 y 2 de noviembre de 1995).

c) La cantidad de droga programada para la consumición ha de ser “insignificante”; como correspondiente a un normal y esporádico consumo (sentencias de 25 de junio y 10 de noviembre de 1993, 21 de noviembre de 1994 y 28 de noviembre de 1995).

d) La coparticipación consumista ha de venir referida a un pequeño núcleo de drogodependientes, perfectamente identificables por su número y condiciones personales, por lo que han de ser personas ciertas y determinadas, único medio de poder cali-

brar su número y sus condiciones personales.

e) Ha de tratarse de un consumo “inmediato”; de las sustancias adquiridas (sentencias de 25 de junio de 1993, 25 de septiembre y 2 de noviembre de 1995) y sin contraprestación especulativa de las sustancias adquiridas al efecto (SSTS. 16.6.97 y 15.1.98).

Bien entendido que esta Sala (STS. 718/2006 de 30.6), partiendo de la concepción de los delitos contra la salud pública, como de infracciones de peligro en abstracto, tiene establecido que pueden existir supuestos en los que no objetivándose tal peligro se estaría en una conducta atípica, evitándose con ello una penalización *sic et simpliciter*, que pudiera tener efectos criminógenos y en la que no estuviese comprometido el bien jurídico que tales delitos tratan de defender, habiéndose señalado como indicadores que abonarían tal atipicidad, los acabados de exponer, en los que se trata de verificar si en el presente caso se está en un supuesto de los comprendidos en la doctrina de la Sala expuesta, debiendo añadirse que en todo caso, los indicadores citados deben de valorarse desde el concreto análisis de cada caso, ya que no debe olvidarse que todo enjuiciamiento es un concepto esencialmente individualizado y que lo relevante es si del análisis del supuesto se objetiva o no una vocación de tráfico y por tanto un riesgo para la salud de terceros. Cada uno de los requisitos que se establecen para la declaración de concurrencia no pueden ser examinados es su estricto contenido formal, a manera de test de concurrencia pues lo relevante es que ese consumo sea realizado sin ostentación, sin promoción del consumo, y entre consumidores que lo encarguen, para determinar si por la cantidad puede establecerse un razonado juicio de inferencia de estar destinada al tráfico o de consumición entre los partícipes en la adquisición.

En el caso presente no pueden estimarse concurrentes los anteriores requisitos en or-

den a la impunidad de la conducta del recurrente.

No está acreditado que todos los partícipes —y menos aún las menores— pusieran un fondo común para la adquisición de la droga. Por el contrario la droga era del acusado quien, sin concierto previo o acuerdo, adquirió la droga y la donó después al resto del grupo para que todos la consumieran.

El consumo fue en lugar público, como es la FERIA de un municipio y en la propia calle y se prolongó durante toda la noche con cantidades que no pueden considerarse insignificantes, 10 rayas en adultos y 5 las menores.

El consumo, al menos en lo referente a las menores y en particular a Ofelia, no debe entenderse que fuera entre adictos, sino sobre consumidores esporádicos y ocasionales, la Sala solo refiere consumos de cocaína en algunas ocasiones, fundamentalmente fines de semana, cuya tutela reforzada ampara tanto a quien todavía no se ha iniciado en el consumo, como a quien ya lo ha hecho, pues los cambios constituye un riesgo relevante para la salud (SSTS. 28.6.2002, 7.11.2005).

Lo razonado ha de llevarnos, teniendo en cuenta la excepcionalidad de la atipicidad del consumo compartido (STS. 30.6.2006) y que su impunidad sólo puede ser reconocida con suma cautela (SSTS. 8.6.2006, 2.3.2006, 24.7.2003, 21.9.99) a desestimar la queja del recurrente.

(...)

Séptimo.—Respecto a la cuestionada relación de causalidad entre la ingesta de cocaína y las lesiones sufridas por la menor, en las sentencias de esta Sala 30/2001, 1210/2003 y 266/2006 de 7.3, hemos recordado que “en los delitos de resultado, para solucionar los problemas de la llamada relación de causalidad, la doctrina actual acude al concepto de imputación objetiva, entendiendo que hay tal relación de causalidad siempre que la conducta activa u omisiva del acusado se pueda considerar como con-

dición sin la cual el resultado no se habría producido conforme a la tradicional doctrina de la equivalencia de condiciones o *condictio sine qua non*, relación que se establece conforme a criterios naturales que proporcionan las reglas de la ciencia o de la experiencia, estableciéndose después, mediante un juicio de valor, las necesarias restricciones acudiendo a la llamada imputación objetiva, que existe cuando el sujeto, cuya responsabilidad se examina, con su comportamiento origina un riesgo no permitido, o aumenta ilícitamente un riesgo permitido, y es precisamente en el ámbito de ese riesgo donde el resultado se produce, entendiéndose que no se ha rebasado ese ámbito cuando dicho resultado se estima como una consecuencia normal o adecuada conforme a un juicio de previsibilidad o probabilidad, porque debe estimarse que normalmente ese concreto resultado se corresponde con esa determinada acción u omisión sin que pueda achacarse a otra causa diferente, imprevisible o ajena al comportamiento del acusado (sentencias de esta Sala 755/2008 de 26.11, 186/2009 de 27.2).

En esta dirección en SSTs. 3.3.2005, 26.10.2005 han declarado que es la teoría de la imputación objetiva la que se sigue en la jurisprudencia de esta Sala para explicar la relación que debe mediar entre acción y resultado y vino a reemplazar una relación de causalidad sobre bases exclusivamente naturales introduciendo consecuencias jurídicas, siguiendo las pautas marcadas por la teoría de la relevancia. En este marco la verificación de la causalidad natural será un límite mínimo, pero no suficiente para la atribución del resultado.

Conforme a estos postulados, comprobada la necesaria causalidad natural, la imputación del resultado requiere además verificar:

1.^º Si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado.

2.^º Si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro

(jurídicamente desaprobado) creado por la acción.

La creación de un peligro jurídicamente desaprobado está ausente cuando se trate de riesgos permitidos, que excluyen la tipicidad de la conducta que los crea, y próximos a estos los casos de disminución del riesgo, en los que el autor obra causalmente respecto de un resultado realmente ocurrido, pero evitando a la vez la producción de un resultado más perjudicial. Son de mencionar igualmente otros supuestos de ruptura de la imputación objetiva entre los que se pueden incluir los abarcados por el principio de confianza, conforme al cual no se imputarán objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiando en que otros se mantendrán dentro de los límites del peligro permitido, así como las exclusiones motivadas por lo que doctrinalmente se denomina la prohibición de regreso, referidas a condiciones previas a las realmente causales, puestas por quien no es garante de la evitación de un resultado.

El segundo requisito al que antes hacíamos referencia exige que el riesgo (no permitido) creado por la acción sea el que se realiza en el resultado. Es en este segundo condicionante de la imputación objetiva en el que se plantea la presencia de riesgos concurrentes para la producción del resultado, cuestión en la que habrá que estar al riesgo que decididamente lo realiza, como aquellos otros casos en los que no podrá sostenerse la realización del riesgo en el resultado cuando la víctima se expone a un peligro que proviene directamente de su propia acción, en cuyo caso el resultado producido se imputará según el principio de la “autopuesta en peligro” o “principio de la propia responsabilidad”. Se trata de establecer los casos en los que la realización del resultado es concreción de la peligrosa conducta de la propia víctima que ha tenido una intervención decisiva. Ciertamente, la jurisprudencia de esta Sala (SSTs de 12 de febrero de 1993; 26 de junio de 1995; 28 de octubre de 1996, 1311/1997, de 28 de octubre; 1256/1999, de 17 de septiembre; 1611/2000, de 19 de octu-

bre y 448/2003, de 28 de marzo) viene sosteniendo que la relación entre la acción y el resultado en delitos cuyo tipo penal incluye la lesión del objeto de la acción no se limita a la comprobación de la causalidad natural, sino que dependerá de la posibilidad de la imputación objetiva del resultado de la acción.

En general es posible afirmar que sin causalidad (en el sentido de una ley natural de causalidad) no se puede sostener la imputación objetiva, así como que ésta no coincide necesariamente con la causalidad natural. De esta manera, sólo es admisible establecer la relación entre la acción y el resultado cuando la conducta haya creado un peligro no permitido, es decir, jurídicamente desaprobado y el resultado producido haya sido la concreción de dicho peligro.

Por tanto, lo primero que debe ser comprobado, antes de imputar un determinado resultado a una acción agresiva es si ésta es idónea, en virtud de una ley natural científica, para producirlo. Naturalmente se trata de una cuestión cuya solución, como cualquier otra de hecho, queda confiada a la conciencia del Tribunal pero éste no puede formar juicio al respecto sino sobre la base de una constatación pericial garantizada por conocimientos especializados.

Y esta teoría de la imputación objetiva adquiere especial relevancia en el ámbito de la imprudencia donde es precisamente el resultado lesivo lo que condiciona la relevancia penal de un comportamiento descuidado, que por muy grave que sea, sin la concreción de aquél, queda sustraída del marco de lo punible.

Efectivamente la tradicional estructura del delito imprudente se basa en dos elementos fundamentales: el psicológico o previsibilidad del resultado y el normativo o reprochabilidad, referido al deber de evitar el concreto daño causado.

Sobre esta estructura se requiere: una acción u omisión voluntaria, pero no maliciosa, referida a la acción inicial, puesto que el resultado no ha sido querido ni aceptado; que dicha acción u omisión será racional-

mente peligrosa, no permitida, al omitirse el deber de cuidado normalmente exigido por el ordenamiento jurídico, por las costumbres o por las reglas de la convivencia social; finalmente, esta conducta con conocimiento del peligro o sin él, ha de ser causa eficiente del resultado lesivo o dañoso no perseguido, que constituye la parte objetivo del tipo.

Así las cosas, la operación de conexión jurídica entre la conducta imprudente y el resultado no puede realizarse desde una perspectiva exclusivamente naturalística, sino que el resultado será objetivamente imputable a una conducta infractora de la norma de cuidado siempre que, constatada entre ambos la relación de causalidad conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones, pueda afirmarse que dicho comportamiento descuidado ha producido una situación de riesgo para el bien jurídico protegido suficientemente importante y grave para que se haya materializado en un determinado resultado lesivo.

En STS. 1050/2004 de 27.9, hemos precisado que la esencia de la acción imprudente se encuentra en la infracción del deber de cuidado y el tipo objetivo se configura con la realización de una acción que supere el riesgo permitido y la imputación objetiva del resultado. En el delito imprudente, por consiguiente, se produce un resultado socialmente dañoso mediante una acción evitable y que supera el riesgo permitido. La tipicidad se determinará mediante la comparación entre la acción realizada y la que era exigida por el deber de cuidado en la situación concreta.

Respecto al momento y fuentes del deber de cuidado, la situación debe ser objeto de un análisis *ex ante* y teniendo en cuenta la situación concreta en la que se desarrolló la acción. La norma de cuidado, al igual que el riesgo permitido, puede estar establecida en la ley, en un reglamento, en disposiciones particulares y, desde luego, basada en la experiencia.

La acción peligrosa tiene que producir un resultado que pueda ser imputado objetivamente a la misma. Así pues, el resultado debe ser evitable conforme a un análisis *ex ante*.

Varios son los criterios de imputación del resultado, y como más destacamos señalaremos la teoría del incremento del riesgo; conforme a la misma es preciso que el resultado constituya la realización del riesgo generado por la acción y que la conducta del sujeto haya incrementado la probabilidad de producción del resultado comparándola con el peligro que es aceptable dentro del riesgo permitido. Para la teoría del ámbito de protección de la norma, no habrá imputación del resultado cuando éste no sea uno de los que se pretenden impedir con la indicada norma. En otras palabras, la norma que impone los deberes pretende evitar ciertos resultados, cuando el resultado no es uno de ellos, significa que se encuentra fuera de su ámbito de protección y, consecuentemente, debe negarse la imputación de dicho resultado. Por último la teoría de la evitabilidad, conforme a la cual habrá que preguntarse que hubiera sucedido si el sujeto hubiera actuado conforme a la norma. Si a pesar de ello, es decir, si aunque el sujeto hubiera cumplido con la norma el resultado se hubiera producido igualmente, habrá que negar la imputación objetiva del resultado.

En el delito imprudente, el tipo subjetivo lo constituye el desconocimiento individualmente evitable del peligro concreto. Desconocimiento que le es imputable ya que pudo haber previsto el resultado si su comportamiento hubiera sido adecuado al deber de cuidado.

Aplicando la doctrina que se deja expuesta sobre los delitos imprudentes al caso que examinamos, podemos comprobar que concurren cuantos elementos le caracterizan.

En efecto no puede sostenerse sin más como se señala en el motivo que la Sala se haya apartado radicalmente de los informes periciales en orden al nexo causal entre el consumo de la cocina y las lesiones.

Para ello hemos de partir de que la determinación de la causalidad natural no puede ofrecer muchas veces la certeza predicable y exigible en el campo científico—natural, añadiendo que en las ciencias del espíritu (entre las que se halla la reconstrucción histórica) no existe la posibilidad de una “certeza matemática y una verificabilidad, sino simplemente la obtención de una certidumbre objetiva”, por lo que la ausencia de absoluta certidumbre de las ciencias de naturaleza puede ser complementada con la probabilidad de las ciencias del espíritu, esto es, la concurrencia de la relación de causalidad, ante la ausencia de certeza de las ciencias físicas puede ser establecida con la certidumbre moral de los Leyes del espíritu y cuya certeza se basa en la probabilidad.

En el caso presente necesariamente habrá de partirse de que la cocaína es una sustancia gravemente perjudicial para la salud por sus efectos generales en el sistema nervioso central, sobre el que ejerce una función de física, excitante primero y paralizante después, ofertante a los distintos niveles de estas estructuras centrales: corteza cerebral, medula y bulbo, aparte de los enormes riesgos derivados de los cuadros tóxicos agudos que pueden llevar hasta la muerte, y de la proyección ejerciente en la esfera psíquica, con cuadros perturbadores (alucinaciones, delirios con gran base confusional, etc...) (SSTS. 23.10.90, 19.9.91, 23.3.92, 29.1.98, 18.3.99).

Partiendo de esta premisa la sentencia (fundamento jurídico séptimo) admite que aunque no sea científicamente posible afirmar de forma inconcusa que la ingestión de cocaína tenga relación directa con las lesiones cerebrales sufridas por Ofelia, desde el punto de vista jurídico, probado que la misma tomó varias rayas de cocaína facilitada por el procesado, que no padecía ninguna enfermedad neurológica previa y que la cocaína, según consta en los informes médicos obrantes en autos, es sustancia apta para causar anoxia cerebral, considera establecida la relación de causalidad entre el consumo de cocaína y la parada cardiorrespirato-

ria y posterior coma sufrido por Ofelia por entender que no consta factor alguno que pudiera interrumpir dicho nexo de causalidad y la posible interacción de la ingestión alcohólica constituiría, a lo sumo, un curso causal acumulado que no alteraría la imputación objetiva.

Razonamiento correcto, que la prueba pericial no concluya con la certidumbre propia de las leyes físicas que las lesiones cerebrales fueran consecuencia de la ingesta de cocaína, sin embargo si se consideró probada la realidad de ese consumo y la posibilidad perfecta de que dicha sustancia —de gran pureza— era apta para producir la anoxia cerebral, y se descartó cualquier defecto genético que justificase la aparición de ese cuadro— no olvidemos, que otra de las menores, Milagros, que también consumió cocaína, sufrió un desvanecimiento, cayendo al suelo y estando inconsciente diez minutos aproximadamente, cuando Ofelia aun no se había incorporado al grupo —y aun en el supuesto de que el efecto conjunto de droga y alcohol hubiera provocado el cuadro lesivo conforme matizó el medico forense (folio 176), al desconocerse la cantidad concreta de cocaína ingerida y cantidad de alcohol consumido, estaríamos ante los denominados “cursos causales complejos” que permiten atribuir relación de causalidad a todas las causas concurrentes—.

En efecto cuando se producen cursos causales complejos, esto es, cuando contribuyen a un resultado típico la conducta del acusado y además otra u otras causas atribuibles a persona distinta o a un suceso fortuito, suele estimarse que, si esta última concausa existía con anterioridad a la conducta del acusado, como pudiera ser una determinada enfermedad de la víctima, ello no interfiere la posibilidad de la imputación objetiva, y, si es posterior, puede impedir tal imputación cuando esta causa sobrevenida sea algo totalmente anómalo, imprevisible y extraño al comportamiento del inculpado, como sucedería en caso de accidente de tráfico ocurrido al trasladar en ambulancia a la víctima de un evento anterior, pero no en

aquellos supuestos en que el suceso posterior se encuentra dentro de la misma esfera del riesgo creado o aumentado por el propio acusado con su comportamiento (STS. 755/2008 de 26.11).

Noveno.—Con referencia a la existencia de culpa en el procesado y su adecuada calificación, la jurisprudencia de esta Sala, SSTs. 282/2005 de 25.2, 665/2004 de 30.6 y 966/2003 de 4.7, señala que “el nivel más alto de la imprudencia está en la llamada “culpa con previsión”, cuando el sujeto ha previsto el resultado delictivo y pese a ello ha actuado en la confianza de que no habrá de producirse y rechazándolo para el supuesto de que pudiera presentarse. Aquí está la frontera con el dolo eventual, con todas las dificultades que esto lleva consigo en los casos concretos. En el vértice opuesto se encuentra la culpa sin previsión o culpa por descuido o por olvido, en que el sujeto no prevé ese resultado típico, pero tenía el deber de haberlo previsto porque en esas mismas circunstancias un ciudadano de similares condiciones personales lo habría previsto. Es la frontera inferior de la culpa, la que separa del caso fortuito”.

Desde otra perspectiva, generalmente se ha entendido que la omisión de la mera diligencia exigible dará lugar a la imprudencia leve, mientras que se calificará como temeraria, o actualmente como grave, cuando la diligencia omitida sea la mínima exigible, la indispensable o elemental, todo ello en función de las circunstancias del caso.

De esta forma, la diferencia entre la imprudencia grave y la leve se encuentra en la importancia del deber omitido en función de las circunstancias del caso, debiendo tener en cuenta a estos efectos el valor de los bienes afectados y las posibilidades mayores o menores de que se produzca el resultado, por un lado, y por otro, la valoración social del riesgo, pues el ámbito concreto de actuación puede autorizar algunos particulares niveles de riesgo.

La jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado en ocasiones en este sentido, afir-

mando que la gravedad de la imprudencia se determinará en atención, de un lado, a la importancia de los bienes jurídicos que se ponen en peligro con la conducta del autor y, de otro, a la posibilidad concreta de que se produzca el resultado (STS n.º 2235/2001, de 30 de noviembre).

En el caso presente la sentencia de instancia analiza esta cuestión en el fundamento jurídico sexto llegando a conclusiones que deben asumirse en esta sede casacional.

En efecto es cierto que pudiera considerarse que el procesado no podía prever que la ingestión de cocaína podía ocasionarse a Ofelia una parada cardiorrespiratoria y consiguiente daño cerebral por anoxia o falta de oxígeno en el cerebro, dado que la experiencia demuestra que tan graves consecuencias y sobre todo tan repentinas no suelen producirse, pero en el caso concreto tal factor de previsibilidad sí existía: El procesado, en el suceso acaecido esa misma noche a Milagros, otra de las adolescentes a las que suministró cocaína, que sufrió un desmayo permaneciendo inconsciente cerca de 10 minutos, unido a los propios comentarios que el acusado efectuó “es una niña y no está acostumbrada a consumir una cocaína tan pura”, conocía o debía conocer la potencialidad dañina de la concreta sustancia que había suministrado, máxime cuando se trata de una persona con 30 años de consumo de sus-

tancias estupefacientes —no olvidemos, y es un dato relevante, que las otras dos menores se abstuvieron de volver a consumir cocaína esa noche asustadas por lo sucedido a una de ellas—, por lo que tenía que haber previsto las consecuencias de suministrar esa cocaína a otra menor —que no había presenciado aquel incidente anterior— simple consumidora esporádica u ocasional, de fines de semana y no persona adicta al consumo de cocaína.

Consecuentemente, de una parte, concurrieron los requisitos de previsibilidad y evitabilidad del delito imprudente. El acusado ejecutó un hecho que infringía gravemente el deber objetivo de cuidado, injusto por las máximas de experiencia, siendo previsible que su realización provocase un resultado lesivo, dado lo acaecido con la otra menor que consumió la misma sustancia, por lo que la conducta del acusado puede ser calificada de grave imprudencia; y de otra parte conforme a la teoría de la imputación objetiva le es imputable el resultado al haber creado con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado para un determinado bien jurídico, constatada la relación de causalidad, siendo tal resultado la realización del riesgo creado con la conducta. En este caso el suministro de la cocaína determinó la creación o incremento del riesgo y la norma vulnerada tenía la finalidad de evitar la lesión causada.

Sentencia 188/2010, Sala de lo Penal del TS, de 11 de marzo de 2010

ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA: PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Arts. 24.3 de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega y 576 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano

SÍNTESIS

Se rechaza por la Sala la vulneración del principio de especialidad invocada por el recurrente al haberse condenado por unos hechos distintos de

los que motivaron la expedición de la euroorden pues atendido el título delictivo por el que solicitó la entrega este cubría en cualquier caso aquéllos además de que en el contenido de la orden de detención europea no es legalmente necesario un relato preciso y estricto de los hechos imputados al sujeto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Octavo.—(...)

El principio de especialidad se encuentra recogido en el art. 27.2 de la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 reguladora de la orden de detención europea y en su correlativo art. 24.3 de la Ley 3/2003 de 14 de marzo. Ambos preceptos establecen la imposibilidad de juzgar “por toda infracción cometida antes de la entrega de una persona y que sea distinta de la que motivó dicha entrega”.

Es decir, el principio de especialidad comporta —según el recurrente— que la Orden europea quedará vinculada por el contenido de la *resolución judicial de emisión*, de tal suerte que su ejecución solo operará, como es lógico, en su dimensión subjetiva, respecto de la persona reclamada en dicha instancia y, en su vertiente objetiva, respecto de los hechos delictivos por los cuales se ha solicitado su entrega.

Atendiendo a lo expresado, de la acusación contra Ruperto, debió de quedar excluida la relativa a la realización de informaciones para ETA que se incorpora en los escritos de conclusiones provisionales de las acusaciones, posteriormente elevados a definitivas, *quedando constreñido el enjuiciamiento* a los hechos contenidos en el auto de procesamiento de 22 de octubre de 2007, que son los reseñados como “infracción” en la Orden europea.

2. La Audiencia Nacional invocando la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1 de diciembre de 2008, recoge la afirmación contenida en el párrafo 56 que nos dice: “exigir el consentimiento del Estado miembro de ejecución

para todo cambio en la descripción de los hechos iría más allá del principio de especialidad y sería contrario al objetivo perseguido consistente en acelerar y simplificar la cooperación judicial entre los estados miembros prevista en la Decisión marco”.

El recurrente estima que la Audiencia interpretó el significado de “infracción” como *calificación jurídica*, cuando realmente se le juzga por hechos diferentes. Sin embargo, en este extremo hemos de recordar la legislación nacional vigente al objeto de concretar el grado de determinación que han de tener los hechos que integran el objeto de la infracción en base a la cual se expide la orden de entrega.

La Ley 3/2003 de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, establece en su artículo 9.1: “Cuando la orden europea hubiera sido *emitida por un delito* que, tal como se define en el derecho del Estado de emisión, pertenezca a una de las categorías de delitos que a continuación se relacionan, y dicho delito estuviera castigado en el Estado de emisión con una pena o una medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea, al menos, de tres años, se acordará la entrega de la persona reclamada sin control de la doble tipificación de los hechos:

- pertenencia a organización delictiva.
- terrorismo.
- etc. etc.

Por su parte el art. 5 sobre este particular exige en su n.º 2: que se trate de delitos para los que se prevea una pena o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea al menos de 3 años y sea sus-

ceptible de integrarse en alguna de las categorías previstas en el art. 9.1.

A su vez, el artículo 3 señala en cuanto al contenido de la orden de detención europea: “la orden europea contendrá, en una de las lenguas oficiales del Estado miembro de ejecución o en cualquier otra lengua aceptada por éste, la información siguiente, establecida de conformidad con el formulario que figura en el anexo:

- a) la identidad y nacionalidad de la persona reclamada.
- b) el nombre, la dirección, el número de teléfono y de fax y la dirección de correo electrónico de la autoridad judicial de emisión.
- c) la indicación de la existencia de una sentencia firme, de una orden de detención o de cualquier otra resolución judicial ejecutiva que tenga la misma fuerza prevista en el ámbito de aplicación de los arts. 5 y 9 de la presente ley.
- d) la *naturaleza y tipificación legal* del delito, en particular con respecto a los arts. 5 y 9 de la presente ley.
- e) una *descripción de las circunstancias en que se cometió el delito*, incluidos el momento, el lugar y el grado de participación en el mismo de la persona reclamada.
- f) la pena dictada, si hay una sentencia firme, o bien, la escala de penas que establece la legislación para ese delito.
- g) si es posible, otras consecuencias del delito”.

3. El Ministerio Fiscal parece no haber entendido adecuadamente la protesta formulada, ya que no es el principio acusatorio el que se entiende vulnerado por el hecho de haber solicitado la extradición y haber sido acusado por delito de pertenencia a banda armada, subsiguiendo una condena por colaboración con banda armada. El problema suscitado, base del motivo no es éste, sino que solicitada la orden de entrega por un delito de “terrorismo” (la colaboración con banda armada es terrorismo) los hechos que

se esgrimen como constitutivos de ese delito terrorista son los de albergar en la casa propia a miembros de la banda y luego facilitar el paso a Francia y ahora se acusa y condena por facilitar a la banda armada información terrorista diversa e inequívocamente dirigida a provocar atentados.

Sin embargo, según los preceptos que acabamos de reseñar en el epígrafe anterior no es relevante en el contenido de la orden de detención un relato preciso y estricto de los hechos imputados al sujeto, ya que éstos pueden, dependiendo de las pruebas practicadas, modificarse dentro de unos límites. El art. 3 de la Ley nos habla de “naturaleza y tipificación legal” del delito y una descripción de las circunstancias en que se cometió (lógicamente se refiere a las contextuales y no a los hechos integrantes de la infracción) tales como *momento, lugar y grado de participación del autor*, tratando lógicamente de evitar un cambio de hechos o hechos “de nueva noticia” o “nuevo conocimiento”.

Mas, en nuestro caso, los hechos no son distintos, ya que se hace referencia a la colaboración prestada a organizaciones terroristas, en las que sería indiferente, como prevé el art. 576 C.P., que se oculte y facilite la huida a sus miembros o que se recopile y transmita información a la banda terrorista de objetivos para cometer atentados. En todo caso se está refiriendo la imputación o calificación de la causa a esa conducta, constreñida a ese lugar y a esa fecha, lo que evita cualquier fraude, o en otras palabras, se puede paladinamente afirmar que de haber incluido los hechos por los que se acusó y condenó en la orden de entrega, la entrega se habría producido igualmente.

Los hechos que inicialmente se atribuyen a una persona, sin cambiar de precepto punitivo y por ende de delito, pueden ser objeto de alteraciones en los escritos calificatorios provisionales, después en los definitivos y finalmente incluso en la sentencia, si no se altera el núcleo fáctico, el precepto por el que se acusa y condena es homogéneo y

aquél por el que resulta condenado se halla castigado con pena igual o menor.

No obstante dados los términos de la impugnación hemos de distinguir dos planos: infracción del *principio de especialidad*, que no tuvo consecuencias, en cuanto resulta excluído cualquier fraude de ley y el *principio acusatorio*, según el cual ya dentro de la causa con antelación suficiente se imputan unos hechos en calificación provisional, se mantienen en la definitiva y la sentencia condena por ellos.

El principio de especialidad no se resiente por el hecho de que la petición se refiera al acogimiento en la casa del recurrente de miembros de la banda terrorista ETA, ya que existía un indicio de prueba, en tanto Baltasar así lo manifiesta, prueba incriminadora que resultó insuficiente para el tribunal

de instancia, pero además dentro de la casa en las mismas fechas en que albergó a los terroristas fueron hallados una serie de informes destinados a ETA sobre objetivos de la banda para atentar contra ellos (véase pág. 43 de la sentencia). Sobre este punto sí existió prueba plena y suficiente, y tanto da una actividad como otra para integrar un delito de terrorismo del art. 576 C.P. (colaboración con banda armada).

El término “infracción” a que se refiere la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo no debe entenderse en el sentido de descripción cerrada y acabada de unos hechos, sino conducta general susceptible de tipificarse en un precepto punitivo.

Por todo lo expuesto el motivo debe decaer.

Sentencia 258/2010, Sala de lo Penal del TS, de 11 de marzo de 2010

APROPIACIÓN INDEBIDA. COMISIÓN POR OMISIÓN

Arts. 11 y 252 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca

SÍNTESIS

Se rechaza por el Tribunal Supremo la existencia de posición de garante de los restantes miembros del Consejo de Administración de una sociedad en la apropiación indebida cometida por uno de los Administradores. Discrepancia en voto particular.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

1. El artículo 11 del Código Penal dispone que “Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se en-

tenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b)

Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

El tipo objetivo de la comisión por omisión requiere, pues, la producción de un resultado propio de un delito de acción; la posición de garante en el omitente; que la omisión equivalga en el caso a la producción del resultado; la capacidad del omitente para realizar la acción y la causalidad hipotética.

Una parte de la doctrina entiende, según la teoría de las funciones, que la posición de garante existe cuando el sujeto tiene una específica función de protección del bien jurídico afectado o le corresponde una función de control de una fuente de peligro en determinadas condiciones.

En la regulación legal, inclinada a la teoría formal del deber jurídico, la posición de garante depende de la existencia de un deber jurídico del autor, que puede derivar de la ley, del contrato o de una injerencia anterior, que le obligue a actuar para evitar el resultado típico.

La responsabilidad en los casos de comisión por omisión depende además, de que la omisión sea equivalente a la acción. Así como el origen del deber jurídico se explica, aun cuando solo sea mediante la cita explícita de casos en los que existe, que no excluyen otros (obligación legal o contractual de actuar y situaciones de previa injerencia), el precepto no aporta criterios expresos para establecer la equivalencia entre la acción y la omisión. Según parte de la doctrina la cuestión no podría resolverse afirmando que siempre que se infrinja un deber específico de actuar, la equivalencia será apreciable, a pesar de que ese podría ser el sentido literal del texto. Y no solo en su inciso segundo, sino también en el primero, cuando exige que la no evitación del resultado equivalga a su causación “al infringir un especial deber jurídico del autor”. Esa doctrina sostiene, sin embargo, que el segundo inciso debe interpretarse como una precisión del primero, y que la exigencia de equivalencia entre la

acción y la omisión subsiste como exigencia independiente.

Si se entiende que la equivalencia es un elemento distinto a la existencia del deber, se derivará, más bien, de la posibilidad de actuar, determinada en relación con la posición de dominio sobre la fuente de peligro (capacidad de ordenar una conducta o de impedirla), y de la posibilidad de que la acción impuesta por el deber sea capaz de evitar el resultado, en una causalidad hipotética. Parte de la doctrina entiende que para determinar cuando se da la equivalencia material será preciso acudir a la teoría de las funciones.

2. En la reciente STS n.º 257/2009, se examinaba la comisión por omisión en relación con la responsabilidad por la conducta de terceros subordinados al omitente o, al menos, terceros sobre los que el omitente tuviera la posibilidad de ejercer una vigilancia y ejerciera una cierta autoridad que le permitiera evitar el resultado, cuando la actividad de aquellos fuera considerada como una fuente de peligros para intereses ajenos. La cuestión de la responsabilidad penal de los dirigentes por las acciones delictivas cometidas por sus subordinados se examina doctrinalmente, según esta sentencia, en el marco de la comisión por omisión del artículo 11 del Código Penal, “analizando en particular la posible existencia de un deber de garante que incumbiría a quienes tienen una determinada autoridad y la posibilidad de vigilancia sobre otras personas, de cuya conducta pueden derivarse peligros para intereses jurídicos ajenos. En este sentido se ha considerado que “también las personas, cuyas conductas están bajo control de quien ejerce una vigilancia sobre ellas, pueden ser una fuente de peligros” y el cuidado y control de la misma puede ser objeto de un deber de garante que imponga al sujeto evitar que tales peligros se concreten en el resultado del tipo de un delito. En tales casos, se ha sostenido incluso, que el fundamento del deber de garante derivado de la autoridad tiene una significación independiente, tanto respecto de un hecho anterior peligroso co-

mo de una libre aceptación de la posición de garante, pues se entiende que se trata del dominio sobre una determinada fuente de peligros, análogo al que rige para los peligros provenientes de cosas, pero que, en este caso, está referido a peligros emergentes de personas”.

3. La posición de garante, pues, concurre cuando existe un deber jurídico de actuar, derivado de la ley, del contrato o de una previa injerencia creadora de riesgo, lo que incluiría los casos en los que el deber consiste en el control sobre una fuente de peligro. La responsabilidad por la omisión de la conducta que el deber demanda exige además la posibilidad de actuar y la eficacia hipotética de la acción que se omite.

La cuestión relativa a los supuestos de control sobre una fuente de peligros, dejando a un lado ahora las dificultades para establecer que el cumplimiento de esas obligaciones de vigilancia habrían conducido sin dudas al conocimiento de la conducta peligrosa y por lo tanto a la posibilidad de evitarla, no puede resolverse sin una referencia al alcance de la obligación de vigilar o controlar, en relación, de un lado, con las potestades del superior y de otro con las características de la actividad.

Respecto de lo primero, no puede imputarse incumplimiento de una obligación de vigilancia cuando la conducta delictiva no se encuentra entre aquellas que están bajo la potestad del superior, pues resulta excesivo extender la responsabilidad penal del vigilante a todas las posibles acciones delictivas que pudiera cometer el vigilado, cuando presenten alguna clase de relación con la conducta que debe ser controlada. En cuanto a lo segundo, la vigilancia de actividades ordinarias que en sí mismas son peligrosas puede requerir mayores exigencias que cuando tal cosa no ocurre. En otras palabras, las actividades peligrosas pueden exigir de los superiores una mayor vigilancia respecto al cumplimiento de las normas y de las órdenes emitidas para evitar el daño manteniendo el riesgo dentro de los límites permi-

tidos, que aquellas otras que ordinariamente, es decir, en su ejecución ordinaria, no son creadoras de riesgo para intereses ajenos. Aun en estos casos puede establecerse una excepción cuando existan datos que indiquen al superior un incremento del peligro que lo sitúe en el marco de lo no permitido.

4. En el aspecto subjetivo, es preciso que el autor conozca la situación de peligro que le obliga a actuar y la obligación que le incumbe.

(...)

En la fundamentación jurídica se señala que los dos recurrentes eran socios al 50% con el tercer acusado y formaron parte del Consejo de Administración durante diez años. Que aprobaron la cuentas anuales de 1996, lo que también se afirma en los hechos probados. Se citan los deberes sociales impuestos por el artículo 127, 133 a 135 y 260 de la Ley de Sociedades Anónimas.

(...)

2. En cuanto al deber jurídico, que en el caso se deriva de la ley, los recurrentes, al igual que el autor activo, eran miembros del Consejo de Administración. Como tales debían desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal e informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad (artículo 127 de la LSA). Pero esa condición no les hace penalmente responsables de todos los actos delictivos cometidos por los demás miembros del Consejo que de alguna forma se relacionen con la actividad de la sociedad, pues no existía una obligación especial de vigilancia respecto de todas y cada una de las actividades de aquellos que fueran más allá de lo autorizado, en relación con la actividad propia de la sociedad y con las normas que la regulan. Los recurrentes no ocupaban respecto del autor activo una posición de superioridad que les confiriera alguna autoridad sobre aquel. Eran, al igual que él, miembros del Consejo de Administración, aunque cada uno ejecutara funciones diferentes.

(...)

No existía pues, posición de garante, ya que los recurrentes no tenían la obligación de vigilar la actividad de los demás miembros del Consejo de Administración en la ejecución de las actividades propias del giro de la sociedad hasta el extremo de comprobar que no aprovechaban su cargo para cometer alguna acción delictiva.

3. Desde el punto de vista de la causalidad hipotética, es decir, de la capacidad de la acción omitida para evitar el resultado, nada se dice en la sentencia. Se hace una referencia a que omitieron actuar como miembros del Consejo a pesar de conocer el desequilibrio patrimonial de la sociedad, pero no se explica cómo tal actuación, que de ser pertinente daría lugar, en su caso, a la disolución en la forma y condiciones previstas en el artículo 260 y ss. de la LSA, hubiera podido evitar la recepción y distracción de dinero que tuvo lugar en momentos anteriores al conocimiento del balance, o en qué medida hubiera evitado las actuaciones posteriores, ya que el conocimiento del balance no implica el de la actividad delictiva y la disolución no es inmediata ni automática, pudiendo alcanzarse otras soluciones.

4. Tampoco se acredita la concurrencia de los elementos del tipo subjetivo de la comisión por omisión. La doctrina ha señalado que es preciso el conocimiento de la situación que genera el deber de actuar, de las circunstancias que fundamentan la posición de garante y de las que fundamentan la posibilidad de actuar.

Según el artículo 133.3 de la misma Ley, después de decir en el apartado 1 que “Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo”, establece que de los actos o acuerdos lesivos realizados o adoptados por el Consejo, responderán solidariamente todos los miembros “... menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia...”. La

responsabilidad social se excluye, pues, por el desconocimiento del acto lesivo.

Puede plantearse si es posible hacer equivalente al conocimiento seguido de la omisión, la situación de quien no sabe a consecuencia de su incumplimiento consciente de su obligación, o de su negligencia, pues estaba obligado a saber, o al menos a realizar los actos de vigilancia que conducirían a saber. Dicho más precisamente, si quien omite los deberes de vigilancia sobre la actividad de terceros respecto de los que tenga alguna autoridad (para ordenar una conducta o impedir la), que le permitirían conocer el riesgo y actuar para evitar el resultado, es responsable de éste por omisión.

La cuestión nuevamente debe remitirse al contenido y alcance de la obligación de vigilancia en relación con las características de la actividad en cuanto creadora de riesgos para terceros.

En la sentencia impugnada se dice que se conocía “el tipo de negocios” que realizaba. Ello se atribuye a que el recurrente había realizado operaciones de mediación en la adquisición de obligaciones hipotecarias con el coacusado antes de la constitución por todos ellos de la sociedad que se dedicaría a esa actividad, y al hecho de que el recurrente acudía con frecuencia a la sede social, e incluso a que había cedido un local del matrimonio para que el coacusado captara clientes. De todo ello se puede obtener de forma racional que conocían, al menos el recurrente, que el coacusado se dedicaba a la realización de operaciones propias del tráfico de la empresa, pero no alcanza para afirmar que eran sabedores de que no daba al dinero que recibía el destino pactado, que lo empleaba en su propio interés y que no cumplía, en ese aspecto, con las obligaciones que para él se desprendían de los contratos que suscribía. Es cierto que la adquisición de obligaciones hipotecarias puede ser una operación de cierto riesgo, en función de las condiciones de cada operación. Pero se trata de un riesgo económico que nada tiene que ver con la conducta de distracción que se imputa al coacusado.

En cuanto al incumplimiento de las obligaciones de vigilancia, es preciso que éstas, en su configuración, se extiendan a la conducta delictiva. Y en el caso, no puede establecerse que de la condición de miembros del Consejo de Administración se desprenda una obligación de vigilar, de tal amplitud, que comprenda cualquier actividad delictiva que pudieran cometer los demás consejeros y que tuviera alguna clase, cualquier clase, de relación con la actividad social, concretamente si, en algunas ocasiones, hacía suyo el dinero recibido en lugar de darle el destino pactado, aunque formalmente tal finalidad apareciera cumplida. Como ya se ha dicho, la actividad, en sí misma no suponía un peligro especial que precisara del permanente control y vigilancia de terceros, y en la sentencia no se precisa ningún dato que hubiera podido indicar a los recurrentes que el coacusado aprovechaba la actividad de la sociedad para delinquir en su propio provecho, perjudicando tanto a la sociedad como a los socios.

Por lo tanto, ambos motivos se estiman, y se dictará segunda sentencia en la que se absolverá a los dos recurrentes, sin que sea preciso el examen de los demás motivos del recurso.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO.
SR. MAGISTRADO D. ENRIQUE BACIGALUPO
ZAPATER, RESPECTO DE LA SENTENCIA N.º
234/2010, RECAÍDA EN EL RECURSO DE
CASACIÓN N.º 1768/2009

El Magistrado que suscribe expresa su opinión disidente respecto de la sentencia de la mayoría respecto del Fundamento Jurídico tercero, punto segundo de la misma. Como consecuencia de ello estima que la sentencia recurrida debió ser confirmada en cuanto condenó a los recurrentes Regina y Juan Antonio por un delito de apropiación indebida (distracción de dinero) en la modalidad de la comisión por omisión.

La discrepancia no se refiere a los elementos que condicionan la responsabilidad por no haber evitado un resultado, es decir a

la exigencia de la posición de garante del omitente, de las circunstancias que actualizan el deber de actuar del garante, de la posibilidad de evitar el resultado o causalidad hipotética, y, en el tipo subjetivo, del conocimiento del peligro, de la posibilidad de acción y de la posición ocupada respecto del bien jurídico. El disenso se refiere al punto de partida de la sentencia de la mayoría, en tanto niega el alcance del deber de garantía de los miembros de un consejo de administración establecido por la Audiencia Provincial.

En este sentido, partiendo de que el art. 127.1 LSA impone a los miembros del consejo de administración actuar con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal e informarse sobre la marcha de la sociedad, la mayoría llega a la conclusión de que de esa disposición no puede ser deducida “una obligación especial de vigilancia respecto de todas y cada una de las actividades que fueran más allá de lo autorizado, en relación con la actividad propia de la sociedad y con las normas que la regulan”. Asimismo, se dice en la sentencia que “es cierto que se declara probado que omitieron cualquier actuación respecto del desequilibrio patrimonial de la sociedad”, pero que “los deberes que incumbían a los recurrentes se satisfacían con desempeñar sus propias conductas de forma correcta y con informarse de la marcha de la sociedad, pero no contenían una especial obligación de vigilancia de las actuaciones de los demás miembros del consejo que alcanzara todos los aspectos de su conducta e incluyera los delitos cometidos aprovechando sus actividades legales” (F.º J.º tercero, 2.). Este punto configura la cuestión sobre la que se manifiesta la diversidad de criterios.

Primero.—El art. 11 CP no establece los deberes de garante particulares y es, en este sentido, una ley penal en blanco, que requiere un complemento jurídico-normativo, que proviene del tipo de resultado del derecho penal, en este caso del art. 252 CP, y del subsistema jurídico en el que se desempeñan determinadas funciones y en el que es-

tán establecidas la funciones de protección y vigilancia que generan posiciones de garante (en este caso la Ley de Sociedades anónimas).

La LSA no establece tampoco los deberes de los miembros del consejo de administración individualizadamente, los globaliza refiriéndose a los que incumben a un “ordenado empresario”. El concepto de “ordenado empresario” es, por lo tanto, el complemento jurídico-normativo que proviene la Ley de Sociedades Anónimas (art. 127.1) y, como tal, un elemento normativo del tipo de la comisión por omisión, que requiere una definición de su contenido. Se trata de un elemento normativo de los que en la teoría se denominan “*empírico-culturales*”, pues se relacionan con una realidad cultural existente. Consecuentemente, es preciso definir su contenido sobre la base los valores culturales vigentes en una determinada sociedad.

La posición de garante puede surgir de deberes de protección o de deberes de vigilancia. Los primeros imponen al garante el cuidado de determinados bienes jurídicos frente a los eventuales peligros que pudieran amenazarlos. Los deberes de vigilancia, por el contrario, tienen la función de cuidar una posible fuente de peligros para evitar que se lesionen bienes jurídicos ajenos, en este caso el patrimonio de los inversores. No cabe duda que un ordenado empresario tiene el deber de vigilar la legalidad de la actuación de la sociedad de cuyo consejo de administración es miembro y, en tanto las sociedades sólo actúan mediante acciones de sus representantes y directivos, esa vigilancia tiene que extenderse a las acciones de los representantes y directivos realizadas dentro de sus competencias sociales. Es obvio que quienes tienen un deber de vigilancia no pueden invocar respecto de los vigilados el principio de confianza, que autoriza a suponer que otros —respecto de los que no existe un deber de vigilancia— se comportarán de acuerdo a derecho. Es claro que si en estos casos pudiera ser invocado el principio de confianza se anularía el deber de vigilancia del garante.

Segundo.—La sentencia de la mayoría define el contenido del deber de garante de los miembros de un consejo de administración sosteniendo que ese deber no exige una especial vigilancia respecto del aprovechamiento de las actividades delictivas de otros miembros del consejo en el ejercicio de su cargo. Dicho de otra manera, admite la existencia de deberes de vigilancia, pero con un alcance que excluye vigilar la comisión de delitos de los miembros del consejo.

Desde el punto de vista de quien suscribe, por el contrario, un ordenado comerciante tiene la obligación de vigilar que otros miembros del consejo de administración no distraigan dinero de la sociedad. No habiendo delegación de funciones en el sentido del art. 141 LSA —como en el presente caso— ese deber incumbe a todos los miembros del consejo de administración. Mucho más en el caso de una sociedad anónima cuyos tres socios ejercen conjuntamente la administración.

Es cierto que la ley vigente de sociedades anónimas no prevé un consejo de vigilancia, como lo hacen otras leyes europeas. Sin embargo, no parece adecuado deducir de ello que el consejo de administración no tenga la obligación de vigilar el cumplimiento del derecho y, por lo tanto, de los delitos que pudieran cometer los miembros del mismo en el ejercicio de la administración en el ejercicio de tal función.

Por lo pronto el art. 133 LSA responsabiliza a los administradores de los daños que causen por actos “realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo” (art 133.1 LSA). La diligencia debida, como es claro, sólo se satisface cuando el obligado se informa suficientemente sobre la marcha de la sociedad y, sobre todo, de la legalidad de esa marcha. Es difícil admitir que un miembro del consejo de administración desempeña su cargo diligentemente cuando se lo exime de comprobar la legalidad de la actuación de los representantes o de otros miembros del consejo, especialmente cuando existen razones —como en este caso—

para sospechar una distracción de dinero en perjuicio de los inversores.

El mismo art. 133. 1 LSA exige responsabilidad de los administradores “por actos contrarios a la ley”, entre los que, obviamente, se encuentran los delitos, y, en su apartado 2, extiende, bajo ciertas condiciones, esta responsabilidad incluso a los actos de otros administradores. Sólo excluye la responsabilidad cuando los administradores no conocían los actos o, cuando los conocían, cuando prueben que “hicieron todo lo conveniente para evitar el daño”. Estas normas son claramente reveladoras del deber de vigilancia que incumbe a los administradores ante actos de indiscutible ilegalidad como la distracción de dinero.

Tercero.—Aclarada la base jurídica del deber, es necesario demostrar que este contenido y alcance resulta del elemento normativo empírico-cultural de concepto de “ordenado empresario”. Basta considerar las modernas exigencias del derecho mercantil contable, las recomendaciones establecida en el Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo y los valores de la cultura empresarial que han sido subrayados por los responsables financieros y los especialistas en gobierno corporativo para comprobar que la extensión dada a los deberes de un ordenado empresario forman parte de la cultura empresarial actual, que exige un alto nivel de exigencia en el cumplimiento de los deberes de vigilancia.

Así lo expresa un reconocido especialista cuando dice que “los administradores deben ser capaces de identificar los asuntos clave que afectan a la entidad; deben ser capaces de plantear las preguntas necesarias para salvaguardar el interés de los propietarios y, obtenidas las respuestas, evaluarlas y actuar en consecuencia; deben asegurar que la compañía permanece leal a los objetivos corporativos; deben emitir prudentes juicios sobre la actuación de los ejecutivos; y deben demostrar valentía moral para llevar a cabo estas responsabilidades”. Otro alto responsable de la actividad financiera española afirma que “ser miembro de un consejo de

administración es un asunto serio” y sostiene respecto de un conocido caso de defraudación que “no se trata de rellenar el consejo con personas dispuestas a ser plegables instrumentos en manos de ejecutivos”. Otros autores sostienen que “todo directivo requiere una vigilancia de instancias superiores”, y que estas reglas “tienen (...) una fuerte significación en la técnica de la conducción” empresarial.

Por lo tanto, de los valores culturalmente reconocidos es posible inferir sin la menor fricción que el deber de vigilancia de un ordenado empresario, que forma parte de un consejo de administración, requiere, al menos, evitar activamente que algún miembro del mismo desvíe los fondos recibidos de los inversores hacia fines diversos de los establecidos contractualmente con ellos, que es precisamente, lo que ocurrió en este caso.

Cuarto.—No requiere ninguna compleja argumentación sostener que los acusados hubieran podido impedir la continuación de los daños que finalmente se produjeron, porque ello es evidente. Estaba dentro de sus facultades decidir la interrupción de las operaciones en las que se prometía un altísimo interés que no sería posible satisfacer y contaban con la mayoría necesaria dentro del consejo de administración para hacerlo.

Quinto.—El elemento subjetivo tampoco ofrece ningún problema. En la sentencia se ha hecho constar que los recurrentes conocieron el desequilibrio patrimonial de la entidad desde, al menos, el balance de 1997 y que no realizaron “acción alguna ni adoptaron ningún acuerdo social a fin de evitar” dicho desequilibrio, próximo a la pérdida de casi la mitad del capital de la sociedad. Por lo tanto, en esa fecha tenían ya conocimiento de que la sociedad no podía responder al pago de los altos intereses pactados. No obstante permitieron que durante el ejercicio de 1997 y 1998 el acusado Valeriano recibiera dinero para invertir en obligaciones hipotecarias por lo menos en catorce operaciones, por una cantidad total cercana a las 80.000.000 de ptas.

Sentencia 247/2010, Sala de lo Penal del TS, de 18 de marzo de 2010

INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES. OBTENCIÓN DE DATOS CONSERVADOS POR LOS OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES

Arts. 18.3 y 18.4 CE; 579 y 773.2 LECrim. y 3 de la Ley 25/2007, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicación

Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano

SÍNTESIS

Se recoge el Acuerdo de Sala de 23 de febrero de 2010 (reproducido en este número de la Revista) que, con base en lo exigido por la Ley 25/2007, requiere la necesidad de autorización judicial para obtener los datos conservados por operadores de telecomunicaciones.

Tal doctrina sin embargo no pudo ser aplicada en el caso de autos al haber sido obtenidos los datos cuestionados con anterioridad a la vigencia de la citada Ley, por lo que se estima el recurso del Fiscal contra la sentencia absolutoria de instancia que los expulsó indebidamente del proceso.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—En motivo único el Fiscal ataca la sentencia, parcialmente absolutoria, al amparo del art. 852 L.E.Cr. por considerar infringido el derecho a la tutela judicial efectiva y a valerse de las pruebas pertinentes, todo ello al declarar la Audiencia la nulidad de parte de las probanzas en las que el M.^º Público sustentaba la acusación.

(...)

Segundo.—La cuestión planteada pasa por trasladar la doctrina sentada por esta Sala al caso que nos ocupa, destacando la especialidad del mismo, que se refiere a la intervención del M.^º Fiscal, esto es, el Ministerio Fiscal en el ejercicio de la función investigadora que le reconoce el art. 773.2 L.E.Cr. es el que solicita la identidad del

titular de un terminal informático y no la policía.

Las sentencias 236/2008 de 9 de mayo y la 292/08 de 28 de mayo, condensan los principios o criterios a tener en cuenta, como en su momento dijimos. Recordemos las más importantes afirmaciones de la primera de ellas:

“Planteado así el problema, se hace preciso o cuando menos conveniente esbozar un esquema de los criterios legales y jurisprudenciales en orden a la calificación de la actuación policial de acuerdo con la legalidad procesal y constitucional.

En este sentido y en cuanto al alcance del contenido del derecho al secreto de las comunicaciones previsto en el art. 18-3 C.E., la sentencia recurrida concreta acertadamente su alcance material, circunstancia

que concuerda con las tesis del Fiscal recurrente.

Desde la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 123 de 20 de mayo de 2002, se establece, haciéndose eco del caso Malone (2-8-82), resuelto por el Tribunal de Estrasburgo de Derechos Humanos, que la obtención del listado de llamadas hechas por los usuarios mediante el mecanismo técnico utilizado por las compañías telefónicas constituye una injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones reconocido en el art. 8 del Convenio Europeo, equivalente al 18-3 C.E. En cuanto al concepto de secreto de la comunicación no sólo cubre su contenido, sino otros aspectos de la comunicación, como la identidad subjetiva de los interlocutores. Consecuentemente podemos afirmar que el secreto a las comunicaciones telefónicas garantiza también la confidencialidad de los comunicantes, esto es, alcanzaría no sólo al secreto de la existencia de la comunicación misma y el contenido de lo comunicado, sino a la confidencialidad de las circunstancias o datos externos de la conexión telefónica: su momento, duración y destino..... Hasta este nivel discursivo existe coincidencia entre la posición del tribunal de instancia y el M.º Fiscal”.

La sentencia referida sigue diciendo: “Queda en pie la duda, de si para solicitar el número telefónico o identidad de un titular de un terminal telefónico o un IP, es necesario acudir a la autorización judicial, si no han sido positivas las actuaciones policiales legítimas integradas por injerencias leves y proporcionadas, que puede respaldar la Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado o Ley de Seguridad Ciudadana, en la misión de los agentes de descubrir delitos y perseguir a los delincuentes.

A nuestro juicio, sin pretensiones ni mucho menos de sentar doctrina (*obiter dicta*), los datos identificativos de un titular o de un terminal deberían ser encuadrados, no dentro del derecho al secreto de las comunica-

ciones (art. 18-3 C.E.) sino en el marco del derecho a la intimidad personal (art. 18.1.º C.E.) con la salvaguarda que puede dispensar la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, L.O. 15/1999 de 13 de diciembre: art. 11.2.d) o su Reglamento, Real-Decreto 1720/2007 de 21 de diciembre, que entró en vigor el 31 de marzo de 2008, sin despreciar la Ley 32 de 3 de noviembre de 2003, General de Telecomunicaciones y su Reglamento, R.D. 424 de 15 de abril de 2005, en los que parece desprenderse que sin el consentimiento del titular de unos datos reservados, contenidos en archivos informáticos, no pueden facilitarse a nadie, salvo los casos especiales que autorizan sus propias normas, entre las que se halla la autorización judicial, que lógicamente estaría justificada en un proceso de investigación penal”.

Tercero.—Tampoco debe pasar por alto, aunque sólo sea con carácter dialéctico, el contenido de la Ley n.º 25 de 18 de octubre de 2007 de Conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicación, que al igual que el Reglamento de la Ley de protección de datos son posteriores a los hechos aquí enjuiciados y por ende no aplicables.

La ley últimamente citada que se dicta en desarrollo de la Directiva de la Unión Europea 2006-24-C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo del mismo año tiene por objeto imponer la obligación a los operadores de Telecomunicaciones de retener determinados datos generados o tratados por los mismos con el fin de entregarlos a los agentes facultados, en caso de que le fueran requeridos por éstos, entendiéndose por tales agentes los pertenecientes a los Cuerpos policiales, al Centro Nacional de Inteligencia y a la Dirección de Vigilancia aduanera. Esta ley exige para la cesión de estos datos, con carácter general, la autorización judicial previa y entre los datos que deben conservar figura el que es objeto del proceso que nos ocupa (los datos que deben ser custodiados por los operadores de tele-

comunicaciones están ampliamente descritos en su art. 3.^º).

La radicalidad o rotundidad de la Ley 25/2007, en su artículo 6.^º, en relación al tercero, provocó ciertas dudas entre los Magistrados que tenían que dictar sentencia en esta instancia, especialmente sobre su posible proyección al caso de autos, consecuencia de lo cual se estimó oportuno llevar a Pleno no jurisdiccional de esta Sala, la reserva atribuida a la autorización judicial para la obtención de datos, con su amplia enumeración del art. 3, con exclusión del M.^º Fiscal.

1. El contraste de pareceres o puntos de vista jurídicos permitió al Pleno establecer ciertas conclusiones, que a fin de cuentas no afectaron a la cuestión de fondo suscitada en el recurso del Fiscal.

La Ley 25/2007, tiene muy en cuenta el campo aplicativo de la Ley Orgánica n.º 15 de 1999 de Protección de Datos de carácter personal y le reconoce su mayor rango, aunque en el ámbito de vigencia de la Ley de Conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicación, se erigía como preferente esta Ley, por la materia específica a la que se refería, esto es, a las comunicaciones, su contenido y todos los datos externos o de tráfico que de modo exhaustivo enumera la ley.

Prueba del respeto que muestra la Ley 25/2007 a las previsiones normativas de la Ley de Protección de Datos, es que la menciona en multitud de ocasiones, incluida la exposición de motivos. A título de ejemplo el art. 8 la cita hasta cuatro veces, estableciendo, entre otras cosas, que *“las obligaciones relativas a las medidas para garantizar la calidad de los datos y la confidencialidad y seguridad en el tratamiento de los mismos serán las establecidas en la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre y su normativa de desarrollo”*. Y a continuación declara el mismo art. 8 que *“El nivel de protección de los datos almacenados se*

determinará de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre y en su normativa de desarrollo”.

2. Pero independientemente de que ambas leyes operen en ámbitos diferentes, no excluye la posibilidad de producirse ciertas coincidencias o colisiones, sobre todo cuando se relacionan con el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones regulado en el art. 18-3 C.E.

La Sala General no jurisdiccional aprobó el 23 de febrero de 2010 el siguiente acuerdo: *“Es necesaria la autorización judicial para que los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación cedan los datos generados o tratados con tal motivo. Por lo cual, el M.^º Fiscal precisará de tal autorización para obtener de los operadores los datos conservados que se especifican en el art. 3 de la Ley 25/2007 de 18 de octubre”*.

De conformidad al tenor del acuerdo es patente que no resulta de aplicación al caso que nos concierne por haber ocurrido los hechos en 2006, esto es, antes de su vigencia.

3. Acudiendo a las normas en vigor que garantizan la reserva de las claves encubridoras de la identidad de usuarios de la Red (I.P.), se hace preciso de nuevo recordar la doctrina del Tribunal de Derechos Humanos europeo (caso Malone), contenido en la sentencia de 2 de agosto de 1982, que viene a establecer que la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza *“a cualquier forma de interceptación en el proceso de comunicación, mientras el mismo esté teniendo lugar, siempre que sea apta para desvelar la existencia misma de la comunicación, el contenido de lo comunicado o los datos o elementos externos del proceso de comunicación”*.

La correcta interpretación de esta doctrina nos debe llevar a la distinción de cuándo unos datos personales pueden afectar al secreto a las comunicaciones y cuándo conservados y tratados por las Operadoras, no se están refiriendo a comunicación alguna, es decir, datos estáticamente almacenados,

conservados y tratados por operadores que se hallan obligados a la reserva frente a terceros.

Distinguimos pues dos conceptos:

a) datos personales externos o de tráfico que hacen referencia a una comunicación concreta y contribuyen a desvelar todo o parte del secreto que protege el art. 18-3 C.E.:

b) datos o circunstancias personales referentes a la intimidad de una persona (art. 18-1.º C.E.), pero autónomos o desconectados de cualquier comunicación, que caerán dentro del derecho a la protección de datos informáticos o *habeas data* del art. 18-4 C.E. que no pueden comprometer un proceso de comunicación.

Desde esta perspectiva dicotómica la absoluta equiparación de todo tipo de datos de tráfico o externos o la inclusión de todos ellos dentro del derecho al secreto de las comunicaciones comportaría un auténtico desenfoco del problema, pues incorporaría en el ámbito de la protección constitucional del art. 18-3, circunstancias cuyo tratamiento jurídico no debería separarse del que se dispensa a la protección de datos o al derecho a la autodeterminación informática del art. 18-4 C.E. (véase por todas S.T.S. n.º 249 de 20-5-2008).

4. En el caso concernido es patente que los datos cuyo obtención se pretende por el Fiscal no tienen relación ni afectan ni interceptan ni descubren ni tratan de descubrir una comunicación concreta, sino que por ser preciso para la acción investigadora el conocimiento del domicilio, número de teléfono o identidad del titular del terminal informático que opera en la Red (I.P.), la solicita a la operadora, al objeto de pedir del juez un mandamiento de entrada y registro con fines indagatorios o de investigación de un posible delito, acerca del que se conocen datos indiciarios.

El M.º Fiscal se hallaba en el ejercicio de sus funciones, entre otras, promover la acción de la justicia (art. 126 C.E. y art. 3 de su

Estatuto Orgánico) y también investigando los hechos delictivos, dentro del marco de unas diligencias preprocesales de naturaleza criminal (art. 773-2 L.E.Cr.).

Cuarto.—Tal proceder del M.º Fiscal *no afecta al secreto de las comunicaciones* sino que se desenvuelve en el marco del derecho a la intimidad, más concretamente dada la escasa intensidad en que es efectuada, la cuestión se proyectaría sobre la obligación que establece la Ley Orgánica de Protección de Datos de no publicar los datos personales de los usuarios que un servidor de Internet posee, los cuales no pueden cederse sin el consentimiento del titular, pero la ley establece diversas excepciones.

Así el art. 11.2 d) de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre nos dice que el consentimiento del interesado a que se refiera el párrafo anterior no será necesario.... d) *“Cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario el Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal, los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas”*.

Por su parte la Ley 32/2003 de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, cuyo articulado se remite al art. 12 de la Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (ahora derogada por la Ley 25/2007) se establece el deber de retención de datos de tráfico relativos a las comunicaciones electrónicas en cuyo n.º 3 nos dice que los *“datos se conservarán para su utilización en el marco de una investigación criminal o para la salvaguarda de la seguridad pública y la defensa nacional, poniéndola a disposición de los jueces o tribunales o del Ministerio Fiscal que así lo requieran”*.

Finalmente la propia Agencia de Protección de Datos, órgano público de carácter autónomo que conforme al art. 37.1. a) de la L.O. 15/1999, tiene por misión *“velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de*

información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos, ha dicho en sus informes 135/2003 y 297/2005 que en los supuestos a que se refiere el art. 11.2 la cesión de datos personales no está sujeta a reserva jurisdiccional”.

Por todo ello entendemos que el Fiscal tiene facultades de investigación paralelas a las del juez de instrucción en el Procedimiento Abreviado (art. 773-2 L.E.Cr.) y salvo los actos injerenciales en los derechos fundamentales y la adopción de medidas cautelares posee las mismas atribuciones y responsabilidades que un juez. Si el juez instructor no hubiera estimado pertinente la adopción de la medida de entrada y registro los datos se archivarían, sin haber salido del ámbito de disponibilidad y reserva de la autoridad encargada de la investigación criminal (bien se trate del Fiscal o del Juez).

Pero es que la decisión de invadir el domicilio particular de una persona no provenía de haber desvelado su identidad, ya que ello era absolutamente secundario o anodino; el juez acordó la entrada y registro valorando la necesidad, utilidad y proporcionalidad de la medida de acuerdo con los datos aportados por la policía indiciarios de la comisión de un delito grave, y la medida interesada, fuera quien fuera el titular del terminal, solo tenía por objeto el desvelamiento del nombre de la persona física o jurídica que contrató con el operador de Internet y le

asignó un I.P. escriptado en una clave alfanumérica

Ni que decir tiene que este régimen jurídico sólo es aplicable antes de la ley 25/2007 de 18 de octubre; con posterioridad a su vigencia debemos estar al acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 23 de febrero de 2010.

Quinto.—En atención a lo expuesto parece ser que la Audiencia confunde el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18-3 C.E.), el derecho a la intimidad (art. 18-1 C.E.) y la obligación de conservar secretos los datos informáticos personales (art. 18-4 C.E.) conforme a la Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal, que excepciona la petición del Fiscal en el ejercicio de sus funciones legales de investigación de los delitos.

No habiéndose quebrantado ningún derecho fundamental, el art. 11.1 LOPJ no es aplicable, debiendo surtir efecto en el proceso los datos obtenidos en la entrada y registro y las demás pruebas (testimonios o pericias) practicadas a consecuencia del mismo.

El motivo habrá de estimarse, declarando nula la sentencia, con devolución al Tribunal que la dictó, para que valorando todo el material probatorio legítimo existente en la causa se pronuncie sobre las pretensiones acusatorias del Fiscal y las aducidas por las demás partes procesales.

Sentencia 259/2010, Sala de lo Penal del TS, de 18 de marzo de 2010

FALSEDAD DOCUMENTAL

Arts. 26, 390, 392 y 397 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García

SÍNTESIS

Se resume la doctrina jurisprudencial relativa a la eventual transformación del documento inicialmente privado en otro público «por destino».

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

El motivo cuarto, por la vía del *error iuris* denuncia como indebidamente inaplicado el párrafo 1.º del art. 8. Este artículo contiene las reglas para la resolución de los concursos aparentes de Leyes. Se estima que debió haberse apreciado el art. 397 C. Penal que se refiere a la falsificación de certificados, y no estimar el certificado como documento público, y ello, se dice, por el principio de especialidad de la regla 1.ª del art. 8.

Los hechos probados, en relación al documento redactado por el recurrente, no se reducen a una *mutatio veritatis* consistente en una consciente inexactitud en la descripción de la finca, sino que consisten en la afirmación de existir una construcción inexistente, se trata en realidad en la creación *ex novo* de un documento que refleja una realidad inexistente, creación que tuvo como única finalidad la de su incorporación a un documento público tan pronto como fue creado —documento creado el 5 de diciembre de 2004, y escritura pública a la que se incorporó otorgada en fecha 14 de diciembre de 2004, folios 212 y 199 y siguientes respectivamente—, documento que tuvo por consecuencia permitir el acceso al Registro de la Propiedad de la declaración de Obra Nueva relativa a la finca registral concernida, lo que en modo alguno es irrelevante y por otro lado, tal acción tiene su correcta subsunción en el art. 390 aps. 1.º y 2.º en relación con el art. 392 Cpenal, tal y como han sido calificados por el Tribunal sentenciador.

Se está ante un documento —el redactado por el recurrente— que en la medida en que su creación fue debida exclusivamente para su incorporación a una escritura pública, participa también de esa naturaleza.

No se ignora que en los años noventa existió un cambio en la doctrina de esta Sala en relación a la teoría del documento público “*por destino*”, restringiendo su concepto en el sentido de que había que atender exclusivamente al momento de creación de dicho documento.

Si en el momento de su creación, el documento era privado, tal naturaleza se mantenía inmutable cualesquiera fueran los avatares de dicho documento y por tanto aunque con posterioridad apareciese unido a un expediente público este hecho no mutaba la naturaleza privada del documento. En tal sentido, SSTs de 11 y 25 de octubre de 1990, las primeras que sostuvieron esta nueva doctrina, seguidas por la de 21 de noviembre de 1991; 15 de febrero y 10 de marzo de 1993; 28 de mayo de 1994 y 10 de septiembre de 1997, entre otras.

Sin embargo, esta doctrina tuvo pronto una excepción que sostuvo que cuando el documento concernido tuvo su origen y exclusiva finalidad en su incorporación a un expediente público para producir efectos en el tráfico jurídico o en el seno de la Administración Pública, entonces tal documento debe entenderse de naturaleza pública. En tal sentido, SSTs 19 de septiembre de 1996; 437/1996; 4 de diciembre de 1998; 3 de marzo de 2000; 16 de junio de 2003; 886/2005 de 21 de marzo y 575/2007 de 9 de junio; 79/2002 de 24 de enero; 1018/2002 de 31 de mayo o 1720/2002.

De esta última sentencia citada retenemos la siguiente reflexión:

“... el documento ab initio privado que nace o se hace con el fin inexorable, único y exclusivo de producir efectos en un orden oficial, en el seno de la Administración Pública o en cualquiera de sus vertientes o representaciones se equipara al documento oficial, siempre que sea susceptible de provocar una resolución administrativa del en-

te receptor que incorpore el elemento falso agotado...”.

En el mismo sentido, la reciente sentencia de esta Sala n.º 165/2010 de 18 de febrero.

Esto es cabalmente lo ocurrido en el caso de autos.

Procede la desestimación del motivo.

Sentencia 279/2010, Sala 2.ª del TS, de 22 de marzo de 2010

FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS

Arts. 74, 390 y 398 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta**

SÍNTESIS

Se trata de la sentencia que pone fin en vía penal al proceso por las incorrectas identificaciones de los cadáveres del accidente del YAK-42. De las cuestiones consideradas, destacan las relativas al problema de la unidad o pluralidad de delitos de falsificación de documentos y a la consideración de los certificados de defunción como «documento público» y no como «certificado».

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—En este fundamento abordamos la impugnación que la acusación recurrente formaliza por error de derecho al inaplicar a los hechos probados la institución de la continuidad delictiva en el delito de falsedad por el que ha sido condenado el acusado general Raúl, calificación que debe extenderse también a los acusados Juan Luis y Conrado.

La sentencia objeto de la casación condena por un delito de falsedad excluyendo la tipificación de los hechos en el delito continuado al tratarse de “una sola decisión delictiva, una sola voluntad criminal que se refleja en la inveraz atribución de treinta identidades a otros tantos cadáveres de los militares fallecidos... de manera que existe

una mera intensificación cuantitativa del injusto, pero no un injusto diferente en cada uno de los treinta actos”. La recurrente entiende, por el contrario, que cada uno de los documentos falsificados, los certificados de defunción se refieren a personas distintas y tienen una autonomía diferenciada, con producción de distintos efectos, por lo que la subsunción correcta es la del concurso real, unificado en orden a la penalidad en el delito continuado.

El Ministerio fiscal informa en sentido contrario a la estimación del recurso y reproduce la jurisprudencia de esta Sala que ha declarado una única acción sobre la construcción de la unidad natural y jurídica de acción para aquellos supuestos en los que la pluralidad de emisiones de documentos responde a una operación que se

realiza simultáneamente, casos en los que elaboran varios documentos falsos en un mismo acto, esto es con unidad espacial y una estrecha inmediatez temporal. Esa jurisprudencia se ha desarrollado en varios antecedentes de esta Sala entre los que es preciso citar las SSTS 705/1999, de 7-5; 1937/2001, de 26-10; 670/2001, de 19-4; 867/2002, de 29 de julio; 885/2003, de 13-VI; y 1047/2003, de 16-VII; 1024/2004, de 24-9; 521/2006, de 11-5; 1266/2006, de 20-12; y 171/2009, de 24-2.

Como se recoge en la reciente STS 813/2009, de 7 de julio, en esas resoluciones se afirma que concurre una “unidad natural de acción” en las conductas falsarias que, persiguiendo un único designio dirigido a un solo objetivo, [en el supuesto al que se refiere, una finalidad patrimonial], se lleva a cabo en “unidad de acto”. Aunque la acción falsaria se concrete en varios documentos es tan sólo porque se da la circunstancia de la pluralidad. Lo determinante —dice esa jurisprudencia— es discernir si los actos falsarios se realizaron en una sola ocasión o en fechas o momentos diversos. La realización de la conducta delictiva en un momento o fase criminal determinada no interrumpida, constituye un solo delito. Deben entenderse, pues, realizadas materialmente todas las manipulaciones falsarias en un solo acto, comprensivo de una única actuación delictiva evidenciadora de la voluntad del agente, por más que deba después proyectarse la ejecución de ese propósito inicial en distintos actos o fases ulteriores.

El Ministerio fiscal, fiel a su papel procesal de “parte imparcial”, señala que la jurisprudencia no es pacífica en esta materia. Una segunda línea jurisprudencial da prioridad al criterio normativo de acción sobre el naturalístico, según la cual el hecho de que se confeccionen en un mismo contexto espacio— temporal varios documentos falsos obliga a subsumir los hechos en la figura del delito continuado. Para ello se tiene en cuenta fundamentalmente el precepto infringido y al bien jurídico protegido, de modo que la acción se consuma cuando se pro-

duce el resultado previsto por la norma, cualquiera que sean los hechos naturales (únicos o plurales) que requiera tal infracción para que se produzca en el mundo real (SSTS 348/2004, de 18-3; 1277/2005, de 10-11; 566/2006, de 9-5; 291/2008, de 12-5, y 365/2009, de 16-4). Según esta dirección jurisprudencial “el concepto normativo de acción atiende sustancialmente al precepto infringido y al bien jurídico protegido, de modo que la acción se consuma cuando se produce el resultado previsto en la norma, cualquiera que sean los hechos naturales (únicos o plurales) que requiere tal infracción, para que se produzca en el mundo real. En suma la ley penal no atiende estrictamente a la naturalidad de las acciones sino a sus componentes jurídicos”.

Ahora bien, también en la construcción de la unidad natural de acción se argumenta sobre un concepto normativo, pues la acción que se auna en una única conducta típica siempre se vale de un componente jurídico para unificar en un solo acto lo que naturalísticamente es plural.

En el supuesto que ahora se enjuicia entendemos que ha de operarse con el criterio de la unidad natural de acción. Desde el hecho probado se relata que la falsedad de los treinta certificados de defunción son consecuencia de una previa mendacidad, el listado elaborado por el general Raúl en el que había señalado una identidad a cada uno de los 62 cadáveres, de los cuales 32 habían sido correctamente identificados, en tanto que los restantes no lo habían sido. Esa mendacidad, recogida en el listado elaborado es el documento del que dimana la confección falsa de los certificados de defunción y en lo que estas no son sino una ejecución de la previa mendacidad documentada en un Acta.

Por lo tanto, los treinta documentos obedecen a un mismo concepto, la documentación de una previa mendacidad derivada de la necesidad de repatriar, con rapidez, los cadáveres de los militares españoles en un accidente aéreo cuando regresaban de una misión internacional respecto a la que la

opinión pública se encontraba profundamente dividida. Son elaborados en una unidad de acto, “sin levantar mano” podría decirse. Desde la perspectiva expuesta el *quantum*, el número de documentos falsos no resulta de una voluntad criminal que se reitera sino de una ausencia de posibilidad de identificar. Esto es, podían haber sido, perfectamente, una cantidad distinta a treinta en función de las posibilidades de identificación.

Por lo tanto, el número de actuaciones documentales no es relevador de una perduración y reiteración del dolo por lo que, es procedente aplicar, a este supuesto, la corriente jurisprudencial de la unidad natural, también jurídica, de acción. También, ha de tenerse en consideración que los documentos falsos no lo son en su integridad, pues reflejan un hecho cierto, el fallecimiento de una persona, su fecha y su causa, elementos esenciales de los que derivan consecuencias jurídicas, aunque es mendaz en orden a la correspondencia de cada cuerpo con su identidad, de la que, como se destaca en la sentencia y analizaremos al abordar la impugnación de uno de los condenados, también surgen efectos jurídicos.

En definitiva, y como dijimos en la STS 813/2009, antes citada, en los casos, como el que nos ocupa, en los que los actos falsarios se realizan con unidad inmediata de acción, responden a un único destino y se documentan en ejecución de una única finalidad, el bien jurídico se halla suficientemente tutelado acudiendo a la apreciación de un único delito. Se considera, en cambio, artificioso hablar de distintas acciones falsarias que deben ser ensambladas mediante la figura del delito continuado del art. 74 del C. Penal que está prevista para supuestos en que los actos falsarios son claramente diferenciables y no presentan una unidad espacio-temporal tan directa e inmediata como sucede en el caso que se juzga.

En la Sentencia transcrita se sitúa en la individualización de la pena el reproche derivado de la pluralidad de acciones sobre va-

rios documentos, individualización que el tribunal ha realizado en la instancia atendiendo a las especiales circunstancias concurrentes en el hecho y a las que nos hemos referidos al conectar la gravedad del accidente con las exigencias derivadas de la urgencia en la realización del duelo.

(...)

Décimo.—En el último de los motivos de la impugnación de este recurrente se denuncia el error de derecho por la inaplicación de la regla 1 del art. 8 y, consiguientemente, del art. 398 y la aplicación indebida del art. 390.1.1 y 4 del Código penal.

En el motivo argumenta sobre la base de la jurisprudencia que cita y que señala la aplicación preferente del tipo penal del art. 398 sobre el art. 390 cuando el funcionario público falsifica un certificado al que se refiere el tipo del art. 398 del Código penal. El recurrente se apoya en la expresión nominal del documento, certificado de defunción, para, instar la subsunción en el art. 398 del Código penal, el tipo de la falsedad de certificado, utilizando el criterio de especialidad como criterio de resolución del conflicto de normas que se produciría entre el art. 390 y el 398, ambos del Código penal.

El recurrente no analiza si el documento falseado, la certificación de defunción, es un documento público o un certificado, sino que partiendo del *nomen* con el que es conocido lo reputa, sin discutirlo, certificado y solicita la aplicación preferente, del art. 398 del Código penal. La desestimación es procedente. En primer lugar porque ese concreto apartado de la subsunción no fue objeto de debate en el enjuiciamiento, nadie solicitó esa subsunción del documento en el concepto de certificado y la aplicación del art. 398 del Código penal. También por razones de fondo.

Como dijimos en la STS 1/2004, de 12 de enero, para pronunciarnos sobre el posible fundamento de este motivo, en primer lugar es preciso resolver la naturaleza de los certificados de defunción, esto es, si se trata de un documento público o de un certificado a

efectos de la penalidad respectiva en los arts. 390 y 397 y 398 del Código penal. En principio una interpretación armónica con otros preceptos del Código, como el 26 que define el concepto penal de documento, nos lleva a la conclusión de esa naturaleza frente a la de certificado. En la definición auténtica del concepto de documento que proporciona el art. 26 del Código se entiende por tal “todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”. No existe un precepto que proporcione una definición auténtica de certificado, como tampoco en lo referente a lo que deba entenderse por documento oficial, público o mercantil, lo que no ha dejado de plantear importantes problemas a la jurisprudencia que ha procedido a su concreción. En este sentido, por certificados dijimos en la STS de 27 de diciembre de 2000 se entiende aquellos en los que se hace constar una verdad, que se conoce y aprecia por haber sucedido y existir efectivamente, o por su correspondencia con datos prevaientemente registrados si bien se precisa también que “el criterio diferenciador” entre las falsedades en los certificados y los documentos oficiales no es tajante y sólo la gravedad y trascendencia de la alteración del instrumento documental puede ser un criterio determinante para señalar si se está ante una falsedad documental o de certificados.

En efecto, junto a la falta de una definición auténtica de lo que debe entenderse por certificado a efectos jurídico penales, el vigente Código Penal ha prescindido de la enumeración contenida en el Código derogado: certificados de enfermedad o lesión, a fin de eximir a una persona de algún servicio público (art. 311), de méritos o servicios, de buena conducta, de pobreza o de otras circunstancias análogas (art. 312), al

hablar simplemente de certificado —art. 397— o de certificación —art. 398— falsos, lo que supone un mayor inconcreción. Si a ello unimos la consideración de que, por su menor penalidad, la falsedad de certificados constituye un tipo de falsedad de carácter privilegiado, y de que, sin el cuestionado tipo penal, estas conductas serían incardinables en la falsedad de documentos oficiales, hemos de llegar a la conclusión de que la aplicación del tipo privilegiado ha de hacerse atendiendo —como enseña la jurisprudencia— a la gravedad y trascendencia objetiva de la falsedad de que se trate”.

En otros pronunciamientos jurisprudenciales hemos declarado que el certificado de defunción, objeto de la presente falsedad es un documento público, y su falsedad se subsume en el art. 390 cuando es realizada por funcionario público (SSTS 27.5.1988, 13.12.1985, 4.12.1988 y la que el propio recurrente ha citado en el segundo y tercer motivo, la 490/2006, de 16 de marzo). En ellas, aunque no de forma expresa, pues no era objeto de debate casacional, se refieren actos de falsificación del certificado de defunción que se subsumen en el delito de falsedad documental y no en el de falsedad de certificados, en una interpretación acorde con la doctrina que expuso la STS de 12 de enero de 2004, STS 1/2004, en atención a la gravedad y trascendencia de la alteración del instrumento documental.

En el caso objeto de la censura casacional, el certificado de defunción, que da lugar a la inscripción del fallecimiento de una persona (art. 85 LRCivil) y su declaración como tal, generador de múltiples efectos jurídicos, resulta patente que por la trascendencia del mismo su falsificación se subsume en el art. 390 y no en la de los certificados, y así ha sido declarado por la jurisprudencia de esta Sala.

Sentencia 266/2010, Sala de lo Penal del TS, de 31 de marzo de 2010

INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES. USO POR LA POLICÍA DEL MÓVIL REQUISADO AL DETENIDO

Arts. 18.3 CE y 282 y 579 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano**

SÍNTESIS

Considera la Sala que la utilización del móvil requisado por la Policía al detenido para devolver una llamada con la finalidad de descubrir datos relevantes para la investigación no vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones pese a no mediar autorización judicial. Voto particular.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—El primero de los motivos, con apoyo procesal en los arts. 5-4 LOPJ. y 852 L.E.Cr., lo dedica a atacar la sentencia que le condena por entender que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías sin indefensión y a la presunción de inocencia (art. 24-1.º y 2.º C.E.), todo ello en relación al art. 18-3 C.E.

1. El conjunto de infracciones denunciadas tiene una causa o denominador común, en cuanto dimanen de la *observación y manipulación* no autorizada del teléfono móvil del acusado Sr. Juan Pablo.

(...)

3. La Audiencia Provincial ha dado cabal respuesta al problema planteado en sus fundamentos jurídicos segundo y tercero, rechazando los argumentos de la parte afectada. Sobre este particular es obvio que en la lectura de derechos una vez detenido el recurrente, no procedía referir el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18-3 C.E.) ni ningún otro que no fuera de los previstos en el art. 520 L.E.Cr. La Audiencia

deja claro que no existió ninguna actividad por parte de la policía que provocase la llamada originaria que fue espontánea, limitándose los agentes a tomar el número que reflejaba la pantalla y ya desde un teléfono ocupado y en su cometido de descubrir a otros implicados hacen una rellamada al hipotético interlocutor, que es precisamente quien sugiere que el portador de la droga le espere en la cafetería Medas, de la Terminal-4 del Aeropuerto de Madrid-Barajas. Así pues, la Audiencia concluye que no existió interceptación de comunicación alguna, y que el tráfico de llamadas y posterior entrada y registro en la casa de la recurrente ya fueron efectuados con autorización judicial.

4. Aunque con lo dicho por la Audiencia bastaría para rechazar el motivo, quizás quepa matizar y delimitar el alcance del derecho al secreto de las comunicaciones para mostrar que la utilización del teléfono ajeno y ejecución de una rellamada queda fuera del derecho al secreto de las comunicaciones.

En este sentido es un lugar común entre los constitucionalistas, el raquitismo o insu-

ficiencia regulativa del desarrollo de tal derecho fundamental (art. 18-3 C.E. y 579 L.E.Cr.), especialmente este segundo precepto que deja en el aire ciertas cuestiones que gravitan alrededor del derecho y pueden afectarle directa o indirectamente. En efecto, quedan huérfanos de regulación algunos puntos como: definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escuchas telefónicas; la naturaleza de las infracciones susceptibles de poder dar lugar a la interceptación de la comunicación; la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida; el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas; las precauciones a adoptar para conservar intactas y completas las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el juez o por la defensa; las circunstancias en las que puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas en determinados casos, especialmente en supuestos de sobreseimiento, etc.

Pues bien, estos y otros aspectos no tratados en preceptos específicos han ido configurándose sobre la base de la interpretación de normas internacionales vigentes en España, ex arts. 10-2 C.E., tales como Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 12) 1948; Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (art. 8) de 1950; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17-1.^º) 1966, además de la propia jurisprudencia constitucional y de este Tribunal.

Especialmente llamativa es la línea jurisprudencial seguida por el Tribunal Europeo de Estrasburgo después del caso Malone (S. 2-8-84), en que se engloba dentro del derecho al secreto de las comunicaciones los denominados datos “externos” o “de tráfico”, referidos a la identidad de los interlocutores, momento temporal de la llamada, listado de llamadas efectuadas, duración de las mismas, etc. Sobre esta particular cuestión, aunque en alguna intromisión, como la observancia del listado de llamadas de un terminal, no pudieran incardinarse de modo

preciso en lo que es una comunicación, sí afectaría al derecho a la intimidad y en nuestro ordenamiento, aún con menor grado de rigor argumentativo, se ha reservado a la autorización judicial.

Mas, en determinados supuestos o situaciones en que el sacrificio del derecho es mínimo y la urgencia de la intromisión se impone para la culminación de una investigación policial no se excluiría que ponderando los principios de racionalidad y proporcionalidad pudiera la policía judicial actuar por iniciativa propia en cumplimiento de sus cometidos sin acudir al juez, cuando de hacerlo se perjudica o desbarata la investigación policial. En cualquier caso sólo excepcionalmente y cuando la intervención afecte a ese listado de llamadas, al número de algún comunicante si la actuación reúne los caracteres de actividad *idónea* para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, *necesaria o imprescindible*, esto es, que no existan otros medios o medidas menos graves o que impongan menos sacrificios para los derechos de terceros, y por último que de su aplicación se deriven más *ventajas que perjuicios* para el interés general, podría excepcionalmente la policía judicial acudir a datos colaterales de la conversación o a obtener directamente el listado de llamadas o el número de alguna llamada, partiendo siempre de que forman o pueden formar parte del derecho al secreto de las comunicaciones. Desconectado de comunicaciones concretas, su repercusión incidiría en el derecho a la intimidad, que en aspectos no sensibles podría ceder, en beneficio de la investigación de un delito grave (SS.T.S. 1235/2002 de 27 de junio; 666/2003 de 17 de junio, 215/2004 de 20 de abril, etc.).

5. Trasladando tal doctrina a nuestro caso es patente e incontestable que no nos hallamos ante ninguna comunicación telefónica, ni tampoco se ha vulnerado la intimidad al anotar el número de teléfono que insistentemente llamaba al móvil del detenido. Éste último, portador de una gran cantidad de cocaína (más de nueve kilogramos

de alto grado de pureza) se le *ocupa, interviene o requisa su móvil*, que según propio testimonio cuando llegaran al aeropuerto terceras personas le llamarían para darle instrucciones sobre el destino de tal cantidad de droga.

El móvil, como instrumento o medio de comisión del mismo, ha sido objeto de desposesión legítima en una correcta diligencia de cacheo. Dicho teléfono lo posee transitoriamente la policía y puede y debe utilizarlo para hacer alguna llamada como medio de investigación del delito enderezado a descubrir toda la trama, especialmente la intervención de otros coautores. Así pues, la policía toma el número de la pantalla, que cualquiera puede ver y lleva a cabo una rellamada, sin hacerse pasar por el interesado, sino por un tercero que le acompañaba, accediendo a la cita que los terceros que responden a la llamada (los dos recurrentes) le sugieren, concretamente, en el Bar-Restaurante Medas de la T-4 de Barajas.

La llamada que hizo la policía con el teléfono incautado no inderroga comunicación ajena alguna; era la propia comunicación de la policía, como ardid legítimo y elemental para descubrir a los responsables de un delito castigado con penas que van de 9 años y 1 día a 13 años y 6 meses aunque, como sagaz medida de prudencia y aseguramiento del éxito de la investigación, utilizaran el teléfono del acusado para efectuarla.

La Guardia Civil actuó conforme a las obligaciones que le vienen impuestas por el art. 282 L.E.Cr. en concordancia con los arts. 11.1 g) y 21 a 36 de la Ley Orgánica 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; art. 770-3.º L.E.Cr.; 547 y ss. de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 14 de la Ley Orgánica 1/1999 de 21 de febrero de Protección de la Seguridad Ciudadana. Es más, como muy bien puntualiza el M.º Fiscal los agentes de la policía judicial habrían faltado a su deber si no hubieran anotado ese número entrante y practicado las diligencias necesarias para la localización de los autores de la llamada recibida en el móvil del detenido, procediendo a la rellamada al nú-

mero de procedencia, en principio con el propio móvil del detenido, después para detectar a los coautores en el aeropuerto desde un móvil de la pertenencia de la policía.

Pretender, como sostiene la recurrente, que no ocultaran su identidad, desvelando su condición de policías, es tanto como incurrir en responsabilidad profesional, porque la operación quedaría automáticamente frustrada. El presunto ardid o estrategia policial constituye un procedimiento legítimo no contrario a derechos fundamentales de terceros, tendente a descubrir o perseguir delitos graves, como es el que nos ocupa. El principio de proporcionalidad y un mínimo de oficio profesional así lo imponían. Abstenerse los agentes de usar de los medios legítimos que tienen a su alcance para descubrir el delito y perseguir a los delincuentes, quizá les hubiera puesto en la tesitura de responder por un delito de “omisión de perseguir delitos” que el art. 408 del Código Penal le impone.

Por todo lo expuesto el motivo ha de decaer.

(...)

VOTO PARTICULAR A LA SENTENCIA DE ESTA
SALA N.º 266/2010, DE 31 DE MARZO
DE 2010, FORMULADO POR EL EXCMO.
SR. D. MIGUEL COLMENERO MENÉNDEZ
DE LUARCA

(...)

2. La mayoría de la Sala parece entender que la observación del listado de llamadas contenido en la memoria de un teléfono móvil no afecta al derecho al secreto de las comunicaciones, sino al derecho a la intimidad, que, siempre bajo una habilitación legal (artículo 282 y 770.3.º LECrim; 11.1 g y 21 a 36 de la LO de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad; 547 n y ss. LOPJ; y 14 de la LO de Protección de la Seguridad Ciudadana), permitiría determinadas invasiones menores por parte de la Policía en casos de urgencia.

3. Hemos de comenzar señalando que, en realidad, la observación del listado de llamadas contenido en la memoria de un teléfono móvil permite conocer unos datos

coincidentes en gran parte con aquellos a los que se accede al examinar la información que aparece en pantalla cuando se recibe una llamada, especialmente si procede de un número no oculto. Esos datos son, al menos, la misma existencia de la llamada en un momento preciso desde un determinado número al teléfono del sospechoso. El listado puede, incluso, estar en pantalla cuando el teléfono es intervenido al sospechoso, por lo que es irrelevante a estos efectos que para conocer su contenido sea preciso realizar alguna acción sobre el aparato añadida a la mera observación de lo que la pantalla ofrece. El acceso casual a una determinada información para cuyo acceso sea imprescindible la autorización judicial previa, no suprime el conocimiento de la información como un hecho de la realidad, pero la carencia de la autorización impide su utilización legítima como elemento de investigación o como elemento de prueba.

4. La cuestión, por lo tanto, se centra en establecer si tal observación afecta o no al derecho al secreto de las comunicaciones, ya que para su restricción o invasión es precisa en todo caso la resolución judicial, aunque si se trata de invasiones de menor intensidad, alguna sentencia del Tribunal Constitucional ha aceptado su justificación por medio de providencia.

El Tribunal Constitucional, a quien le corresponde la determinación del alcance y los límites de los derechos fundamentales, ha incluido en el derecho al secreto de las comunicaciones los llamados datos externos de la comunicación, para cuyo conocimiento sea preciso incidir en el mismo proceso de comunicación, mientras éste tiene lugar, con independencia del acceso al contenido de lo comunicado y siendo también indiferente que el momento en que se accede a tales datos o en el que éstos se difunden a terceros, sea posterior a su obtención, coincidiendo sustancialmente con la doctrina emanada del TEDH, especialmente desde la Sentencia del Caso Malone, en la que el citado Tribunal entendió que aunque el mecanismo del que se sirven las empresas de co-

municación para relacionar las llamadas y facturar a sus clientes no implica interceptación de la comunicación, sin embargo en los listados figuran datos —los números de los teléfonos de destino— que son parte integrante de las comunicaciones telefónicas por lo que dicho sistema afecta al art. 8.1 del CEDH, no siendo posible disponer de dichos datos sin consentimiento de su titular. En esa Sentencia se reconocía expresamente la posibilidad de que el art. 8 de la Convención pueda resultar violado por el empleo de un artificio técnico que, como el llamado “comptage”, permite registrar cuáles hayan sido los números telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque no el contenido de la comunicación misma.

(...)

7. La aplicación de esta doctrina al conocimiento sin consentimiento del titular del listado de llamadas contenido en la memoria de un teléfono móvil se llevó a cabo en la STC 230/2007, en la que se concluía que “acreditado y reconocido por las resoluciones judiciales el presupuesto fáctico del acceso policial al registro de llamadas del terminal móvil intervenido al recurrente sin su consentimiento ni autorización judicial, dicho acceso no resulta conforme a la doctrina constitucional reiteradamente expuesta sobre que la identificación de los intervinientes en la comunicación queda cubierta por el secreto de las comunicaciones garantizado por el art. 18.3 CE y, por tanto, que resulta necesario para acceder a dicha información, en defecto de consentimiento del titular del terminal telefónico móvil intervenido, que se recabe la debida autorización judicial”.

(...)

8. En el caso, los agentes policiales se percatan, y debe aceptarse que ocurre de forma accidental, de la existencia de una llamada al teléfono del detenido, apareciendo en la pantalla del terminal el número de teléfono desde el que se hace la llamada. Se tiene así conocimiento de la existencia de una llamada; que ésta se efectúa desde ese número al teléfono del sospechoso; y del

momento en el que tiene lugar. Se trata, sin duda, de un dato de interés para la investigación, pues podría conducir a los demás implicados en el transporte de la cocaína. Pero se conocen datos externos de una comunicación telefónica, incluidos en los protegidos por el derecho fundamental, según la doctrina constitucional antes reflejada, cuyo uso no es legítimo salvo autorización judicial.

No resultaría aquí aplicable una traslación amplia del sentido del aforismo “male captus bene detentus”, que podría conducir a considerar que, alcanzado el conocimiento de forma casual, su utilización no sería ilegítima. Por el contrario, el derecho al secreto impide acceder legítimamente a esos datos sin consentimiento del titular de la línea o resolución judicial, y tal prohibición de acceso no puede sino transformarse en una prohibición de uso, tras el acceso casual, como única forma de protección del contenido del derecho fundamental.

9. Se afirma que los agentes tenían la obligación de actuar como lo hicieron en cumplimiento de sus funciones en la persecución del delito. Es cierto que tal obligación existe, pero es innecesario insistir en que debe mantenerse dentro de los límites marcados por la Constitución y la ley. La doctrina constitucional sobre el hallazgo casual es constante y consolidada en el sentido de que, siendo válido si la actuación de la que se obtiene era legítima, los agentes no pueden profundizar en la investigación de ese nuevo aspecto, si afecta a derechos fun-

damentales que requieran consentimiento del titular o resolución judicial sin contar con una de estas posibilidades.

Igualmente podría argumentarse que se trata de un caso de urgencia. No puede negarse que la situación requería una acción rápida. Sin embargo, así como las invasiones de menor intensidad en el derecho a la intimidad, contando con una habilitación legal, aun cuando sea genérica, pueden ser llevadas a cabo por la Policía en situaciones de urgencia, el derecho al secreto de las comunicaciones requiere ineludiblemente una resolución judicial, aunque el Tribunal Constitucional haya aceptado que ésta sea una providencia en casos de menor intensidad de la afectación del derecho, como ocurre cuando se trata del examen del listado de llamadas (STC n.º 123/2007).

10. En consecuencia, al utilizar los datos revelados por la pantalla respecto de una llamada telefónica sin autorización judicial ni consentimiento del titular, se produjo una invasión del espacio protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, por lo que el motivo debió ser estimado, debiendo entonces analizarse si los datos luego obtenidos de forma legítima, tras la oportuna resolución judicial, relativos al tráfico de llamadas entre los respectivos teléfonos móviles, permitían identificar a los recurrentes como las personas que esperaban a quien transportaba físicamente la droga.

Sentencia 309/2010, Sala de lo Penal del TS, de 31 de marzo de 2010

TRÁFICO DE DROGAS Y BLANQUEO DE CAPITAL

Arts. 8, 73, 301 y 368 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

SÍNTESIS

Resume el debate en torno a la existencia de un concurso de normas (autoencubrimiento) o de delitos entre el blanqueo de los bienes proce-

dentes del narcotráfico y este último (se apela para ello al Acuerdo del Pleno de 18 de julio de 2006, recogido en el n.º 19 de la Revista de Derecho Penal).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Decimoctavo.—El motivo octavo, con cita del art. 849.1 de la LECrim, estima infringido, por su indebida aplicación, el art. 301.1 del CP.

Entiende el recurrente —con cita de tres precedentes de esta misma Sala— que la actividad referida al blanqueo de capitales no es sino un acto de autoencubrimiento imputable respecto del delito de tráfico de drogas. El dinero aprehendido no es otra cosa que el resultado de unas ganancias que impedirían la condena por el delito de blanqueo.

El motivo no puede prosperar.

El motivo suscitado por el recurrente, es cierto, no ha sido objeto de una jurisprudencia uniforme. Pese a todo, la idea de un concurso real entre ambas infracciones cuenta con el aval de un Pleno no jurisdiccional de esta misma Sala. Generalmente se ha estimado —apunta la STS 1260/2006, 1 de diciembre— que el posterior blanqueo de capitales efectuado por persona que participó en las operaciones de tráfico de drogas cuyo beneficio intenta, posteriormente, blanquear, debe quedar absorbido en el delito de tráfico de drogas. Se estaría ante fase de agotamiento del delito. Esta ha sido la opinión mayoritaria de la Sala aunque pueda contabilizarse alguna sentencia aislada en el sentido de admitir la doble punición por tráfico y blanqueo en la misma persona que participó de ambos delitos. El Pleno no Jurisdiccional de la Sala de fecha 18 de julio de 2006 acordó que “el art. 301 del CP no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente”.

En línea similar, la STS 960/2008, 26 de diciembre, señalaba que en un pleno no jurisdiccional de esta Sala, celebrado el día 18

de julio de 2006, se abordó el tema del blanqueo de capitales cometido por el propio traficante y se alcanzó el acuerdo de que el artículo 301 del Código Penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente, criterio que ha sido mantenido en Sentencias de esta Sala como es exponente la número 1260/2006, de 1 de diciembre, en la que se remite a dicho acuerdo y declara que no hay ningún obstáculo para la punición del delito de blanqueo y que se está ante dos delitos tráfico de drogas y blanqueo de capitales— en concurso real. Y en ese sentido ya se habían pronunciado sentencias de esta Sala anteriores a dicho acuerdo, como sucedió con la STS 1293/2001, de 28 de julio, en la que se declara que tampoco sería ningún imposible jurídico, dadas las características del tipo, que el propio narco-trafficante se dedicara a realizar actos de blanqueo de su propia actividad, ya que el art. 301 del Código penal, tanto comprende la realización de actos de ocultamiento o encubrimiento del origen ilícito de actividades propias, como de terceras personas que hayan participado en la infracción, para eludir las consecuencias legales de sus actos. En este sentido, el citado precepto emplea la disyuntiva “o” entre ambas conductas, unas propias, y otras de terceros, “o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción...”. Téngase en cuenta, por otro lado, que la finalidad de la punición del blanqueo de capitales es conseguir una mayor eficacia en la persecución de este tipo de delitos, incidiendo en dos bienes jurídicos distintos, sin que se excluya de forma expresa al autor del delito, como ocurre con la receptación, dentro de nuestro sistema jurídico— penal.

De ahí que el blanqueo efectuado por el acusado, procedente de operaciones de tráfico de drogas anteriores en el tiempo no es

obstáculo para la punición del delito de blanqueo. Se está ante dos delitos, unidos en concurso real, de conformidad con el acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 18 de julio de 2006 (STS 1260/2006, 1 de diciembre), pues si se produce la coincidencia de autores en actividades de generación y blanqueo nos encontraremos ante un evidente concurso real y no ante un modalidad de absorción ya que las conductas adquieren relevancia penal y criminológica autónoma y permiten su aplicación conjunta como suma de actividades delictivas de distinto carácter y con bienes jurídicos de distinta naturaleza afectados. En consecuencia no existe duplicidad sancionadora y la decisión adoptada respecto de la participación e incriminación doble de los delitos contra la salud pública y blanqueo de dinero está ajustada a la más estricta legalidad (STS 1597/2005, 21 de diciembre).

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa, el riesgo de una doble incriminación por el mismo hecho y, por tanto, el desbordamiento de la medida de culpabilidad, no se produce en el presente caso. El recurrente forma parte de una estructura permanente, dedicada a la transformación de ganancias que vienen obteniéndose a lo largo de un período de tiempo muy superior a la franja cronológica en la que ha quedado delimitado el

objeto del proceso. Basta comprobar el informe acerca de la ausencia de toda actividad económica por parte de los acusados, para concluir que el dinero aprehendido, los inmuebles objeto de transacción, los automóviles a nombre del recurrente y otros acusados, son la mejor muestra de que no se está sancionando el mismo hecho. Se trata de dos secuencias claramente diferenciadas. De una parte, las ganancias obtenidas en actividades anteriores ajenas al presente proceso. De otra parte, la aprehensión de unas cantidades de cocaína que todavía no habían proporcionado ganancia en efectivo susceptible de ser blanqueada.

En palabras del Fiscal, los beneficios obtenidos no estaban directamente vinculados a las operaciones de tráfico de droga que estaban siendo objeto de enjuiciamiento, sino que estaban relacionadas con actividades anteriores que generaron importantes ganancias y que no han sido objeto de enjuiciamiento, lo que es fácil inferir del hecho de que el ahora recurrente, que no se dedicaba a actividad laboral alguna, tenía en su domicilio, escondidos en el rodapié de la cocina, la cantidad de 297.890 euros, habiéndosele intervenido tres vehículos.

Por todo ello, procede la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

Sentencia 319/2010, Sala de lo Penal del TS, de 31 de marzo de 2010

ERROR DE PROHIBICIÓN

Art. 14.3 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez**

SÍNTESIS

La sentencia de instancia aprecia error de prohibición en la conducta del imputado por delito de estafa, conclusión que rechaza el Tribunal Supremo, negando la concurrencia de tal error. Un voto particular discrepante entiende que debió admitirse la concurrencia de un error vencible de tipo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.—En el único motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 14.3 del Código Penal.

Alega el Ministerio Fiscal, en apoyo de su único motivo, que resulta inadmisibles la aplicación del error de prohibición cuando se trata de infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente ya que en el caso que ahora examinamos el recurrente era perfecto conocedor del expediente sancionador y del correlativo riesgo de demolición que afectaba a la totalidad de las viviendas y, no obstante ello, suscribió los pertinentes contratos, elevándolos posteriormente a escritura pública y recibió el precio convenido, sin advertir a los compradores de aquella circunstancia.

El motivo debe ser estimado.

El Tribunal de instancia ha aplicado el artículo 14.3 del Código Penal por considerar que ha existido error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, error que se califica de vencible. Y se describe la situación en los hechos que se declaran probados señalando que cuando el acusado realizó el primero de los contratos de compraventa de los inmuebles conocía que no podía realizar las edificaciones sin autorización del Ministerio de Defensa y, en todo caso, cuando los elevó a escritura pública y recibió la totalidad del precio ya sabía que se le había denegado dicha autorización para edificar y se había resuelto el expediente sancionador con multa y orden de demolición de lo edificado, sin embargo, nada dijo a los compradores para así conseguir mediante la omisión de esta información que creyeran que las construcciones que adquirirían no corrían el peligro de ser demolidas y realizaran el acto de compraventa de los inmuebles, si bien desconocien-

do que ello era contrario al ordenamiento jurídico. Y se añade, en el relato fáctico, entre otros extremos, que los compradores de haber conocido tales circunstancias y el peligro de demolición de las construcciones de ninguna manera las habrían adquirido.

Se incorpora, pues, al relato fáctico, el desconocimiento sobre la ilicitud de su conducta en el que se sustenta el error de prohibición que se cuestiona por el Ministerio Fiscal, error que el Tribunal de instancia justifica, en el quinto de los fundamentos jurídicos, señalando que el acusado había manifestado que creía que podía construir al tener licencia del Ayuntamiento, aunque el Ministerio de Defensa le ordenó parar la obra, y que su abogado le asesoró que siguiera construyendo, pese a los comunicados del Ministerio de Defensa, la existencia de una orden de demolición y procedimientos, y que ese abogado le dijo que los pisos no serían demolidos y que no era delito ni la construcción ni la venta si bien también ha manifestado que no le dijo que ocultara la orden de demolición a los compradores. Se añade, para justificar el aplicado error, que ni el Plan General de Ordenación Urbana ni en el Registro de la Propiedad constaba ninguna afectación de los terrenos y que las construcciones se vendieron en escritura pública, con intervención de Notario, sin que éste hiciera ninguna advertencia. Por último, se señala, que el Ayuntamiento le iba concediendo las licencias oportunas, como la de parcelación, en la que ya constaba la advertencia respecto a la calificación de la zona, y la de ocupación.

Del examen del artículo 14.3 del CP se desprende que constituyen supuestos de error de prohibición aquellos en los que el autor ha tenido un conocimiento correcto de las circunstancias determinantes de la ilicitud pero ha obrado creyendo que la realización del tipo no estaba prohibida por la ley o no ha obrado en la creencia que la realiza-

ción de la acción no estaba ordenada por la ley.

Esa creencia errónea de estar obrando lícitamente puede tener distintas manifestaciones: bien porque exista desconocimiento de la existencia de la prohibición o del mandato de acción (error de prohibición directo); o bien por la suposición de una causa de justificación que en realidad el ordenamiento jurídico no prevé (error de prohibición indirecto) o creencia errónea de obrar lícitamente por la suposición de los presupuestos de una causa de justificación prevista en el ordenamiento jurídico.

Es decir, acorde con el artículo 14 del Código Penal existirá error de prohibición en aquellos supuestos en los que el autor ha creído obrar lícitamente bien porque el hecho no está prohibido o porque supone que está autorizado para obrar como lo ha hecho.

Y ese error o falsa representación sobre la licitud de su conducta no se infiere de los hechos que se declaran probados, como señala el Ministerio Fiscal en su recurso.

El recurrente estaba perfectamente impuesto, antes de proceder al otorgamiento de los documentos privados de compraventa, que se realizaron a partir del día 18 de agosto del año 2000, que no podía construir sin autorización del Ministerio de Defensa, ya que con fecha 14 de agosto de ese mismo año se le comunicó que debería solicitar el correspondiente permiso, como consta al folio 820, del tomo III, de las actuaciones, solicitud que presentó el día 17 de agosto, y antes de proceder al otorgamiento de las escrituras pública de venta, lo que se produjo a partir del día 20 de septiembre del año 2002, conocía, sin duda alguna, que se le había desestimado por la autoridad militar la solicitud de autorización para construir, que se le había ordenado parar las obras y que se le había notificado el expediente en el que se acordaba la demolición de lo construido por parte del Ministerio de Defensa, y buena prueba de ello es que interpuso, con fecha 20 de enero de 2001, recurso contencioso-

administrativo contra la resolución que denegaban la autorización para construir, recurso que fue desestimado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en sentencia dictada el día 3 de octubre del año 2002, desestimación que fue confirmada por Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2004; y asimismo interpuso, con fecha 28 de enero de 2002, recurso contencioso administrativo contra la resolución de 27 de noviembre de 2001, del Director General de Infraestructuras, que acuerda la demolición de lo edificado sin autorización y la imposición de una multa, recurso que fue desestimado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, por sentencia de 19 de junio de 2003, que asimismo fue confirmada por el Tribunal Supremo, en Sentencia de 2 de octubre de 2007.

Así las cosas, no puede afirmarse que existiera una creencia errónea de estar obrando lícitamente, sin que pueda sustentarse ese desconocimiento de la ilicitud en el hecho de que le fueran concedidas las licencias por el Ayuntamiento, ya que se le hizo saber y se le advertía por el propio Ayuntamiento, cuando se le concedió la licencia de parcelación —folio 1793—, de fecha 15 de marzo de 2001, que el terreno se encuentra dentro de la zona de seguridad afecta a la Defensa Nacional para que se tenga en cuenta a los efectos procedentes.

Al no existir error de prohibición, no procede entrar a considerar si era vencible o invencible.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL EXCMO.

SR. D. LUCIANO VARELA CASTRO

A LA SENTENCIA N.º 319/2010 RECURSO

DE CASACIÓN N.º 1369/2009

Emito este voto particular por disentir de la conclusión a que llega la mayoría de la Sala en cuanto a la valoración sobre el error alegado por el recurrente y, en parte, aceptado en la sentencia de instancia que se casa.

1. Estimo que el recurso debió ser estimado, aunque el recurrente no acierta a la precisa exposición de la razón por la que su pretensión de absolución debe ser estimada. En efecto yerra el recurrente cuando insta la consideración del error como invencible y ello al amparo del artículo 14.3 del Código Penal. Estimo yo que lo relevante no es la invencibilidad, sino que la naturaleza del error es de los denominados de tipo. Y, por ello, aunque sea vencible, dada la naturaleza del tipo de estafa, lleva a al atipicidad del comportamiento.

No obstante la defectuosa formulación de los motivos, el tercero, que niega la existencia de engaño y postula infracción de ley por indebida aplicación del tipo penal de estafa del artículo 248 del Código Penal, es cauce adecuado para acceder, en virtud de la matización del motivo, a la pretensión absolutoria.

Como es sabido no cabe equiparar error *de derecho* con error *de prohibición*. Así cuando el conocimiento equivocado versa sobre un elemento del tipo de naturaleza normativa, el error es jurídico, pero su concurrencia excluye el dolo y no la culpabilidad. Desconocer la ajeneidad de la cosa hace que el que la tome no cometa hurto, aunque conozca que tomar cosa ajena es penalmente sancionable. Solo habría error de prohibición si creyera que ese tomar cosa ajena es lícito.

En el caso, desconocer una de las características de naturaleza jurídica a predicar de la cosa objeto de venta, es error de derecho, pero implica la exclusión del elemento subjetivo del tipo.

Así lo entendimos cuando esta misma Sala, con prácticamente la misma composición, nos enfrentamos —Sentencia n.º 495/2008, de 10 de julio— a un supuesto sensiblemente similar. También allí se trataba de la venta de una cosa respecto de la cual las condiciones de edificabilidad que correspondían en Derecho eran diversas de las que se hizo creer a los adquirentes.

También allí el vendedor se vio abocado a plurales impugnaciones en vía administrativa y contencioso-administrativa contra resoluciones que ordenaban la demolición si quiera de parte de lo que había vendido sin advertir de la situación a los adquirentes.

La condena se había producido por estimar *que se daba el engaño omisivo consistente en el incumplimiento del deber, consecuencia de la buena fe contractual, de poner de manifiesto a la otra parte contratante una información, ocultando datos decisivos en la compraventa de la vivienda, que hicieron que la parte desinformada accediera a realizar el negocio jurídico con el consiguiente desplazamiento patrimonial y que de otro modo no hubiera celebrado*.

Junto a otras razones para estimar la casación que se nos pidió, y aún dando por veraz que el acusado conocía las verdaderas condiciones jurídicas de lo vendido, nos atuvimos a que, entre otros aspectos, no aparecía claro el elemento del dolo de engaño.

Y ello porque, decíamos entonces: *En efecto, la declaración prestada por el propio acusado en el juicio oral de que no informó a la compradora porque consideraba “que no existía el problema”, se corresponde con la permanente actitud demostrada por el acusado combatiendo las resoluciones administrativas, y aún las judiciales, llegando a la más alta instancia*.

Y añadimos: *Ciertamente, el vendedor no podía ignorar la situación, como reconoce el Tribunal de instancia, pero, dada la situación litigiosa de la cuestión, su pendencia de resolución, y la decisión de aquél de llegar a agotar todas las posibilidades impugnatorias, bien puede creerse que, convencido de sus posibilidades jurídicas de éxito, no admitiera como existente el problema*.

Y culminando la exclusión del dolo por estimar que: *no hay una situación de desentendimiento, de aquietamiento, productor de la consolidación de una determinada situa-*

ción que, por consentida, deviene inatacable y se oculta, sino un pronunciamiento, no firme, con su ejecutividad suspendida, y combatido —sin reparar en gastos— hasta la última instancia judicial.

No se aprecia así, ni intención de engañar, ni de perjudicar a la parte compradora. Falta, por tanto, el dolo exigido para la integración del tipo de estafa aplicado.

Esa misma línea de argumentación debió, en mi parecer, llevarnos a excluir ese dolo en el presente caso. Así la persistente actitud del Ayuntamiento en la concesión de las licencias.

Incluso sin necesidad de acudir a otros datos —como el asesoramiento de Letrado que depuso como testigo en el juicio oral— que refuerzan la credibilidad del convencimiento que el acusado podría legítimamente tener sobre la superabilidad de los obstáculos que una de las Administraciones involucradas puso.

2. En segundo lugar tampoco comparto la posibilidad de revisar la declaración de hechos probados en perjuicio del reo sin que se que concurra el presupuesto que desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002, resulta ineludible para no tener por vulnerado el derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías.

El hecho probado declara un dato subjetivo como probado: que el acusado desconocía que la venta sin advertir de la situación de litigio administrativo fuera contraria al ordenamiento jurídico

Tal dato, cuya afirmación es fruto de inferencias desde otros datos de hecho, no puede considerarse ajeno al resultado de valoración de la prueba personal constituida por la declaración del propio acusado. Pero

la sentencia añade, para fundar su convicción al respecto, que tuvo en cuenta otro medio de prueba de naturaleza personal: la declaración del Letrado que asesoró al acusado. Proceder a valorar la veracidad de lo afirmado sobre ese elemento subjetivo no es pues una simple consecuencia a inferir desde otros datos o hechos base, sino que se funda en la credibilidad reportada por la información suministrada por tales medios personales.

La revisión de esa valoración no es aceptable en perjuicio del reo —derecho a un proceso con todas las garantías— sin la debida intermediación judicial, y, excluida aquella conclusión, la imputación formulada carece de apoyo probatorio, lo que implica vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

3. También se infringe con relevancia constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva, en su aspecto de derecho al uso de medios probatorios, al excluirse medios de prueba directamente encaminados a acreditar el muy trascendente dato de que los adquirentes sabían las verdaderas condiciones de litigio en que se encontraba la edificabilidad de lo adquirido.

Desde luego mal puede justificarse esa denegación sobre la hipótesis de pronosticar el contenido de lo que los testigos propuestos han de declarar. Ni siquiera sobre la base de anteriores declaraciones que no prejuzgan el resultado que en el juicio oral puede ocasionar.

Por lo anterior estimo que debieron aceptarse, principalmente, el motivo tercero de los alegados y, en todo caso, el primero, declarando la absolución en el primer supuesto y subsidiariamente, la nulidad del procedimiento.

Sentencia 314/2010, Sala de lo Penal del TS, de 7 de abril de 2010

COAUTORÍA

Arts. 28 y 29 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

SÍNTESIS

Frente a la calificación de la conducta, por la Sala de instancia, como «complicidad omisiva», entiende el Tribunal Supremo que estamos ante una verdadera «coautoría», exponiendo la separación entre ambas categorías.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...)

El razonamiento de la Sala al concluir que la conducta de Jesús María ha de ser reputada como una forma de *complicidad omisiva*, se basa en la idea de que la conducta de aquél implicó “... un comportamiento omisivo en el desarrollo de los hechos, pues en ningún momento realizó actuación alguna tendente a impedir el incendio. Dicha complicidad omisiva fue eficaz en la producción del resultado típico. [...] En efecto Jesús María desarrolla en todo momento un comportamiento pasivo y meramente expectante, que si bien no reunía las notas de relevancia y utilidad al no resultar imprescindible, ni necesario para la consumación delictiva, sí fue en cambio facilitador y favorecedor de la realización del hecho criminal. Jesús María con la aceptación de esa conducta generadora de riesgo y peligro para terceros, venía obligado a su vez a ase-

gurar la no producción del daño. Ese ‘no impedir’, que como dice la jurisprudencia citada, es característico de la comisión omisiva, determina en este caso, que la participación del procesado quede subsumida en el grado de complicidad omisiva del art. 29 del Código Penal”.

Es cierto que la doctrina ha admitido, no sin controversia, la denominada *complicidad omisiva*, que encontraría su espacio natural como forma de participación en los delitos de omisión. Se trataría de calificar así aquellas conductas que encierran una forma de apoyo psicológico al autor principal y que actuarían como verdadero *aporte en el hecho*. Desde esta perspectiva, la omisión del cómplice, sin ser causal para la acción del autor principal, implicaría no determinar al autor a la ejecución de la acción a la que éste resulta obligado.

Desde esta perspectiva, desde luego, mal podría hablarse de complicidad omisiva en la acción del recurrente, pues su participa-

ción está relacionada con un delito principal —el delito de incendio atribuido como autor material al otro procesado— que es un genuino delito de acción, en la medida en que lo que se está enjuiciado no es otra cosa que el incendio intencionado de una vivienda compartida. Y en la afectación del bien jurídico el acusado tuvo un papel decisivo, pues el desencadenamiento del fuego fue el resultado de la decisión compartida entre ambos acusados. Es cierto que —como tantas veces ha expresado la jurisprudencia de esta Sala— el acuerdo previo no es suficiente para fundamentar la coautoría. Pero también lo es que, en el presente caso, como apunta el Fiscal, más que una participación omisiva en un delito de otro, lo que existió fue un acto común en el que ambos imputados, con absoluta independencia de las actuaciones concretas llevas a cabo por cada uno, ejecutaron el hecho con pleno dominio funcional del hecho común.

Conviene insistir en que lo decisivo en la coautoría —en línea de lo que afirmábamos en la STS 434/2007, 16 de mayo— es precisamente que el dominio del hecho lo tienen varias personas que, en virtud de lo que se ha llamado el reparto funcional de roles, asumen por igual la responsabilidad de su realización. Se basa, pues, la coautoría en una singular forma de *división del trabajo* para la realización del proyecto criminal compartido. De ahí que, en el aspecto subjetivo, imponga una vinculación entre los intervinientes en forma de resolución común, asumiendo cada cual, dentro del plan conjunto, una tarea parcial, pero esencial, que le presenta como cotitular de la responsabilidad por la ejecución de todo el suceso. En el aspecto objetivo, resulta indispensable que la aportación de cada uno de los coautores

alcance una determinada importancia funcional, de modo que las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente de la entidad material de su intervención. A diferencia de lo que acontece con los supuestos de coparticipación, la coautoría porta en sí misma su contenido de injusto, y no lo deriva del hecho ajeno. Dicho con otras palabras, la coautoría constituye autoría para cada interviniente.

En el presente caso, la existencia de ese proyecto criminal compartido, fluye con naturalidad del juicio histórico. Ambos toman la decisión de “... prender fuego a la vivienda” y ambos abandonan el inmueble en el momento de la propagación del fuego, “... mientras las llamas invadían todo el inmueble”.

La cuestión del grado de participación —afirmábamos en la STS 1169/1998, 14 de octubre— depende del valor concreto de la aportación del partícipe al hecho típico. En cada caso se debe decidir si dicha aportación tiene la significación requerida para atribuirle el codominio del hecho o no, es decir, para imputar al partícipe la totalidad del hecho. Esta valoración se orientará en el caso de la coautoría por criterios formulados en la doctrina reciente: a) el “dominio por la decisión”, en los casos en los que el partícipe con su desistimiento determina el fracaso del plan delictivo; y b) el “dominio por configuración”, en los que el dominio del partícipe se caracteriza por una aportación que otorga al hecho su especial configuración. En este último sentido se requiere para la coautoría una aportación, en el momento de la ejecución, que no sea de menor entidad que la de los otros partícipes.

Sentencia 328/2010, Sala de lo Penal del TS, de 8 de abril de 2010

NULIDAD INTERVENCIONES TELEFÓNICAS DENUNCIADA EN EL INFORME ORAL FINAL

Arts. 18.3 CE; 11.1 LOPJ y 579, 736 y 737 LECrim.

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García

SÍNTESIS

Tras declarar que no fue extemporánea la denuncia de la nulidad de las intervenciones telefónicas realizada en el trámite de informes orales del proceso ordinario, se comprueba su ilicitud estimando el recurso.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

A) Nos dice el fundamento de derecho 1.º de la sentencia aquí impugnada que la defensa del acusado inició su informe en el juicio oral mencionando por vez primera en la causa la existencia (por error dice inexistencia) de conexión de antijuricidad entre las intervenciones telefónicas y el descubrimiento de las drogas, aduciendo la ineficacia de aquellas al haber sido autorizadas para un delito distinto (estafas inmobiliarias) y habiendo sido en el curso de lo escuchado en esas conversaciones interceptadas cuando se tuvo conocimiento de que en el domicilio del procesado podía haber droga. Según esta argumentación la prueba directamente ilícita sería la de las escuchas telefónicas, lo que habría de producir la del registro domiciliario por aplicación del art. 11.1 LOPJ que sanciona la ineficacia de “*las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”. También alegó entonces tal defensa haberse fundado la autorización judicial para tales intervenciones telefónicas, no en indicios propiamente di-

chos, sino en meras conjeturas, insuficientes a todas luces para justificar una medida de investigación particularmente lesiva para la intimidad de quienes habrían de utilizar el medio de comunicación referido.

B) Solo hubo dos partes en el presente procedimiento, el Ministerio Fiscal que ejerció como acusador público y la defensa del procesado, todo ello en un trámite acogido a las normas del llamado procedimiento ordinario.

El Ministerio Fiscal obviamente nada alegó sobre las referidas ineficacias probatorias.

Tampoco lo hizo la mencionada defensa, quien en el trámite de las conclusiones definitivas del acto del juicio oral se limitó a ratificar sin modificación alguna (f. 112) su escrito de calificación provisional (folio 36 y 37 del rollo de la sala de instancia).

C) La causa se inició por un delito importante sobre varias estafas inmobiliarias, en el curso de las cuales se acordó autorizar la intervención de un determinado teléfono y después otros. Y fue en las escuchas correspondientes donde se detectaron conversaciones que parecían referirse a tráfico de drogas, por lo que se acordó ampliar a este

delito las investigaciones (f. 60 a 62). Luego el Ministerio Fiscal pidió procedimiento separado para todo lo relativo a tal tráfico de drogas y así lo acordó el juzgado, incoándose de este modo el presente sumario (f. 322 a 325) en el que se procesó a Juan Ignacio (f. 414 y ss.).

D) Solo consta que alegara algo la defensa con relación a este tema al plantear la apelación contra el auto de procesamiento. (...)

De acuerdo con la oposición del Ministerio Fiscal al mencionado recurso (folio 20) se dictó por el Juzgado de Instrucción auto rechazándolo (...)

Entendemos que esta última resolución fue correcta en lo que allí acordó:

a) Ante la evidencia del hallazgo en el domicilio de Juan Ignacio de la cocaína referida, confirmar el auto de procesamiento, al existir indicios racionales de criminalidad contra este.

b) Y ante las alegaciones relativas a la nulidad de las pruebas referidas, remitirse a la tramitación del plenario, donde podría reproducirse su planteamiento. Esto en definitiva es lo que hizo la defensa de Juan Ignacio.

E) Confirmado el auto de conclusión del sumario y abierto el juicio oral (f. 24 y 25), el Ministerio Fiscal formuló sus conclusiones provisionales (folios 27 y 28) calificando los hechos y pidiendo las penas en coincidencia con lo que luego acordó la resolución aquí recurrida; mientras que en el mismo trámite la defensa de Juan Ignacio se limitó a manifestar su disconformidad con el Ministerio Fiscal y a solicitar la absolución, sin decir nada (no tenía deber alguno ni carga procesal al respecto) sobre la nulidad de las mencionadas pruebas: la LECr (arts. 650 y ss.) no prevé como objeto de la calificación provisional de las partes nada en relación con tal posible nulidad de las intervenciones telefónicas y consiguiente registro domiciliario; tampoco los artículos

de previo pronunciamiento (arts. 666 y ss. LECr) prevén estos temas de nulidad de pruebas como cuestiones preliminares a tratar. Otra cosa habría sido si se hubiera seguido el trámite del procedimiento abreviado que, en el llamado turno de intervenciones (art. 786.2), permite tratar, junto a los referidos artículos de previo pronunciamiento, la vulneración de algún derecho fundamental. Pero este trámite, previsto para el inicio del juicio oral en estos procedimientos abreviados, no es aplicable al ordinario que es el seguido en las presentes actuaciones como venimos diciendo. En este caso la defensa de Juan Ignacio nada dijo en el trámite del rollo de la Audiencia Provincial sobre este extremo y tampoco cuando elevó a conclusiones definitivas su inicial escrito de calificación (folio 112).

F) Tal y como nos dice la sentencia recurrida (pág. 3) y ya ha quedado aquí expuesto, fue al inicio del informe verbal de la defensa el momento en que se alegó esa vulneración constitucional en la autorización de las intervenciones telefónicas y su consecuencia en el posterior registro domiciliario.

G) En aras de una más eficaz defensa de los derechos fundamentales reconocidos como tales en nuestra Constitución, como lo son los relativos al secreto de las comunicaciones y a la inviolabilidad del domicilio (arts. 18.3 y 2), se ha dicho y es cierto que su vulneración puede alegarse en cualquier momento del procedimiento. Esto es lo que hizo la defensa de Juan Ignacio en el caso presente, y ello correctamente, pues como acabamos de decir, en el trámite del procedimiento ordinario la LECr no prevé un momento procesal anterior en que esta petición de nulidad de prueba pudiera haberse realizado. Nada habría impedido, por supuesto, el que esta cuestión se hubiera introducido por la defensa en su calificación provisional, por ejemplo; pero ello no era obligado al no prever nada al respecto nuestra ley procesal, como ya se ha dicho. Nuevamente hemos de lamentar aquí la insuficiencia de nuestra LECr en su actual art. 579, pese a

que se modificó su redacción en fecha relativamente reciente por medio de LO 4/1998 de 25 de mayo.

H) Hechas tales alegaciones sobre impugnación de las intervenciones telefónicas y registro domiciliario en ese momento del comienzo del informe oral por la defensa del procesado, la sala de instancia bien pudo dar la palabra al Ministerio Fiscal para que contestara al respecto; trámite que desde luego no está previsto en nuestra LECr, pero sí se encuentra dentro de las facultades del tribunal para encauzar debidamente el debate; es práctica frecuente en nuestra jurisdicción penal que en esta clase de situaciones el presidente que dirige el debate tome la iniciativa para suplir una omisión de estas características. Lo que no debió hacer es callar y luego no entrar en su sentencia en el fondo de la cuestión planteada en base a una extemporaneidad que no existió. Tenía a su alcance, como nosotros lo tenemos ahora, incorporadas a las actuaciones, el texto de la solicitud policial (folios 16 a 21) y el del auto que accedió a tal solicitud (folios 23 a 25), así como las actuaciones posteriores. De este modo se quedó sin resolver una cuestión tan importante como la denuncia de la vulneración de un derecho fundamental de orden sustantivo.

Tercero.—1. Planteadas así las cosas y una vez razonada la no extemporaneidad de las mencionadas alegaciones sobre ineficacia probatoria, examinamos aquí el motivo 4.º del recurso de Juan Ignacio, en el que por el cauce del art. 5.4 LOPJ y 849.1.º LECr, se alega infracción de los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones y a la inviolabilidad del domicilio, concretamente —se dice— por vicios de rango constitucional relativos a las citadas intervenciones telefónicas y consiguiente registro domiciliario en el que se hallaron los algo más de tres kilogramos de cocaína.

2. Nos referimos aquí al tema que sin duda es el más importante de todos, los planteados en este motivo, el relativo a la

motivación de la resolución por la que se autorizó la primera de las escuchas telefónicas.

(...)

Cuando, como es lo más frecuente, esta medida de investigación se adopta como respuesta judicial a una solicitud policial, el juez que ha de adoptarla tendrá que verificar entre otras cosas que en esa petición hay datos (indicios) de los que pudiera inferirse la realidad del delito grave de que se trate, en este caso el tráfico de drogas; que la persona a la que se está investigando, el usuario del teléfono que se pretende intervenir, tiene una participación en ese delito grave. Tales datos han de expresarse en la resolución judicial.

En resumen, en un caso como el presente, en el que ha habido una resolución judicial autorizando la intervención de varios teléfonos para que la policía pudiera recabar datos que le permitieran conocer la realidad de ese delito grave (tráfico de drogas), sus circunstancias y partícipes, tiene que hacerse constar, en su texto o en el de la solicitud policial que lo precedió, qué datos existen para poder afirmar por vía indiciaria que tal delito se está cometiendo o se va a cometer de inmediato y que esas personas están implicadas en el mismo.

(...)

Hay que añadir aquí que cuando el auto del juzgado que ordena la intervención telefónica es respuesta a una solicitud policial, no es necesario que en el propio auto se expresen los mencionados hechos, datos o circunstancias concretos de los cuales pueda inferirse la probabilidad razonable de la existencia de un delito y de la participación en el mismo (o en su preparación) de la persona usuaria del aparato, si antes tales concreciones se han realizado en la solicitud policial previa. A estos efectos auto y solicitud integran un todo, pues cuando la parte llegue a conocer la existencia de la resolución judicial, al quedar levantado el secreto sumarial, al propio tiempo conocerá asimis-

mo el contenido de la comunicación policial antecedente.

No obstante, es deber del juez decir y razonar en el propio texto del auto cuáles son esos datos concretos que conducen a tales sospechas. Otra cosa es que haya que acudir a esta doctrina de la motivación por remisión ante la necesidad de evitar los desastrosos efectos procesales de la aplicación literal del citado art. 11.1 LOPJ. Podría establecerse un trámite procesal, incluso obligatorio para las partes, en el que pudieran sustanciarse, con los recursos correspondientes hasta su resolución definitiva y con carácter de urgencia, la aplicación de esta norma (art. 287 LECivil).

3. En el caso presente el auto del juzgado se halla a los folios 23 a 25 como respuesta a una solicitud policial de los folios 16 a 21. (...)

Sin embargo, si bien podemos afirmar que la actividad delictiva se halla bien concretada en tal oficio policial, no ocurre lo

mismo respecto de que uno de los responsables de ese importante conjunto de actividades gravemente defraudatorias fuera precisamente Juan Ignacio, el titular o usuario del teléfono a intervenir.

(...)

Así pues, falta en tal oficio la conexión personal de Juan Ignacio con esa actividad criminal que pudiera servir de fuente o fundamento de esa afirmación de dedicarse tal Juan Ignacio a ese negocio criminal.

Y como el Juzgado de Instrucción n.º 2 de Elche no tenía otra fuente de conocimiento que esa solicitud policial, aparte de la denuncia inicial (folios 1 y ss.) en la que no consta mención alguna al ahora recurrente —lo que se deduce también del propio texto del auto por el que se accedió a la intervención interesada—, es obligado declarar aquí que tal intervención telefónica fue concedida con vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones reconocido en el art. 18.3 CE.

Sentencia 327/2010, Sala de lo Penal del TS, de 12 de abril de 2010

TENTATIVA EN TRÁFICO DE DROGAS

Arts. 16 y 368 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Artemio Sánchez Melgar

SÍNTESIS

Se resume la doctrina jurisprudencial (expresamente reconocida como poco diáfana) relativa a la eventual admisión de formas imperfectas de ejecución en el delito de tráfico de drogas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Séptimo.—(...)

Pues, bien, ateniéndonos a los hechos probados, la doctrina de esta Sala no es lo

diáfana que debiera en esta materia, en punto a los acuerdos previos a la efectiva transacción —droga por dinero—, y unas veces se ha movido por el terreno de la consumación, bajo el paradigma de que en materia de

salud pública no son posibles las formas imperfectas de ejecución, y otras veces se ha ahondado por derroteros de la tentativa o de la conspiración criminal, especialmente prevista en esta clase de delitos por el Código penal.

Ya desde la STS de 27-2-1995, esta Sala admitió que la acción de concurrir al lugar en el que se debía recoger la droga, en ejecución de un plan previamente concertado, constituía ya comienzo de ejecución del delito del art. 344 CP. 1973, lo que resulta aplicable también al art. 369 Código penal vigente. Asimismo, en la STS de 19-12-1995 se dice, aunque como *obiter dictum*, que la remisión de la droga al lugar en el que se ha concertado su recogida también constituye un principio de ejecución y que, asimismo, constituye principio de ejecución del delito del art. 344 CP. 1973, la acción del que se dirige “a trasladar (la droga) al lugar concretado en el que el recurrente la iba a recoger”. Es decir, la jurisprudencia ha aceptado la posibilidad de una tentativa de tenencia de droga —pues ésta es la acción típica que genera el problema aquí planteado— cuando el autor ha intentado hacerse con la droga sin haber logrado su disponibilidad efectiva. En todo caso, en numerosos precedentes, la Sala ha hecho referencia a la posibilidad, aunque restringida, de admitir formas imperfectas de ejecución en este delito. Es decir, que, en principio, la jurisprudencia no ha excluido la posibilidad de tentativa en este delito en forma absoluta (SSTS ya citadas y, además STS núm. 1462/1999, de 20-10-1999, con numerosas citas de los precedentes).

Nuestros precedentes, por el contrario, han rechazado la posibilidad de una tentativa sólo cuando a esta Sala se le ha planteado la existencia de una imperfecta realización del tipo, basándose en que el autor no ha llegado a traficar con la droga, como se lo proponía. En estos casos la Sala ha venido a decir que el delito se consuma con la tenencia, considerando en algunas sentencias que esta alternativa típica constituye un supuesto de delito de pura actividad (STS

1549/1999, de 11-11-99) y en otras que nos hallamos en presencia de un delito de peligro abstracto (STS 200/1999, de 11-2-1999). La jurisprudencia se ha referido al carácter de delito de pura actividad o de peligro abstracto para excluir la aplicación del art. 16.1 Código penal cuando el autor no ha logrado la finalidad perseguida. En tales casos se ha dicho también que el alcance de metas que van más allá de la mera tenencia no condiciona la consumación de la tenencia para el tráfico, sino que pertenece a la fase de agotamiento del delito (SSTS de 12-2-1997; 1-3-1997; 18-4-1997; 20-10-1997; 11-5-1998 y 3-12-1998, entre otras).

Resumidamente es posible afirmar:

a) que la jurisprudencia de esta Sala ha rechazado, fundándose tanto en la estructura del tipo del art. 344 CP 1973, como en la del art. 368 CP vigente, la aplicación de los arts. 3 ó 16.1 de esos respectivos cuerpos legales a los casos en los que el autor no ha logrado los fines perseguidos con la tenencia de estupefacientes.

b) que por el contrario, esta Sala ha admitido que el intento de lograr la tenencia, materializado en acciones próximas a su obtención, es punible como tentativa (arts. 3 CP 1973 y 16.1 CP) cuando dicha tenencia no se alcanza por razones ajenas a la voluntad del autor.

Se trata como se ve de hechos que tienen perspectivas diversas: en los primeros el autor tiene la droga y tiende a un fin futuro y extratípico que no alcanza; en los segundos el autor ha comenzado la ejecución con el fin de lograr la tenencia, sin alcanzarla.

Estas conclusiones son consecuencia de una concepción de la tentativa, aceptada en general, que la define como un defecto del tipo objetivo, es decir como un caso en el que realmente no concurren todos los elementos del tipo objetivo, pero en los que el autor ha supuesto dicha concurrencia. Por tal razón en la doctrina se considera que la tentativa es un error de tipo inverso. Como es claro, desde este punto de vista la tentativa de los delitos de pura actividad o de los

delitos de peligro no ofrece ninguna dificultad conceptual.

En la STS 1000/1999, de 21-6-1999 se ha reconocido que la imposibilidad de la consumación del delito de tráfico de drogas no excluye su punibilidad como tentativa. En este sentido dicha sentencia ha recogido la doctrina según la cual la tentativa inidónea es punible en el derecho vigente, pues la introducción del adverbio “objetivamente” en la definición de la tentativa en el art. 16 CP. vigente, no limita los casos de las tentativas punibles a las idóneas. Por el contrario, “objetivamente” quiere significar que el plan o actuación del autor, “objetivamente” considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado. Se trata de supuestos en los que la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aun cuando no lo sean en el caso concreto.

De todos modos, en el presente caso no se trata de una tentativa inidónea.

El juicio sobre la idoneidad está básicamente condicionado por la estructura del tipo penal. Consecuentemente, en un delito en el que la tipicidad se agota en la realización de una acción, este juicio no necesita ser referido a la potencialidad causal de un medio para la producción de un resultado

que implica una modificación en el mundo exterior. Es decir, el juicio sobre la idoneidad en un delito de actividad o de peligro abstracto, sólo se debe referir a la aptitud de la acción para la realización del tipo, sin ninguna vinculación a un posible resultado proveniente causalmente de la acción.

La conspiración es simplemente el acuerdo de cometer un delito de aquellos a los que el legislador ha querido adelantar las barreras de protección concibiendo estas resoluciones manifestadas de voluntad como punibles específicamente en la parte especial del Código penal. Podría valorarse en este caso, una faceta conspirativa, pero ello aparte de que la respuesta penológica sería idéntica, en el caso enjuiciado hay algo más, pues Carlos se ha proveído ya de la sustancia estupefaciente y acude al lugar de encuentro, a donde este recurrente ya le espera con el dinero, y la operación es interceptada policialmente.

Convenimos, pues, con dar a este caso un tratamiento de delito en grado de tentativa, y no únicamente ya por las razones dogmáticas anteriormente expuestas, sino porque la Sala sentenciadora de instancia ha tratado otros supuestos de esta misma causa con una generosa amplitud (todos los acusados que han sido condenados por mera complicidad criminal), que no puede ser cegada en el comportamiento ahora enjuiciado de este recurrente.

Sentencia 345/2010, Sala de lo Penal del TS, de 20 de abril de 2010

ENTRADA Y REGISTRO: PRESENCIA DEL INTERESADO

Arts. 18.2 y 24.2 CE y 569 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo**

SÍNTESIS

Atendiendo a la doctrina de los «intereses asimilables de los afectados» se considera cumplida la exigencia de la presencia del «interesado» en la

diligencia de registro con la de uno de los moradores contra el cual también se dirigía el procedimiento aunque faltando la del otro que se encontraba detenido.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—(...)

Valoró también el Tribunal como elemento de convicción las distintas partidas de droga que se hallaron en el registro judicialmente autorizado del domicilio de María Luisa y en el que también habitaba desde meses atrás el coprocesado Armando como morador. En este punto, la recurrente alega la nulidad de la diligencia de entrada y registro y de su resultado porque la acusada se encontraba detenida y no estuvo presente en la práctica de dicha diligencia.

Esta cuestión requiere que nos detengamos un momento para su análisis en profundidad: en efecto, no conviene olvidar que la entrada y registro de un domicilio que se lleva a cabo en busca de pruebas de la comisión de un ilícito penal, afecta a dos bienes jurídicamente protegidos constitucionalmente, pero de distinta naturaleza y consecuencias. Así, en primer lugar, supone una invasión o injerencia de personas extrañas en el ámbito de la intimidad de la persona cual es el domicilio, exponente por antonomasia del espacio físico en el que el individuo debe gozar de absoluta libertad para el libre desarrollo de su personalidad. Ese ámbito de la privacidad se encuentra constitucionalmente protegido por el art. 18.2 C.E. que únicamente permite el sacrificio de tan inalienable derecho cuando venga precedido del consentimiento del titular, de una resolución judicial o de la existencia de un delito flagrante.

Por su parte, el registro del domicilio afecta de lleno al ciudadano cuando se lleva a cabo en un procedimiento judicial criminal y que tiene por objetivo hallar los elementos probatorios que acrediten la partici-

pación de la persona investigada en la actividad delictiva investigada. En tales casos, el derecho a la defensa adquiere singular relevancia.

El problema se circunscribe a dilucidar el alcance del vocablo “interesado” que aparece en el art. 569 LECr., donde se establece imperativamente que “el registro se hará a presencia del interesado...” y su incidencia en el ámbito del derecho a la intimidad y a la defensa mencionados.

La reciente sentencia de esta Sala n.º 51/2009, de 27 de enero explica que la jurisprudencia, aunque existan algunas resoluciones de sentido diferente, ha entendido en numerosas ocasiones que el interesado al que se refiere el artículo 569 de la LECrim es el titular del derecho a la intimidad afectado por la ejecución de la diligencia de entrada y registro, y que en caso de ser varios los moradores del mismo domicilio es bastante la presencia de uno de ellos siempre que no existan intereses contrapuestos con los de los demás moradores. Así se desprende de la STC 22/2003, aunque se tratara en ese caso de la validez del consentimiento prestado por uno de ellos. Naturalmente esta consideración se hace sin perjuicio de que el imputado, o imputados vean afectado su derecho a la contradicción si el registro se efectúa sin su presencia y su resultado es después utilizado como prueba de cargo. En este sentido, en la STS n.º 154/2008, de 8 de abril, se decía que el artículo 569 de la LECrim “dispone que el registro se hará a presencia del interesado. Desde el punto de vista del derecho a la intimidad, del que el derecho a la inviolabilidad del domicilio es una expresión, el interesado es el titular de aquél, pues es precisamente la persona cuya intimidad se ve afectada. Es a este interesado a quien se refiere el precepto exigiendo

su presencia como condición de validez de la diligencia. Al mismo que se refiere el artículo 550, como la persona que deberá prestar el consentimiento, pues resultaría insostenible que pudiera practicarse válidamente el registro de un domicilio con el consentimiento del imputado no morador de aquél. Así lo han entendido algunas sentencias, como la STS núm. 1108/2005, de 22 de septiembre, citada por la STS núm. 1009/2006, de 18 de octubre. De no ser así, es decir, si, siendo posible, no está presente el interesado, la diligencia será nula, impidiendo la valoración de su resultado, que solo podrá acreditarse mediante pruebas independientes, en cuanto totalmente desvinculadas de la primera. Si, por lo tanto, de lo que se trata es de salvaguardar la intimidad, cuando existan varios moradores, estando uno o varios de ellos imputados, y siempre que no se presenten conflictos de intereses entre ellos, bastará con la presencia de alguno (STS núm. 698/2002, de 17 de abril) para afirmar que la actuación se mantiene dentro de la legalidad. En caso de imposibilidad de traslado del detenido, de ausencia o negativa del titular del domicilio, se procederá como prevé el citado artículo 569. Sin embargo, desde la perspectiva del derecho a la contradicción, o del principio de contradicción, en la medida en que está vigente en la fase de instrucción, interesado es también el imputado. Pero su ausencia en la práctica de la diligencia no determina la nulidad de la misma, sino que impide que pueda ser valorada como prueba preconstituida por déficit de contradicción. Es decir, no será suficiente para valorar el resultado de la entrada y registro el examen o lectura del acta de la diligencia, sino que será preciso que comparezcan en el juicio oral a prestar declaración sobre ese particular los agentes u otras personas que hayan presenciado su práctica. Cuando se trata de un imputado en situación de privación de libertad, que además es titular del domicilio, sus derechos quedan afectados en dos aspectos. De un lado, su derecho a la intimidad, respecto del cual sería ineludible su presencia, siendo nula la dili-

gencia en otro caso, salvo que existan otros moradores, imputados o no, pues en ese caso sería bastante con la presencia de alguno de ellos (STS núm. 352/2006, de 15 de marzo), siempre que, como se ha dicho, no existan entre ellos conflictos de intereses. Y de otro lado, su derecho a la contradicción, de forma que su ausencia determina la imposibilidad de valorar el resultado de la prueba tal como resulta del acta, siendo precisa la presencia de testigos para acreditar el resultado, pudiendo estar entre ellos los agentes que presenciaron la diligencia (STS núm. 1108/2005, de 22 de septiembre)".

En este mismo sentido, respecto de la necesidad de practicar prueba sobre el resultado del registro a efectos de respetar el principio de contradicción cuando el imputado no haya estado presente en la práctica de la diligencia, se decía en la STC n.º 219/2006 que "Por lo que se refiere a los efectos que la denunciada ausencia puede tener respecto de la eficacia probatoria de lo hallado en el registro, hemos afirmado que aunque ciertas irregularidades procesales en la ejecución de un registro, como la preceptiva presencia del interesado, puedan determinar la falta de valor probatorio como prueba preconstituida o anticipada de las actas que documentan las diligencias policiales, al imposibilitarse la garantía de contradicción, ello no impide que el resultado de la diligencia pueda ser incorporado al proceso por vías distintas a la propia acta, especialmente a través de las declaraciones de los policías realizadas en el juicio oral con todas las garantías, incluida la de contradicción (SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 5; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 12; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 6)".

Pues bien, en el supuesto actual, y en lo que atañe al derecho a la intimidad, el registro fue practicado a presencia de uno de los moradores de la vivienda y que, a la vez, era también directamente interesado en el resultado de la investigación policial por cuanto ésta también se dirigía contra él. No sólo eso: Armando tenía instalado su domicilio

en la vivienda de María Luisa, con la que convivía, y ambos eran sospechosos de ser coautores de los mismos hechos delictivos, como si la pareja conformara una especie de unidad criminal. En estas circunstancias, la presencia en la diligencia de entrada y registro de uno de ellos —tan “interesado” como el otro en el resultado del registro—, legitima la repetida diligencia. Es lo que en ocasiones se ha denominado por esta Sala “intereses asimilables” de los afectados (véase STS de 30 de enero de 2001). También compareció y testificó en el Juicio Oral uno de los agentes que practicaron el registro, concretamente, el NUM017, según consta en el Acta.

Por lo demás, la doctrina jurisprudencial ha permitido la excepción de este requisito cuando existan causas de fuerza mayor que

impidan la presencia del detenido en la pesquisa policial, o cuando existan motivos razonablemente justificados para ello. En nuestro caso así ocurrió, pues tal y como se expresa en la sentencia hay que tener en cuenta la razonable explicación que se da para justificar la ausencia de la procesada en el registro, relacionada con el interés en proveer sobre la cuestión de sus hijos menores que se hallaban en el centro escolar, procurando buscar a alguien que se hiciera cargo de ellos al estar detenida su madre, siendo así explicado por los funcionarios de la Guardia Civil que intervinieron en las diligencias, N.ºs NUM018, NUM019 y NUM020, estando por otra parte documentado en el atestado, por ejemplo, a los folios 297, 298 y 299.

El motivo debe ser desestimado.

Sentencia 374/2010, Sala de lo Penal del TS, de 20 de abril de 2010

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO

Arts. 109, 110.3.º y 116.1.º Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo**

SÍNTESIS

Se recoge la doctrina jurisprudencial relativa al cómputo para el pago de los intereses legales, en el contexto de la responsabilidad civil derivada del delito, tras repasar cuidadosamente las diferentes clases de intereses.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vigésimo.—Por infracción de ley del art. 849.1.º LECr. la acusación particular recurrente denuncia la infracción de los arts. 109, 110.3.º y 116.1.º CP al no haberse declarado en la sentencia la condena al abono de los intereses legales a partir de la fecha

de interposición de la querella, sino desde la fecha de la sentencia.

El problema tiene la suficiente entidad como para necesitar un análisis en profundidad aun a costa de aumentar la extensión de la presente resolución.

La resolución del motivo deberá realizarse a partir de las siguientes premisas:

a) La acción civil *ex delicto* no pierde su naturaleza civil por el hecho de ejercitarse en proceso penal. El tratamiento debe ser parejo, so pena de establecer agravios comparativos, o verdaderas injusticias, según decida el sujeto perjudicado ejercitar su derecho resarcitario en el propio proceso penal, o lo reserve para hacerlo en el correspondiente civil (arts. 110 y 111 de la LECr. y 109-2.º C. Penal).

b) Las obligaciones civiles *ex delicto* no nacen propiamente del delito (aunque es necesario la declaración de su existencia) sino de los hechos que lo configuran, en cuanto originadores de la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización de los perjuicios.

c) Constituye doctrina general de esta Sala, reconducir el régimen de la responsabilidad civil dimanante de delito al campo del derecho civil, a sus principios y normativa específica, siempre que no exista un especial precepto de naturaleza penal que limite o modifique su régimen (art. 1092 C. Civil).

d) Los daños y perjuicios, cuando de reclamación dineraria se trata, se contraen a los intereses contractuales o legales que procedan.

En este caso la restitución del principal en concepto de *damnum emergens* deberá completarse, en concepto de daños y perjuicios, con el *lucrum censans* o privación del disfrute del numerario indebidamente apropiado. Tal finalidad se alcanza a través de los intereses moratorios.

e) En toda reclamación judicial civil, de una cantidad proveniente ora de una fuente legal, ora de un contrato, ora de un cuasi-contrato, ora de un delito (caso de reclamación separada: art. 109-2 CP) o de actos y omisiones en los que intervenga cualquier género de culpa o negligencia, los daños y perjuicios se rigen por lo dispuesto en los arts. 1100, 1101 y 1108 del C. Civil, esto es, el devengo de intereses se produce cuando el deudor incurre en mora. Quedarían a salvo los intereses moratorios imperativamente

impuestos por la Ley (vge. accidentes via-rios: Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado).

f) La Sala 1.ª del T.Supremo, hace pocos años que ha dado un giro jurisprudencial (consolidado desde 1997), a la hora de interpretar el brocardo *in illiquidis non fit mora*, entendiendo que tal principio no debe regir, cuando de un modo u otro esté determinada la cantidad reclamada o pueda determinarse, aunque sea con aproximación. Basta que se trate de un daño preexistente, susceptible de delimitación (Vide SS. T.S. Sala 1.ª n.º 88.º de 13-octubre-1997; n.º 1117 de 3-diciembre-2001; n.º 1170 de 14-diciembre-2001; n.º 891 de 24-septiembre-2002; n.º 1006 de 25-octubre-2002; n.º 1080 de 4-noviembre-2002; n.º 1223 de 19-diciembre-2002; etc.).

g) No deben confundirse en ningún caso los intereses moratorios propiamente dichos (daños y perjuicios) que contempla el art. 1108 del C. Civil, y los recogidos en el art. 921 de la LECivil (hoy art. 576 LEC de 7 de enero de 2000) o intereses de la mora procesal (véase S. Sala 1.ª n.º 908 de 19-10-95).

Sobre este último punto será necesario hacer las siguientes consideraciones:

Dentro del concepto “intereses legales” deben diferenciarse los “intereses procesales” a que se refiere el art. 576 LEC, de los llamados “intereses moratorios”, que se regulan en los arts. 1108, 1100 y 1101 C. Civil. Los primeros, considera la doctrina científica de manera pacífica, tienen su razón de ser en la pretensión del legislador de disuadir al condenado que pretenda con la interposición de recursos, incidentes en la ejecución de la sentencia u otras maniobras dilatorias, retrasar el pago de la cantidad líquida a la que le condena la sentencia. Es decir, estos “intereses procesales” son una suerte de mecanismo de presión destinado a conseguir que el perjudicado quede pronta y totalmente satisfecho en su interés económico, sin que recaigan sobre él los costes de la dilación que supone la interposición y sus-

tanciación de los recursos de apelación y eventualmente de casación. Las características más sobresalientes de estos intereses, es que: a) han sido configurados con esta doble finalidad: mantener el valor de aquello a lo que condena la sentencia, de un lado y, de otro, como intereses “punitivos” o “disuasorios” de la interposición de recursos temerarios; b) nacen *ex lege*; [o, lo que es igual: el supuesto de hecho del que depende su producción es la simple existencia de una sentencia que condena al pago de cantidad líquida]; c) nacen sin necesidad de que la parte los haya pedido previamente...; d) nacen, incluso, sin necesidad de que a ellos condene la sentencia y sin necesidad de que la sentencia sea firme.

Los intereses procesales, cuando no se interponga recurso o cuando el interpuesto sea desestimado, se computan tomando como base la cantidad líquida fijada en la sentencia de primera instancia y el día en que se dictó, hasta la completa ejecución de la misma. El art. 576 LEC no deja margen a la duda: “desde que fuese dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos...”.

El apartado 3 de dicho precepto es, por su parte, sumamente explícito cuando establece que su aplicación se extiende a todo tipo de resoluciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional que condenen al pago de cantidad líquida, con la sola excepción de las especialidades legales previstas para las Haciendas Públicas.

Otra cosa son los “intereses moratorios”, cuando por ley o por pacto, el condenado a pagar la indemnización sea, además, deudor de intereses moratorios según lo que establecen los ya citados arts. 1108, 1100 y 1101 C. Civil.

Partiendo de que por disposición legal (art. 1106 CC) la indemnización por daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida sufrida, sino también el de la ganan-

cia que haya dejado de obtener el acreedor; y que en caso de dolo el deudor responde de todos los daños y perjuicios conocidos (art. 1107), el art. 1108 establece que cuando la obligación consista en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurra en mora, la indemnización de daños y perjuicios consistirá en el pago de los intereses de demora, que tienen por finalidad no el conservar el valor nominal consignado en la resolución judicial (STC n.º 114/1992), sino de indemnizar el lucro cesante (STC n.º 206/1993 de 22 de junio, y SS.T.S. de 15 de noviembre de 2000, 9 de marzo de 1999 y 18 de febrero de 1998).

La distinción entre ambas clases de intereses se reitera en la jurisprudencia del Orden Civil, diferenciando entre los intereses moratorios del art. 1108 en relación con el 1101 CC, de los intereses sancionadores, punitivos o procesales del art. 921 LEC (SS.T.S. de 18 de marzo de 1993, 5 de abril de 1994, 15 de noviembre de 2000, 23 de mayo de 2001....).

Así como los intereses legales “procesales” a que se refiere el art. 576.1 LEC se computan desde que se dicte la sentencia en primera instancia, por expresa disposición del precepto, los intereses moratorios regulados por los preceptos citados del Código Civil se computan desde el día en que el acreedor los reclame judicial o extrajudicialmente, según establece el art. 1100 CC, de manera que así como —según dijimos anteriormente— los intereses procesales del art. 576.1 nacen sin necesidad de petición previa del interesado, cuando se trata de intereses de demora deberá producirse una expresa reclamación al respecto. Así lo establecen las SS.T.S. (Sala 1.ª) de 30 de diciembre de 1994, 8 de febrero de 2000, 15 de noviembre de 2000, 10 de abril de 2001 cuando declaran que los intereses moratorios de una cantidad líquida se devengan desde la interposición de la demanda a falta de reclamación anterior.

En el mismo sentido se ha pronunciado esta Sala Segunda del TS. Así, en la sentencia n.º 1130/2004, de 14 de octubre, decía-

mos: “cuando nos encontramos ante casos como el presente, en el que ese “quantum” resarcitorio está claramente establecido, por referirse a un delito contra el patrimonio, que originó un concreto desplazamiento patrimonial ilícitamente provocado, la ausencia de pronunciamiento judicial declarativo de la existencia de delito, a efectos civiles y tal como ocurriría en semejante orden jurisdiccional, no puede determinar la improcedencia del devengo de intereses de mora.

“Por lo que, desde este punto de vista, le asiste la razón a la recurrente, en cuanto a su derecho a la percepción de tales intereses, independientemente de los previstos en la norma procesal”.

Otra cosa será, sin embargo, la fecha concreta del inicio de su devengo, pues si, de una parte, ésta no debe fijarse en la de la Sentencia de instancia, porque, como se acaba de ver, esos intereses moratorios compensatorios del perjuicio que el transcurso del tiempo ocasiona con el retraso de la satisfacción de lo adeudado, en forma de lucro cesante, nunca han de confundirse, como ha hecho el Juzgador *a quo* (en línea incluso con alguna Sentencia de esta misma Sala como la de 29 de abril de 1998), con los de estricto carácter procesal, que se justifican por la dilación en el cumplimiento del mandato judicial, previstos en el artículo 921 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil (hoy 576 de la vigente), de otro lado, también hay que recordar que, según el régimen establecido en el Código Civil, a su vez “Los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados...” (art. 109).

“Esa reclamación, en el orden penal, sólo se produce, por consiguiente, con la interposición de la Querella oportuna o, en todo caso, con la presentación del escrito de Acusación por quien se personó en los autos con posterioridad a su inicio, como Acusador particular (en el mismo sentido, la ya citada STS de 14 de marzo de 2003, frente a lo que, en su día, efectivamente, han sostenido algunas Resoluciones de este Tribunal, a las

que se refiere el Recurso, como las de 29 de octubre de 1991 y 1 de febrero y 18 de octubre de 1996, que establecían el comienzo de la producción de intereses de mora coetáneo a la fecha de comisión del delito origen de éstos).

“Por lo que, comoquiera que la recurrente no sólo interpuso Querella, sino que en la misma ya cifraba en 26.841.714 ptas. el montante de sus perjuicios, cantidad que exactamente acogió a efectos resarcitorios la Audiencia en su Resolución, ha de entenderse desde esa fecha de interposición de la Querella nacida la obligación del pago de los intereses para la condenada, obligada al mismo”.

De cuanto ha quedado expuesto se desprenden las siguientes conclusiones:

A) Respecto a los intereses procesales que establece el art. 576.1 LEC debe considerarse incluida en la expresión “devengando esta cantidad el interés legal desde la fecha de esta sentencia”, de suerte que la determinación de la cantidad correspondiente se efectuará en ejecución de sentencia de acuerdo con lo establecido en dicha disposición legal, a la que no contradice la sentencia impugnada, sino que su aplicación se encuentra implícita en la resolución judicial.

B) En lo que hace a los intereses moratorios por lucro cesante, aunque también podría considerarse integrada en la expresión “interés legal” que se emplea en el fallo de la sentencia, el cómputo de la cantidad a abonar por el condenado no se iniciará el día de la fecha de la sentencia, sino que, según ha quedado expuesto, desde el día en que se presentó la querella, al no haber existido reclamación por dicho concepto, judicial o extrajudicial, con anterioridad.

Por consiguiente, el motivo debe ser estimado parcialmente, casándose la sentencia recurrida y dictándose otra por esta Sala en la que corrija el *error iuris* en que incurrió el Tribunal *a quo* en este punto.

Corolario de lo hasta aquí expuesto es la estimación del motivo, por lo que procede casar la sentencia impugnada y dictarse en

la nueva que ha de dictar esta Sala en la que se disponga la condena de los acusados Gema, Luciano y Carmelo al abono de los intereses procesales devengados desde la fecha

de la sentencia de instancia y de los intereses moratorios desde la fecha de presentación de la querella, que se concretarán en período de ejecución de sentencia.

Sentencia 359/2010, Sala de lo Penal del TS, de 22 de abril de 2010

ASESINATO. TENTATIVA

Arts. 16, 62 y 139 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo**

SÍNTESIS

Tras recordar que cabe asesinato con dolo eventual, se centra el debate en determinar si la tentativa de asesinato lo fue «acabada» o «inacabada», con la correspondiente incidencia sobre la pena. Destaca un voto particular discrepante.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...)

Del desarrollo del motivo se desprende que lo que el recurrente sostiene es que para calificar el hecho como asesinato se requiere imperativamente que el autor actúe con dolo directo o de primer grado, de manera que si solamente concurre el dolo eventual el hecho deberá ser calificado como homicidio, consumado o intentado, que es lo que acaeció en el caso enjuiciado.

El recurrente yerra gravemente en su alegación.

Tanto en el delito de homicidio como en el de asesinato, el elemento subjetivo del dolo se satisface con el dolo directo o intención determinante y concreta de matar, como con el dolo eventual, que se da cuando el agente, dada la mecánica comisiva, es consciente de la probabilidad de que su acción produzca la muerte del agredido y, a pesar

de ello, la lleva a cabo aceptando la eventualidad del resultado.

En el caso presente, la sentencia, razonada y razonablemente, declara la concurrencia del dolo directo en una argumentación jurídicamente correcta, fundamentada y plenamente convincente, lejos de toda sospecha de arbitrariedad o mero voluntarismo. Esto ya sería suficiente para desestimar el motivo.

Lo que también sucedería si considerásemos que el acusado ejecutó los actos de agresión a la víctima con solo dolo eventual, como sostiene el recurrente. Lo que califica el homicidio como asesinato (consumados o intentados) es que la acción se ejecute concurriendo alguna de las circunstancias de naturaleza fáctica del art. 139. En nuestro caso se trata de que el acusado obró con alevosía, que el recurrente no discute.

La jurisprudencia de esta Sala sobre esta cuestión es unívoca, pacífica y reiterada al declarar la compatibilidad entre el dolo

eventual y el asesinato con alevosía, porque ésta se desenvuelve en el modo en que se produce la agresión y al margen de que el ataque sea impulsado por una u otra modalidad de dolo.

Así, y como ejemplo de este criterio, evocamos entre otras muchas, la STS de 21 de junio de 1999 cuando, al examinar un supuesto de hecho similar al actual, señalaba que la pretendida incompatibilidad entre el dolo eventual de muerte y el dolo directo de actuar alevosamente que esgrime el recurrente no se convierte en obstáculo calificador insalvable como aquél pretende, pues es perfectamente diferenciable en un comportamiento como el enjuiciado, una directa y decidida intención y voluntad de dar cumplimiento a finalidades aseguratorias para la ejecución y para el propio actuante así como sobre la indefensión de la víctima (parcela ésta del comportamiento alevoso que aparece diáfananamente en el actuar del agente que espera o busca deliberadamente una situación de relajamiento más propicia para la sorpresa) de una actitud intencional que no completa el agotamiento de la determinación de dañar respecto a la causación del daño o lesión en sí misma si no en cuanto a la aceptación de su resultado, supuesto del dolo eventual en el que, no obstante representarse aquél como probable, sin embargo es consentido o aceptado. Referencia —la del resultado— que, válida e imprescindible para determinar la graduación del dolo, no debe extenderse dicha circunstancia como pretende quien recurre aludiendo a una corriente doctrinal y jurisprudencial de la que son exponentes sentencias como las de 16-3-88, 13-4-93, 11-7-94 y 29-11-95, sino que debe desconectarse de la Alevosía, según se afirma en la resolución combatida de acuerdo con Sentencias de esta Sala de 16-3-81, 20-11-93 y 21-1-97, pues la definición legal de la Alevosía, tanto en el Código derogado como en el actual, a lo que hace referencia es a asegurar la ejecución y, en el caso de autos, el procesado lanza el golpe con la navaja de forma tan imprevista y sor-

presiva que asegura su ejecución, y ello, con independencia de que tuviera intención directa de matar o, simplemente, la aceptara ese efecto como consecuencia de su acción, y no se haya producido el resultado de la muerte por la rápida intervención facultativa a que fue sometida la víctima (en los mismos términos, la STS de 04 de junio de 2001 y la no menos expresiva de 31 de octubre de 2002. Pueden verse también las SS. T.S. de 25 de marzo, 19 de abril y 24 de mayo de 2004, de 04 de octubre de 2007 y 10 de junio de 2009, citadas por el Fiscal al impugnar el motivo)

La censura casacional se desestima.

(...)

Sexto.—El cuarto motivo del recurso, también formulado por error de derecho del art. 849.1.º L.E.Cr., reclama por la incorrecta aplicación del art. 62 C.P., “al considerarse que se debía haber rebajado en dos grados la pena prevista para el delito de homicidio”.

Expone el recurrente en defensa de su pretensión que la jurisprudencia viene admitiendo generalmente, que debe bajarse la pena en un grado en caso de tentativa acabada o gran desarrollo de la ejecución y dos grados en los supuestos de tentativa inacabada, como es el presente caso, y cuando la actividad realizada por el inculpado no revela gran energía criminal, utilizando expresiones que si bien no se encuentran en las disposiciones legales que regulan la materia, han adquirido carta de naturaleza en el vocabulario de la doctrina jurisprudencial de esta Sala.

Pues bien, el art. 62 C.P. otorga a los Jueces y Tribunales una discrecionalidad reglada para imponer la pena en casos de tentativa, estableciendo dos criterios diferentes a tales efectos: el peligro inherente al intento y el grado de ejecución alcanzado.

En el caso objeto de examen el problema se centra en la primera secuencia de la actuación del acusado al descargar con “ani-

mus necandi” la barra de hierro en el cráneo de la víctima.

Al resolver un supuesto de extraordinarias similitudes con el presente, la STS de 2 de noviembre de 2007 reseñaba los elementos fácticos concurrentes como premisa para su resolución: a) la situación de los sujetos, al tiempo de la agresión, era de gran facilidad para la realización de los actos de ejecución (víctima de espaldas al agresor y en un escalón inferior, disponiendo el acusado de un martillo).

b) alcanza el agresor a la víctima con el martillo en la cabeza con tan escasa contundencia, que no causa otra lesión que las descritas en los hechos probados, que, en la cabeza no rebasan la de dos simples contusiones leves.

c) tras esos dos golpes en la cabeza de la víctima, de tan leves efectos, los siguientes golpes ya no le alcanzan en tal lugar de su cuerpo, debido a la reacción defensiva de la víctima que recibe los golpes siguientes en dedo de mano izquierda, cara posterior de hombro izquierdo, antebrazo derecho, y pierna derecha.

d) la lesión causada a la víctima en la cabeza carecía de manera evidente de potencialidad para causar la muerte que el autor se había propuesto. Más aún las otras causadas al iniciarse la defensa por la víctima.

e) por lo que a otros criterios se refiere, es de destacar que mientras la localización de los golpes y la naturaleza del arma revelan la alta peligrosidad del ataque, la escasa contundencia y la imposibilidad de su continuación aminoran de manera substancial el riesgo de que acaeciera el resultado propuesto.

f) es claro pues que la obtención de éste habría exigido una más decidida actuación que aprovechase la situación de superioridad en el autor y de indefensión en la víctima, por lo que bien puede decirse que el acusado no realizó los actos que dependían de él para causar la muerte propuesta.

De ello podemos concluir añadía que, objetivamente *ex ante*, los actos realizados no eran mínimamente suficientes para causar la muerte, sino que requerían otros actos que, inicialmente, pudo realizar el autor, pero no realizó.

Y como corolario de estas consideraciones, establecía que en el caso sometido a la revisión casacional concluimos que el plan concebido por el autor sólo inició su ejecución, y que las lesiones eran inhábiles para producir la muerte, por lo que la tentativa no fue acabada, sino someramente comenzada. Por ello, el peligro *efectivamente* generado para el bien jurídico de la vida de la víctima fue relativamente escaso.

Este pronunciamiento se sustenta en argumentos tan sólidos como los que allí se expresan:

“De la misma manera que la diferencia entre la consumación o la tentativa (en sentido amplio) puede venir determinada por el azar (cualquier causa que no sea dependiente de la voluntad del autor), la frontera entre la tentativa inacabada o la acabada puede ser tributaria de hechos azarosos.

Pero el criterio de imposición de la pena no puede adoptarse *ex post*, sino tomando en consideración, únicamente aquello que depende del autor.

Así podría acudir al mismo artículo 16.2 del Código Penal para detectar dos situaciones diferenciadas. La una es aquella en la que el sujeto podría, con posibilidad valorada objetivamente y *ex ante*, obtener la impunidad, simplemente no realizando más actos de ejecución a su alcance y, con ello, abortar la realización del resultado. En la otra, ya no hay más actos de ejecución que realizar y la impunidad exige un comportamiento activo, que impida el acaecimiento del resultado.

Esta concepción de la regulación legal viene considerándose por la Jurisprudencia”.

Como se dijo en la sentencia 798/2006 de 14 de julio: “... *En general, esta Sala se ha hecho eco de la distinción doctrinal entre*

tentativa acabada y tentativa inacabada. La primera equivaldría a la antigua frustración en la que los actos de ejecución están completados, y la inacabada, aquella en la que no ha existido una ejecución completa. Por ello, la tentativa acabada, exponente de una mayor temibilidad en el sujeto supondría la imposición de la pena inferior en un sólo grado, y la incompleta en dos grados. En tal sentido, ATS 1574/2000 de 9 de junio, STS 558/2002, 1296/2002 de 12 de julio, 1326/2003 de 13 de octubre y 409/2004 de 24 de marzo...

Sean o nos categorías conceptualmente diferenciables, cuando se realiza la valoración necesaria a los efectos de determinación de la pena, lo que resulta trascendente, es que aquella se realice ex ante. Así en nuestra sentencia 1060/2003 de 21 de julio (en que se dilucidaba la idoneidad) se dijo: *“... El peligro inherente a la acción, o capacidad para producir el resultado entendida como aptitud para ocasionarlo valorada ex ante por un observador objetivo, es lo que debe ser considerado y no el estado de peligro real en que se sitúe al bien jurídico...”*

Lo que resulta menos relevante es el número de actos que integran el comportamiento del autor, porque lo esencial es la potencialidad objetiva en relación con el resultado al que el autor ordenaba su comportamiento. Este puede constituirse por un solo acto y, sin embargo, constituir la modalidad merecedora de más grave pena (rebaja en un solo grado), como dijimos en nuestras sentencias 166/2004 de 16 de febrero: *“... cuando uno de los actos realizados hubiera podido producir el resultado. Ello es claro en el presente caso, dado el carácter mortal, no cuestionado por el recurrente, de las lesiones producidas dolosamente por el acusado a la víctima. .”*) y en la 81/2006 de 27 de enero: *“... Repetidamente hemos sostenido en nuestros precedentes que la tentativa será acabada según el grado de ejecución realmente alcanzado, es decir, que cuando uno de los actos realizados hubiera podido*

producir el resultado...” cabe ya hablar de tentativa acabada.

En esta resolución apuntábamos algunos criterios posibles para esa valoración objetiva ex ante: *“... tipo de arma empleada, la contundencia de los golpes, la localización de los mismos (en la cráneo y en la mandíbula, según en el «factum», entre otras localizaciones), la situación de indefensión de la víctima, que cae al suelo por efecto del primer acometimiento, y en esa posición, sigue siendo atacada por su oponente, al punto que «creía que lo había matado»...”*

En general estimamos tentativa acabada cuando el sujeto *‘realizó todos los actos necesarios para ocasionar el resultado mortal’* (1421/2004 de 2 de diciembre) o *‘... el peligro en que se situó la vida de... fue extremo y que quienes lo desencadenaron llevaron a cabo toda la actividad adecuada para perfeccionar el homicidio’, tendríamos que añadir desde la perspectiva del dolo eventual, es decir, la creación del riesgo fue suficiente para producir el resultado previsto en el tipo de homicidio...*’ (19/2005 de 24 de enero) *‘... se hayan practicado todos los actos de ejecución que hubieran debido producir como resultado el delito,...’* (140/2005 de 3 de febrero) o *‘... el resultado propio del delito de homicidio se hubiera producido como consecuencia de la acción conjunta de los acusados sin necesidad de una ulterior actuación, lo que determina que la tentativa haya de reputarse acabada...’* (370/2006 de 30 de marzo) sin que sea necesario afectar a la integridad física de la víctima procurada pues *“... el desarrollo delictivo, debe considerarse completo, en tanto que el autor hizo todo lo que objetivamente estaba de su mano para producir el resultado, no impactando con el objetivo por causas ajenas a su designio criminal, de modo que, como también se ha dicho, con fortuna, la falta de puntería del agente no puede permitir afirmar que el hecho no haya quedado en grado de frustración, o en la terminología legal actual, en grado de de-*

sarrollo de tentativa acabada...” (78/2005 de 28 de enero) Criterio que, sin embargo, cuenta con alguna resolución discrepante, como, en referencia a la regulación del Código Penal anterior a 1995, el sentado en la sentencia 722/1996 de 18 de octubre en que se dijo: ‘... en el plano objetivo no todos los actos de ejecución que « que debieran producir como resultado el delito» se han realizado: faltaba como elemento esencial que alguno de los disparos dirigidos a evitar el acercamiento de los perseguidores, hubiese alcanzado efectivamente a persona alguna. Sólo dicho alcance «debe producir como resultado el delito», por lo que si no lo produce nos encontraríamos en el campo de aplicación del delito frustrado (hoy tentativa acabada); ahora bien, sin alcance, la acción objetivamente considerada no sólo no debe sino que no puede producir el resultado típico, por lo que el criterio del Tribunal sentenciador al calificarla de tentativa debe ser confirmado, con desestimación del recurso....’

Esta muestra deja en evidencia la ausencia de un criterio que, cual regla de las ciencias matemáticas, permita dilucidar con alcance general inequívoco cuando se está ante una tentativa acabada o ante una inacabada. Aún más, esta exposición de nuestras decisiones deja en evidencia también que la discriminación, a efectos de medida de la pena, ni siquiera pasa solamente por esa elemental dicotomía. Las situaciones posibles, presentan matices que reclaman respuestas más plurales que las reportadas por esa alternativa, entre tales exclusivas hipótesis.

Así lo advertimos en nuestra sentencia 370/2006 de 30 de marzo, en la que, aunque puede cuestionarse hasta que punto la medida del peligro no está vinculada al grado de ejecución, decíamos que ‘... no solo del grado de ejecución alcanzado sino también del peligro inherente al intento, lo que permite valoraciones ajustadas a las características del caso que pueden dar lugar a soluciones distintas, que el Tribunal debería razonar en cualquier caso...’

Porque, como también indicamos en la sentencia TS 600/2005 de 10 de mayo: ‘... siendo el «*iter criminis*» un proceso sólo completo en la consumación y más o menos realizado en la tentativa, a ese mayor o menor nivel de avance en la realización delictual corresponderá respectivamente la rebaja en uno o dos grados que prevé el art. 62 CP De ahí que la distinción doctrinal entre la tentativa inacabada y acabada tiene su relevancia y reflejo en la regla del artículo 62 , al aludir en ella al grado de ejecución alcanzado. Deben, pues, distinguirse a tales efectos dos niveles de desarrollo: uno en el que el autor no ha dado término a su plan, y otro en el que ha realizado todo cuanto se requería según su proyecto delictivo para la consumación, que podrían equipararse a la tentativa y frustración...’”;

Por las mismas razones, en el caso presente debe llegarse a la misma conclusión, estimándose el motivo y dictándose otra sentencia por esta misma Sala en la que se rebaje la pena en dos grados, fijándose la misma en 6 años de prisión.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO DON DIEGO RAMOS GANCEDO AL QUE SE ADHIERE EL EXCMO. SR. MAGISTRADO DON JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR A LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN N.º 11.237/09

Mi respetuosa discrepancia se centra en la, a mi parecer, equivocada aplicación del art. 62 C.P. por la que la decisión mayoritaria de la Sala resuelve reducir en dos grados la pena legalmente establecida para el delito de asesinato consumado. Considero que una recta interpretación de los criterios para la determinación de la pena en supuestos de tentativa, a saber, el peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado, deberían haber llevado a una rebaja de un solo grado al tratarse de un supuesto de hecho en el que el riesgo para la vida de la víctima fue más que relevante y, además, los actos de

ejecución del proyecto homicida del acusado deben ser calificados de tentativa acabada.

No tengo ningún reparo en admitir que el fundamento de mi discrepancia viene alimentado en buena medida por los razonamientos que se expresan en el voto particular emitido por un Ilustre Magistrado de esta Sala del Tribunal Supremo para disentir del criterio mayoritario en la sentencia dictada en un recurso de casación especial y manifestamente similar al presente respecto de la misma problemática penológica, y a la que se hace expresa referencia en la resolución de la que discrepo.

Centrando la atención en la primera secuencia de los hechos, cuando el acusado, oculto en el interior de la vivienda de la víctima y acechando su llegada, descarga un golpe en la cabeza de la mujer con una pesada barra de hierro, considero que por simple que sea la mecánica comisiva del homicidio pretendido, al ejecutar esa acción se puede considerar que el agente ha realizado todo lo necesario para conseguir el resultado pretendido, pues objetivamente —como subraya el art. 16 C.P.— descargar un golpe en la cabeza de la víctima con un objeto contundente con eficacia letal, idóneo para ocasionar la muerte, no necesita de otras acciones para alcanzar el fin proyectado.

La cuestión surge respecto al criterio del “peligro inherente al intento”, que, ciertamente, en el caso de autos, fue mínimo a tenor de la levedad de las lesiones ocasionadas en ese ataque que sólo necesitaron unos puntos de sutura, debiendo advertirse que uno y otro elementos de la dicción legal están unidos por la copulativa “y”, y no por la disyuntiva “o”, de suerte que la decisión penológica debe valorar uno y otro criterios.

La acción con la que se quería conseguir el resultado pretendido (la muerte de la agredida) creo que debe ser calificada de tentativa acabada porque, repito, el autor hizo lo suficiente y necesario para que objetivamente se produjera el resultado, porque el hecho ejecutado por el sujeto activo para la

realización de su propósito criminal comporta por sí mismo la realización íntegra de una acción que, racionalmente considerada, hubiera debido producir el resultado o la realización del tipo según el plan del autor. Lo decisivo es determinar si la acción realizada debería haber producido la consumación, debiéndose distinguir entre la peligrosidad de esa acción y el peligro concreto que hubiera resultado de aquella.

Participo con la mayoría en el criterio de que los hechos deben ser examinados desde una perspectiva “ex ante”. De este modo no es difícil afirmar que el plan de matar golpeando la cabeza de la víctima con una barra de hierro, debería, objetivamente, producir el resultado. Si no se produjo la muerte, no fue porque la acción y el medio empleado no fueran objetivamente (como manifestaron los médicos-forenses) y desde un análisis “ex ante”, la que debió producir, sino por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, como la falta de pericia, la inhabilidad del sujeto o su torpeza al ejecutar su acción.

Cabe invocar aquí la STS de 27 de enero de 2006, que estima la tentativa acabada cuando el sujeto “realizó todos los actos necesarios para ocasionar el resultado mortal” (STS n.º 1421/2004 de 2 de diciembre) o cuando “... el peligro en que se situó la vida.... fue extremo y quienes lo desencadenaron llevaron a cabo toda la actividad adecuada para perfeccionar el homicidio, a lo que tendrían que añadirse, desde la perspectiva del dolo eventual, aquellas situaciones en las que la creación del riesgo fuese suficiente para producir el resultado previsto en el tipo de homicidio...” (STS n.º 19/2005 de 24 de enero).

No menos relevante resulta la STS de 02 de diciembre de 2009 cuando proclama que “existe tentativa cuando se advierte la falta de algún elemento del tipo objetivo, pues el subjetivo no difiere de la consumación (debe incluirse el dolo eventual), y podemos hablar de acabada o inacabada según el resultado pueda producirse sin mayores actuaciones por parte del autor (acabada) o cuan-

do éste no ha ejecutado todos los actos que según su plan debía realizar para producir el resultado y objetivamente desaparece el peligro de que se produzca”. Siendo ello así, objetivamente la tentativa será acabada cuando el plan del autor para la producción del resultado es idóneo o racional, es decir, no depende sólo de su propia idea o imaginación, sino que es constatable objetivamente la relación de causalidad (véase STS n.º 657/2007, de 21 de junio).

En otro sentido, la indicada sentencia enfatiza que “la tentativa será acabada, cuando los actos realizados, los instrumentos utilizados y la mecánica comisiva hubieran podido producir objetivamente el resultado perseguido según el plan del autor”.

Más tarde, añade la STS de 2 de diciembre de 2009, que no debe olvidarse que el art. 16 del C. Penal de 1995 ha redefinido la tentativa, añadiendo la expresión “objetivamente” (“practicando todos o parte de los actos que objetivamente debería producir el resultado”). Objetivamente quiere decir que el plan o actuación del autor, así como los medios utilizados, “objetivamente” considerados, sean racionalmente aptos para ocasionar el resultado. Es decir, que para una persona media, situada en el lugar del actor y con los conocimientos especiales que éste pudiera tener, el plan y los medios empleados deberían racionalmente producir el resultado, según la experiencia común.

En realidad, el fundamento de la decisión mayoritaria para rebajar en dos grados la pena, no es, en mi opinión, que se trate de un supuesto de tentativa inacabada, sino en lo que esa mayoría estima un mínimo riesgo efectivo para la vida de la víctima resultante de la acción homicida.

La norma habla del “peligro inherente al intento”, no del peligro generado por el concreto resultado producido. Quiere decirse que también sobre esta cuestión, el análisis debe centrarse en un examen “ex ante” —lo que la propia sentencia señala— y no “ex post”, que es lo que en realidad se considera por la mayoría. De suerte que a mi parecer, el peligro que corrió la vida de la mujer cuando el acusado “intentó” matarla asesándole un golpe en el cráneo con una barra de hierro, fue grave y real, con independencia de que la resultancia última de la acción fuera menor o incluso leve para la integridad física de la víctima.

A este respecto comparto la tesis que se expone en la STS n.º 600/2005, según la cual el acusado no puede resultar injustificadamente beneficiado por su propia torpeza o por su error en la ejecución de una voluntad criminal reconocida como indudable y manifestada en acciones que el propio autor estimaba como suficientes para lograr la consumación, pues tenían el propósito de matar y actuó con los medios adecuados para ello, aunque sin la precisión necesaria para lograr el resultado perseguido, resultado que sólo dejó de producirse porque el ser humano no domina las leyes de la causalidad y desconoce los efectos últimos de sus actos. Basta preguntarse si el autor ejecutó los actos objetivamente necesarios para consumir el delito y si la respuesta es positiva existirá tentativa acabada, aunque el resultado no se hubiera producido por causas ajenas y no controladas por la voluntad del autor.

Por todo lo cual estimo que el motivo debería haber sido desestimado.

Sentencia 354/2010, Sala de lo Penal del TS, de 23 de abril de 2010

RESPONSABILIDAD CIVIL

Arts. 117, 120 y 121 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater

SÍNTESIS

Se trasladan las reglas de la imputación objetiva al ámbito de la responsabilidad civil derivada del delito, de modo que se excluye tal imputación objetiva si la conducta alternativa adecuada a derecho hubiera conducido al mismo resultado lesivo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El tercero y cuarto motivo del recurso han sido apoyados por el Ministerio Fiscal. En él se sostiene que el contrato de seguro celebrado por la recurrente con el Ayuntamiento de Almazora no cubre la reclamaciones por la inobservancia de disposiciones legales o reglamentarias, tanto estatales como autonómicas, así como de cualquier otra disposición emanada de autoridad competente en la materia.

Ambos motivos deben ser desestimados.

Cierto es que la Audiencia estableció que el Ayuntamiento era responsable civil subsidiario porque omitió “disponer en el mencionado recinto” una “dotación policial y personal encargado de vigilancia, sin perjuicio de que estuvieran las dependencias policiales a unos cien metros de distancia”, lo que infringe la reglamentación policial vigente.

Sin embargo, no parece posible sostener que “tal infracción favoreció la comisión del delito”, dado que también para responsabilidad civil rigen las reglas de la imputa-

ción objetiva, como lo viene estableciendo la jurisprudencia de la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo. En efecto, es altamente improbable que el cumplimiento de las obligaciones policiales por parte del Ayuntamiento hubieran impedido la comisión de un delito tan puntual como el que ha sido objeto de esta causa. Es muy probable, por el contrario, que el servicio de vigilancia no hubiera estado apostado entre las mesas del “Mesón del vino” de tal manera que hubiera podido intervenir evitando las lesiones sufridas por la víctima. Así lo reconoce la sentencia recurrida cuando dice que “ni siquiera actuando con el máximo de rigor en la observancia de estas previsiones podrían evitarse radicalmente actos como el de referencia”. Dicho de otra manera y en términos de una doctrina ampliamente aceptada: “la imputación de un hecho debe ser excluida cuando la conducta alternativa adecuada a derecho hubiera conducido con seguridad al mismo resultado”. Consecuentemente los hechos no pueden ser objetivamente imputados a la omisión del Ayuntamiento, dado que la conducta alternativa no hubiera evitado con seguridad la conducta del acusado.

A partir de estas consideraciones, la cláusula invocada por la recurrente no resulta aplicable al presente caso, pues presupone la existencia de una infracción jurídica que

permita desplazar al asegurado la responsabilidad por el hecho ocurrido, es decir que el hecho lesivo sea objetivamente imputable al asegurado.

Sentencia 396/2010, Sala de lo Penal del TS, de 23 de abril de 2010

INCENDIO

Arts. 16, 266 y 351 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez**

SÍNTESIS

Extractamos dos problemas de aplicación del delito de incendio, abordados en esta sentencia: los supuestos menos graves en que se degrada a daños y la posibilidad de tentativa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—El tercero de los motivos denuncia infracción de ley, art. 849.1 de la LE-Crim, aplicación indebida del art. 351.1 del CP y correlativa inaplicación de los arts. 351.2 y 266, ambos del CP.

La defensa —que incluye en el desarrollo del motivo una serie de consideraciones técnicas sobre la naturaleza jurídica del delito de incendio— estima que, en virtud de la remisión prevista en el art. 351 párrafo 2 del CP, debió aplicarse el art. 266 del CP, con la consiguiente rebaja de pena.

El motivo no puede tener acogida.

No tiene razón el recurrente cuando reivindica la aplicación del art. 266 del CP. El Tribunal *a quo* ha obrado con corrección al calificar los hechos como constitutivos de

un delito del art. 351 del CP, descartando la aplicación del art. 266, sólo previsto para aquellos casos en los que “... *no concurra tal peligro para la vida o integridad física de las personas*”.

De la certeza del juicio de subsunción habla el relato de hechos probados, en el cual puede leerse que “... *alrededor de las 5,45 horas el procesado se acercó al referido domicilio y de forma silenciosa accedió hasta el exterior de la cochera, que es anexa a la vivienda, y se comunica interiormente, formando un todo con ella, y con pleno conocimiento de que en ésta moraban su esposa, su hija y otras personas, con intención de dañarlas y poner en peligro su vida, derramó a través de la parte inferior de la puerta, varios litros de gasolina, prendiendo fuego seguidamente, y ello con plena conciencia*

de que en el interior de la cochera había un depósito de gasoil para calefacción que en esos momentos contenía unos 350 litros, así como dos bombonas de butano. El fuego se extendió a varios enseres de la cochera (una silla, una hamaca, una maceta), no llegando, por poco, a prender el gasoil”.

Este fragmento del juicio histórico es más que suficiente para descartar la pretendida aplicación del art. 266 del CP. De este precepto hemos dicho que puede considerarse como un tipo hiperprivilegiado y que se vertebra en dos notas: a) que no debe concurrir riesgo para la vida o la integridad de las personas físicas y b) que la respuesta penal se deriva a las previsiones del art. 266 —delito de daños—, lo que es tanto como decir que cuando el *modus operandi* del sujeto sea de naturaleza incendiaria, pero no haya existido riesgo para la vida o integridad física de las personas, los hechos deberán derivarse al delito de daños, que supone una penalidad menor, y por tanto una respuesta más proporcionada a la real gravedad de los hechos. Si bien se mira, se trata de un límite al exceso penológico que pudiera traducirse en una punición muy superior por el simple hecho de tratarse de un mínimo incendio (cfr. STS 977/2006, 11 de octubre).

El juicio de subsunción llevado a cabo por el Tribunal *a quo*, en fin, es plenamente acorde con la jurisprudencia de esta Sala, que ha proclamado que el peligro al que se refiere el art. 351 es un peligro abstracto (cfr. SSTs 138/2004, 29 de noviembre, 2201/2001, 6 de marzo y 381/2001, 13 de marzo). En efecto, el delito de incendio previsto en el art. 351 del CP se caracteriza por un elemento objetivo, consistente en la acción de aplicar fuego a una zona espacial, que comporta la creación de un peligro para la vida e integridad física de las personas, y por un elemento subjetivo, que estriba en el propósito de hacer arder dicha zona espacial, y en la conciencia del peligro para la vida y para la integridad física de las personas originado. Esta Sala ha entendido —cfr. SSTs 1284/1998, 31 de octubre, 1457/1999,

2 de noviembre y 1208/2000, 7 de julio—, que los bienes jurídicos protegidos por el tipo penal del art. 351 del CP son tanto el patrimonio de las personas, como la vida e integridad física de las mismas, y ha considerado que el peligro para la vida e integridad física de las personas desencadenado por el fuego, a que se refiere el art. 351 del CP, no es el necesario y concreto, exigido en cambio para el delito de estragos en el art. 346 del CP, sino el potencial o abstracto. Según se argumenta en la sentencia 1457/1999, la consideración de delito de riesgo abstracto se ha acentuado en la medida en que en el inciso segundo del art. 351 se prevé una atenuación de la pena cuando la entidad del peligro sea menor. Más recientemente, la STS 443/2005, 11 de abril, aun reconociendo ese criterio mayoritario, se ha hecho eco de su conceptualización como delito de peligro hipotético o potencial. Como se dice en la STS núm. 1263/2003, de 7 octubre, “en estas modalidades delictivas de peligro hipotético o potencial, también denominadas de peligro abstracto-concreto o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de concreto peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento realizado para producir dicho peligro”.

La STS 969/2004, 29 de julio, añade que, desde el punto de vista del tipo subjetivo, se exige el propósito de hacer arder la cosa o lugar de que se trate y la conciencia del peligro que para la vida o integridad física de las personas ello comporta, teniendo en cuenta el riesgo de propagación. Ahora bien, debemos tener en cuenta, en relación con el elemento objetivo, que es irrelevante la entidad real que el fuego pueda alcanzar siendo lo esencial el peligro potencial, la propagación, generado por la acción de prender fuego, y desde el punto de vista subjetivo el dolo no comprende la voluntad de causar daños personales siendo suficiente la inten-

ción del agente de provocar el incendio y la conciencia del peligro.

De cuanto antecede, no puede extraerse otra conclusión que el rechazo del motivo en lo que afecta al supuesto error de derecho en que habría incurrido el Tribunal *a quo* en el juicio de subsunción. El acusado conocía la situación de riesgo que creaba, sabía de la existencia del depósito de gasoil y era consciente de que en el inmueble se hallaban durmiendo su propia esposa e hija, así como otros parientes de aquélla.

El motivo, por tanto, ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim).

Quinto.—El cuarto de los motivos, también al amparo del art. 849.1 de la LECrim, denuncia indebida inaplicación de los arts. 16 y 62 del CP.

Alega la defensa que el incendio, aunque llegó a iniciarse, principalmente a consecuencia de la gasolina utilizada, ardiendo una silla y hamaca que estaban próximas a un bidón o caldera, no llegó a poner en peligro la vida de los moradores por su rápida extinción. De ahí que debería haber sido estimado en grado de tentativa.

No tiene razón el recurrente.

Como ya hemos expuesto *supra*, al resolver el motivo precedente, la configuración típica del delito de incendio responde a la estructura que es propia de los delitos de peligro. Que la situación creada por el acusado generó un riesgo concreto para los moradores está fuera de dudas. En el *factum* puede leerse que “... *el fuego se extendió a varios enseres de la cochera (una silla, una hamaca, una maceta), no llegando, por poco, a prender el gasoil, lo que hubiera podido determinar que el fuego se extendiera a toda la vivienda y hubiera producido gravísimas consecuencias para los moradores, de no haber intervenido rápidamente efecti-*

vos de la Policía Nacional que se personaron en la casa, así como de las personas que estaban en la vivienda”.

No faltan propuestas doctrinales que niegan la posibilidad de un delito de incendio en grado de tentativa. Si incendiar equivale a producir la combustión mediante fuego y si en el concepto gramatical —prender fuego a algo— no se incluye la idea de propagación, parece claro que debería ser suficiente, a efectos de consumación, que la cosa ardiera por sí misma.

Es cierto que esta Sala ha admitido la posibilidad de un delito de incendio en grado de tentativa. Ello ha sido posible en aquellos casos en los que mediando un principio de ejecución, no se haya iniciado el fuego o, como supuesto límite, cuando aun iniciado el fuego, lo haya sido en condiciones tales que, objetivamente valoradas, permitan su extinción de forma inmediata, conjurando así el peligro que de otra forma sería capaz de generar la acción (cfr. SSTs 443/2005, 11 de abril, 449/2007, 29 de mayo y 616/2008, 8 de octubre).

Parece por tanto evidente que la utilización de un líquido inflamable o propagador restringe el ya de por sí estrecho margen que el delito previsto en el art. 351 del CP deja para los tipos de imperfecta ejecución.

En el supuesto de hecho, la combustión del fuego, avivada por el empleo de gasolina, se produjo en el interior de la cochera anexa a la casa, exigiendo la intervención de los agentes de policía y de los propios moradores para su extinción. El delito se consumó, sobre todo, por la situación de riesgo creada por el fuego —a una distancia de escasos centímetros del bidón de gasoil que se almacenaba en el inmueble—, impidiendo la calificación del hecho como integrante de una tentativa de incendio.

El motivo ha de ser desestimado (arts. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim).

Sentencia 368/2010, Sala de lo Penal del TS, de 26 de abril de 2010

ABUSOS SEXUALES

Arts. 179 y 182 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo**

SÍNTESIS

Se trata de un caso límite donde se pone a prueba el alcance del concepto de «intimidación», que diferencia los abusos sexuales (calificación de la sentencia de instancia, mantenida por la del Tribunal Supremo) y la agresión sexual (calificación propugnada por el voto particular discrepante).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—El motivo primero de la acusación particular, formalizado al amparo de lo autorizado en el número primero del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reclama la aplicación de los arts. 178 y 179 del Código penal, al considerar dicha parte que existió un acto de fuerza —violencia—, o de intimidación, en la mecánica de los hechos enjuiciados.

El relato histórico de la recurrida, narra que, en los servicios de caballero del restaurante “La Herradura”, de Valencia, a los que había acudido el menor de 7 años de edad, y tras haber orinado en uno de los urinarios de la pared, se disponía a abandonar el baño para volver con su familia con la que estaba en el establecimiento, momento en que el procesado lo abordó pasándole el brazo sobre los hombros y lo introdujo en uno de los servicios reservados del baño, cerrando a continuación el pestillo de la puerta para, “seguidamente bajarle los pantalones y le manoseó los testículos, tocándoselos y se agachó el procesado para introducirse en

su boca el pene del menor, chupándoselo, momento en el que alguien tocó la puerta cerrada, intentado utilizar el baño y entrar en él, no consiguiéndolo pero sí hizo que cesara en su actitud el procesado ante la inminencia de ser descubierto, abriendo la puerta, lo que aprovechó el niño para salir corriendo y volver con sus padres y familiares...”

Los jueces “a quibus” ante la dual calificación de estos hechos en concepto de agresión sexual o de abuso sexual, se han decantado por este último delito.

La jurisprudencia de esta Sala ha señalado (SSTS de 18-12-2003, núm. 1689/2003; de 3-5-1999 y de 27-9-1999), que la línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento puede ser difícilmente perceptible en los casos límite, como lo es la diferencia entre un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el viciado que responde al tipo del abuso, donde la víctima en alguna medida también se siente intimidada. Sin embargo, este elemento debe tener relevancia objetiva y así debe constatarse en el hecho probado. Lo relevante es el contenido

de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquélla. El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente, o carece objetivamente del componente normativo de la intimidación. La jurisprudencia ha señalado que ello implica la amenaza de un mal o perjuicio para la vida o la integridad física que sea grave e inmediato, amenaza realizada de palabra o mejor aún mediante actos concluyentes.

Y, si es cierto que —como sostiene la recurrente— también se ha afirmado que basta que sea eficaz la intimidación para doblegar la voluntad del sujeto pasivo del delito, sin que sea necesario que tal intimidación sea irresistible, también lo es que ello supone que se parta de la existencia de una amenaza que sea objetivamente relevante.

Como ha dicho la STS 720/2007, de 14 septiembre, el artículo 178 del Código Penal, requiere que el atentado contra la libertad sexual se realice con violencia o intimidación. La violencia supone el empleo de cualquier medio físico para doblegar la voluntad de la víctima. La intimidación implica el uso de amenaza de un mal con entidad suficiente para eliminar su posible resistencia. La jurisprudencia de esta Sala (entre otras, la Sentencia de 16 de febrero de 1998), ha señalado que la intimidación, a efectos de integrar el tipo de agresión sexual, debe ser seria, inmediata y grave, y si ello no se produjera, integraría el delito de abuso sexual cuando el consentimiento está ausente.

Tal como recordaba la STS 1259/2004, de 2 de noviembre, “hemos dicho en la STS 73/2004, de 26 de enero, que “el artículo 178 del Código Penal define la agresión sexual como el atentado contra la libertad de una persona con violencia o intimidación. Por violencia se ha entendido el empleo de fuerza física, y así, como recuerda la STS núm. 1546/2002, de 23 de septiembre, se ha dicho que equivale a acometimiento, coac-

ción o imposición material, e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima (SSTS de 18 de octubre de 1993, 28 de abril, 21 de mayo de 1998, y 1145/1998, de 7 de octubre). Mientras que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado (STS 1583/2002, de 3 octubre). En ambos casos, han de ser idóneas para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá del caso concreto, pues no basta examinar las características de la conducta del acusado sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción. Es preciso, en este sentido, que, expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa de tal modo que sea percibida por aquél. Que exista una situación de fuerza física o intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atienda a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima. No es necesario que sea irresistible, pues no puede exigirse a la víctima que oponga resistencia hasta poner en riesgo serio su vida o su integridad física, sino que basta con que sea idónea según las circunstancias del caso. Y por otro lado, tal situación debe estar orientada por el acusado a la consecución de su finalidad ilícita, conociendo y aprovechando la debilitación de la negativa de la víctima ante la fuerza o intimidación empleadas”.

De conformidad con la doctrina legal expuesta, no se describe en el *factum* el tipo de fuerza desplegado por el agente, ya que se deduce un mero acompañamiento del menor al retrete cerrado, y una vez en su interior, se producen esos actos lúbricos, que atentan contra la indemnidad sexual de aquél, sin

que rigurosamente consten actos de violencia o intimidación en la acción del agente, fuera de la diferencia de edad, aspecto éste que satisface mejor las exigencias típicas del abuso sexual, más que de una propia agresión sexual.

Aún cabe otra consideración: Además del elemento objeto de la acción intimidante, ésta debe estar abarcada por el dolo del autor, es decir, que éste intimide al sujeto pasivo con la finalidad de doblegar su voluntad contraria al acto sexual y permita, así, la consumación del mismo.

En el caso examinado, los datos fácticos que figuran en el relato histórico son claramente insuficientes para considerar la existencia de una acción intimidatoria objetivamente relevante como medio de conseguir el propósito lascivo del acusado.

La diferencia entre el delito de abuso sexual y el de agresión sexual radica en que en el primero el atentado contra la libertad sexual de la víctima se comete viciando el sujeto activo el consentimiento de la misma mediante el prevalimiento de una situación de superioridad, o desconociendo sencillamente la incapacidad de aquella víctima para prestar su consentimiento libre, en tanto en el segundo el atentado se consigue venciendo, mediante la fuerza o la intimidación, la voluntad contraria de la víctima. Naturalmente el hecho de que la ley presume, a efectos de configurar el delito de abusos sexuales, que no presta libremente su consentimiento un menor de trece años —de doce, antes de que el art. 181.2 del C. penal fuese modificado por la LO 11/1999, de 30 de abril— no puede llevar a la conclusión de que todo atentado contra la libertad sexual de un menor de la mencionada edad es meramente constitutivo de un abuso sexual, pero puede serlo también de una agresión sexual si su voluntad contraria a las apetencias del sujeto activo es dominada por éste mediante la fuerza o la intimidación, medios que normalmente tendrán que ser de una menor intensidad que cuando se trata de doblegar con ellos la voluntad contraria de un

adulto. A la luz de esas elementales consideraciones, parece fuera de toda duda que los hechos perpetrados por el acusado, tal como se narran en el “factum” de la Sentencia recurrida, no pueden ser calificados sino como delito de abuso sexual.

No se encerró al niño en una habitación aislada, sino que el acusado y el menor entraron en uno de los retretes de los servicios del establecimiento, que suelen estar abiertos por encima y por los laterales superiores, tratándose de un lugar frecuentemente visitado por otras personas. No se menciona que el niño estuviese asustado, ni que acudiera lloroso y con síntomas de terror a contarle lo sucedido a su padre. Tampoco que el acusado expresara amenazas o frases de conminación o simple advertencia. Desde la perspectiva del dolo antes señalado, el comportamiento del acusado no revela una decidida intención de llevar al niño al excusado con la finalidad de atemorizar, y conseguir de ese modo doblegar una eventual oposición de aquel. Aparece, por el contrario, como más pausable y razonable que el propósito del autor fuera el de eludir la presencia de testigos de sus obscenidades, que impedirían la ejecución de sus actos lúbricos en el menor. Así, en cualquier caso, subsistiría una muy fundada duda que, como es sabido, debe resolverse a favor del reo.

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO DE ESTA SALA SEGUNDA DEL
TRIBUNAL SUPREMO EXCMO. SR. D. JULIAN
SÁNCHEZ MELGAR, EN EL PRESENTE
RECURSO DE CASACIÓN 2/10971/2009

Con todo el respeto que se merece la Sentencia Mayoritaria, difiero exclusivamente en la calificación jurídica de los hechos enjuiciados, como delito de abuso sexual, y no en concepto de agresión sexual, por intervenir violencia o intimidación en la comisión delictiva, en el comportamiento del acusado Cipriano.

En efecto, aunque reconocemos que es un caso límite, la temprana edad de la víctima, un niño de 7 años de edad, que es *abordado* —dice textualmente el *factum*— por un persona de casi cuarenta años, al encontrarse en el servicio de caballeros del restaurante en donde ocurren los hechos, acción que se traduce en rodearle por los hombros, le introduce a continuación en un retrete (habitáculo pequeño y cerrado), en cuyo interior, el acusado cierra inmediatamente el pestillo, para a continuación bajarle los pantalones, manosearle los testículos e introducirse el pene del niño en su boca —*chupándoselo*, dice el relato histórico—, momento que la acción es interrumpida al tocar alguien la puerta, por lo que el procesado, “ante la inminencia de ser descubierto”, abre dicha puerta y el niño sale corriendo, volviendo a la mesa, en donde comenta los sucedido a sus padres, siendo posteriormente identificado y detenido el *agresor*.

Y consideramos que estamos ante un episodio de intimidación, por las siguientes razones: 1) la edad del niño, 7 años, es tan temprana, que ante tal acometimiento, es deducible que no reaccionara mediante un expediente de contundente oposición o resistencia, sino que le causara tal sorpresa, que le dejara perplejo y paralizado (posiblemente, aterrorizado); 2) la entrada del menor en el retrete, mediante la descrita maniobra de *abordamiento*, puede ser legalmente constitutiva de fuerza, al verse el niño rodeado por los hombros, y dirigido al interior del mismo; 3) lo reducido del habitáculo, hubo de producirle necesariamente una paralización psicológica, ante lo que entrañaba encontrarse en una patente situación de indefensión espacial; 4) el cierre del pestillo por parte del acusado, abunda en esta misma idea de encierro, al modo de intimidación *ambiental*, dada su corta edad; 5) si bien no se resiste activamente, no aporta voluntariamente acción alguna, se queda diríamos que paralizado: es el acusado quien ha-

ce *todo*: el que le baja los pantalones, le manosea los testículos y le succiona el pene; 6) una vez abierta la puerta, por la acción de un tercero que desea entrar en el servicio, al verse libre, sale *corriendo*, a contárselo a sus padres, lo que da idea de que se ha visto sometido a una presión ambiental, que denuncia de inmediato; 7) de manera que incluso acompaña a su padre para tratar de identificar al agresor, lo que efectivamente se produce.

Como hemos dicho en STS 1564/2005, de 27 diciembre, la fuerza que se exige para vencer la voluntad de la víctima, ha de ser eficaz y suficiente, de suerte que si es cierto que debe tener una suficiente entidad objetiva, este dato debe matizarse en relación a las condiciones concretas de la víctima, por lo que la fuerza típica debe integrarse por la conjunción de los dos elementos objetivos y subjetivos, si acaso dando preferencia a este último, máxime si se tiene en cuenta que ya no se exige esa “cuota de sangre” para acreditar la oposición de la víctima, bastando simplemente la acreditación del doblegamiento de la víctima por la superior voluntad del actor, ello supone valorar la *vis física*, más con criterios relativos y circunstanciales alejados de la nota de la irresistibilidad, criterio ya superado por la jurisprudencia (SSTS de 4 de septiembre de 2000, 21 de septiembre de 2001, 15 de febrero de 2002, 23 de septiembre de 2002 ó 11 de octubre de 2003, entre otras muchas).

Los hechos constituyen agresión sexual.

En consecuencia, el primer motivo de la acusación particular debió ser estimado, sin perjuicio de que no procedería incrementar de nuevo la pena en función de la menor edad de la víctima, en tanto que ese contorno psicológico ya lo hemos de tener en cuenta para calificar la intimidación, y lo contrario entraría en contradicción con el principio de la proscripción de la doble valoración en contra de reo.

Sentencia 424/2010, Sala de lo Penal del TS, de 27 de abril de 2010

ATENUANTE ANALÓGICA. “POENA NATURALIS”

Art. 21.6.º Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín**

SÍNTESIS

Se discute la eventual aplicación de la doctrina de la «poena naturalis», canalizada a través de la circunstancia atenuante analógica, en un caso en que el asesino de su mujer se causa graves lesiones al intentar suicidarse. Destaca un voto particular discrepante.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

D) Ciertamente es que esta Sala, aunque tal previsión no venga expresamente contemplada en nuestra Legislación, ha hecho uso, en algunas ocasiones, de la denominada teoría de la “pena natural” para atenuar la responsabilidad criminal de quien, como consecuencia de los propios hechos delictivos, ha sufrido un daño de cierta relevancia.

El mismo Kant se refería ya esta “poena naturalis”, que vendría a ser “*el mal grave que el agente sufre en la comisión del injusto o con motivo de éste*” y que es contemplada expresamente en Códigos como el alemán (parágrafo 60) o el austriaco, sobre la base del exceso que una respuesta penal que no tuviera en cuenta este “daño” o “pérdida” sufridos ya por el autor, como consecuencia de su acción delictiva, supondría, desbordando los límites establecidos por el principio de proporcionalidad.

Nuestra Jurisprudencia, como adelantábamos, ya hizo uso expreso de esta doctrina en algún supuesto concreto que se correspondía con hechos tales como el del con-

ductor que con su conducta imprudente causa la muerte de un ser querido y lesiones gravísimas en su propia persona o el autor del robo que al intentar huir sufre una caída que le provoca un estado cercano a la parálisis, y la idea llega a latir, con carácter más general, en la propia construcción de la atenuante analógica de dilaciones indebidas, especialmente si la conectamos con el contenido de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto (“caso Robins”, de 23 de Septiembre de 1997, o “caso Jorge”, de 21 de Abril de 1998), del Tribunal Constitucional (153/ 2005, de 6 de Junio) o de esta misma Sala (de 27 de Diciembre de 2004).

En este sentido, la STS de 9 de Octubre de 2002, referida a un supuesto en el que la condenada tuvo que ser intervenida quirúrgicamente con urgencia por la oclusión intestinal sufrida como consecuencia del porte de droga en el interior de su aparato digestivo, vino en la práctica a considerar que debía de apreciarse la teoría de la “pena natural”, afirmando que “... *si la culpabilidad debe ser la medida de la pena, en la medida que ésta debe compensar a aquélla, cuando se han derivado perjuicios concretos, o se*

han asumido riesgos serios para la salud como ocurre en los supuestos de los correos de la droga que utilizan su cuerpo, procede atemperar la pena a la realidad de esa situación”, si bien no otorgó a dicha circunstancia excepcional el carácter de atenuante sino, tan sólo, de criterio incidente en la individualización de la pena a imponer.

Por su parte, la importante STS de 5 de Junio de 2008, llegó ya a proclamar.

“La filosofía de la pena estatal que inspira nuestro derecho penal considera que dentro del mal de la pena establecida en las leyes y aplicadas por la autoridad judicial (entendido básicamente como privación de derechos fundamentales) debe ser considerado también el mal representado por la poena naturalis, es decir, aquél mal que sufrido por el delincuente por la propia ejecución del delito o por otras circunstancias concomitantes (confr. STS 1657/2002). Ello es simplemente consecuencia de que el mal, sea tanto estatal como natural, que debe soportar el autor del delito como pena no debe ser superior al mal causado por el mismo. Este aspecto de la concepción retributiva de la pena, que actualmente es consecuencia de los principios de proporcionalidad y de culpabilidad así como de la idea de justicia del art. 1 CE, no ha sido cuestionado por ninguna teoría basada en la reinserción social y, por lo tanto, no puede estar en contradicción con la filosofía de la pena que inspira la Constitución (art. 25.2 CE).

En el derecho penal moderno la idea de la resocialización no conlleva una renuncia al principio de culpabilidad ni a la proporcionalidad de la pena con dicha culpabilidad. Es de tener en cuenta, además, que en el derecho europeo no faltan códigos penales donde la idea está recogida en forma expresa (ver § 60 del Código Penal [StGB] alemán).

Ciertamente en el derecho vigente no existe una norma semejante, pero ello no impide que una interpretación de las atenuantes de análoga significación, reconocidas en el Código Penal, conforme al princi-

pio constitucional de culpabilidad (ver STC 150/1991 y recientemente entre otros muchos precedentes anteriores la citada STS 1657/02), es decir, el que determina no sólo que no hay delito sin culpabilidad, sino que la gravedad de la pena debe ser proporcional a la gravedad de la culpabilidad por el hecho.

La jurisprudencia de esta Sala ha superado hace tiempo, sin perjuicio de algún precedente que se aparta de la línea fundamental (STS 806/2002), la antigua concepción que basaba la analogía de la circunstancia atenuante con el aspecto morfológico de las otras atenuantes contenidas en el art. 21 CP. Actualmente predomina como criterio determinante de la analogía el de la idea general en la que se apoya la atenuación; es decir: la menor culpabilidad por el hecho o el efecto compensador de la culpabilidad por el hecho de las que operan después de la comisión del delito.

Consecuentemente, el mal fáctico sufrido por el autor en la comisión del delito puede ser considerado atenuante, porque evidentemente tiene una significación análoga a las demás atenuantes. El mal naturalmente sufrido por la comisión del delito ya implica una compensación (parcial) de la culpabilidad por el hecho que se debe descontar para que la pena no sea un mal superior al causado por el autor. Como lo destaca la doctrina, esta concepción de la proporcionalidad no impide contemplar en la individualización de la pena otras finalidades de carácter preventivo. Razonamientos análogos sostienen las decisiones de esta Sala respecto de los efectos de las dilaciones indebidas en la medida de la pena.”

Criterios que, sin embargo, no compartiría la ulterior STS de 7 de Octubre de 2008, en un caso similar a los anteriores, regresando incluso a antiguos postulados, ya superados en diversas Resoluciones precedentes, acerca de la imposibilidad de construir atenuantes analógicas que no guarden relación directa con los supuestos concretamente ex-

presados en los cinco primeros apartados del artículo 21 del Código Penal, pues:

“... para que una atenuante pueda ser estimada como analógica, ha de atenderse a la existencia de una semejanza del sentido intrínseco entre la conducta apreciada y la definida en el texto legal, desdeñando a tal fin meras similitudes formales y utilizándolo como un instrumento para la individualización de las penas, acercándolas así al nivel de culpabilidad que en los delincuentes se aprecie, pero cuidando también de no abrir un indeseable portillo que permita, cuando falten requisitos básicos de una atenuante reconocida expresamente, la creación de atenuantes incompletas que no han merecido ser recogidas legalmente (sentencias de 20 de marzo y 6 de octubre de 1998).”

Como vemos, el valor atenuatorio de la llamada “pena natural”, que no puede afirmarse que se encuentre completamente aceptado en nuestra doctrina, cuando lo ha sido fue tan sólo en supuestos de producción de un grave daño, consecuente con la comisión del ilícito, ocasionado por causas ajenas a la propia voluntad de quien lo sufre, el autor del ilícito, y tan sólo en una ocasión con plenos efectos atenuatorios.

Pues bien, en el presente caso, las lesiones padecidas por el recurrente respondieron a su propia y exclusiva voluntad, la misma voluntad que le llevó a ejecutar el gravísimo y efectivo atentado contra la vida de su esposa, por lo que no cabe, ante ello, atribuírsele unos efectos de atenuación, con apoyo en la repetida teoría de la “pena natural”, que encontraría su fundamento precisamente en la “naturalidad” del daño sufrido, es decir, en causas ajenas a la intervención intencionada del propio sujeto que las sufre, lo que dejaría a su plena elección la posibilidad de “compensar” el castigo que legalmente merece su conducta con otras consecuencias derivadas de sus propios actos.

De modo que la aceptación de la referida actitud autolítica del autor del delito y las

consecuencias lesivas derivadas de ella deben, en todo caso, operar, tan sólo, como un criterio de individualización de la pena, máxime cuando, como seguidamente se comprobará, la agravante de parentesco contemplada por la Audiencia, se ha de ver ya compensada con la estimación de la concurrencia de la atenuante de reparación del daño causado con el delito.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO EXCMO. SR. D. JOSÉ MANUEL
MAZA MARTÍN

Con el máximo respeto que me merece, como siempre, la opinión mayoritaria de los miembros de este Tribunal, he de discrepar de la conclusión que por los mismos se alcanza en la presente Resolución respecto de la inaplicabilidad de la atenuante analógica (art. 21.6.^a CP) derivada de la doctrina de la “pena natural” pues, partiendo de todo lo expuesto al respecto en cuanto al fundamento de esa doctrina y de los contenidos de los precedentes jurisprudenciales en esta materia y en relación con las razones recogidas en la Sentencia de la mayoría acerca del origen voluntario de las graves lesiones sufridas por el autor del delito, como consecuencia de su auto agresión, así como de lo dicho por el Ministerio Público en orden a la posibilidad de concurrencia, en el caso de autos, de la referida causa de atenuación, he de concluir en que, aún cuando en el caso presente el padecimiento que sufre el recurrente fuera motivado precisamente por una actuación suya, inmediata y consecuente con la ejecución de su acto delictivo, no puede resultar ajeno a nuestra valoración jurídica en orden a la consecuencia punitiva de tal ilícito, el que la razón misma de dicha auto agresión no fue otra, como en el propio relato de hechos de la recurrida se observa, que la de infligirse un castigo como el de acabar con su propia vida, ante la conciencia del terrible delito que acababa de cometer, aunque finalmente el resultado de ese intento autolítico se limitase a unas graves lesiones.

Pues quien tan sólo pretende evitar la sanción por su conducta infractora opta, en todo caso, por otros medios menos traumáticos que el suicidio, buscando la huida de las Autoridades y, en definitiva, su propia impunidad.

Esa finalidad de castigarse a sí mismo, hasta el punto de intentar ocasionarse la propia muerte, si, como hemos visto, no encuentra acogida en un estado de alteración psíquica o equivalente al estado pasional o a la ofuscación, sólo puede significar la respuesta personal a la admisión de la grave culpa en la que se ha incurrido.

No parece razonable pensar que quien comete un delito de estas características pensando que con ello satisface un interés egoísta, de venganza o de castigo sobre la agredida inocente, se aplique a continuación el mismo final de su víctima.

Además de todo ello, desde un punto de vista estrictamente objetivo, si se acepta la racionalidad y coherencia del fundamento de la teoría de la “pena natural”, que siempre se refiere al padecimiento consecuente a la comisión voluntaria de un delito, cualquier sufrimiento de la importante entidad del que aquí se ha producido debe de ser

tenido en cuenta como criterio determinante de la proporcionalidad de las consecuencias legales, de carácter también afflictivo, en el que la pena consiste.

Por último, incluso desde la perspectiva de la finalidad preventiva del Derecho Penal, en modo alguno participo de la idea de que una solución que acepte, por razones de proporcionalidad de las consecuencias integrales de la infracción, como simple circunstancia de atenuación, unos resultados lesivos de importancia derivados del intento serio de suicidio, suponga el incentivo de hechos como los que en las presentes actuaciones se enjuician.

En conclusión y por todas las razones expuestas, considero que el pronunciamiento que esta Sala debería haber alcanzado ante el Recurso que nos ocupa, y en relación con la aplicación de la atenuante analógica interesada, no era el de la introducción de un criterio de individualización punitiva más, sino el de la concurrencia de la atenuante simple, al margen de la escasa trascendencia penológica que a tal circunstancia pudiera otorgársele, a la vista de la considerable gravedad de los hechos cometidos.

Sentencia 383/2010, Sala de lo Penal del TS, de 5 de mayo de 2010

DILIGENCIAS POLICIALES. TOMA DE MUESTRA DE RESIDUOS DE PÓLVORA

Arts. 282 y 770.3 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**

SÍNTESIS

Se ocupa la Sala de la diligencia de toma de muestra de residuos de pólvora por la Policía practicada sin consentimiento del acusado ni presencia de letrado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...)

b) Respecto a la toma de muestras de residuos.

Las garantías frente a la autoincriminación se refieren en este contexto solamente a las contribuciones del imputado o de quien puede razonablemente serlo y solamente a contribuciones que tienen un contenido directamente incriminatorio.

En la prueba de toma de muestras no se le obliga a emitir una declaración de voluntad que admita su culpabilidad, sino lo que hace es tolerar que en zonas corporales exteriores visibles se le aplique un adhesivo en orden a determinar la existencia de posibles residuos de la nube provocada por la deflagración del disparo con arma de fuego.

Se trata por tanto, de una prueba que por sus características no supone una intervención corporal propiamente dicha ya que para practicarla no es necesario realizar una invasión de derechos propios de la persona como la intimidad personal o la integridad física. Desde el punto de vista de su agresividad corporal podemos decir que se trata de una acción totalmente banal a la que el interesado puede prestarse sin que por ello se resientan sus derechos fundamentales. No obstante al tratarse de una aportación probatoria de carácter personal que pudiera afectar al derecho a no declarar o a no confesarse culpable, cabe analizar su naturaleza para determinar si nos encontramos ante una prueba de confesión o tiene naturaleza distinta. Al igual que sucede con las pruebas de alcoholemia debe considerarse que prestarse a facilitar la colocación del adhesivo no es igual que obligar al interesado a emitir una declaración reconociendo su culpabilidad, y que como dice el Tribunal Constitucional refiriéndose a la prueba de alcoholemia, se trata de prestar el consentimiento para que se haga a la persona objeto de “una

especial modalidad de pericia” exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los artículos 17.3.º y 24.2.º de la Constitución. Una prueba de estas características no vulnera la presunción de inocencia y así lo ha puesto de relieve, la Comisión Europea de Derechos Humanos en su Dictamen 8239/79 de 4 de diciembre al declarar que la posibilidad ofrecida al inculcado de probar un elemento que le disculpe no equivale a establecer una presunción de culpabilidad contraria a la presunción de inocencia, puesto que, si puede parecer evidente que, siendo positivo el resultado de la prueba, puede derivarse una sentencia condenatoria, tampoco lo es menos que este mismo examen, si fuere negativo, puede exculpar al imputado (STS. 1232/97 de 3.11).

En efecto estas pruebas discutidas no constituyen actuaciones encaminadas a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos o su interpretación o valoración de los mismos, sino simples pericias de resultado incierto que, con independencia de que su mecánica concreta requiere un comportamiento exclusivamente pasivo, no pueden catalogarse como obligaciones de autoincriminarse, es decir, con aportaciones o contribuciones del sujeto que sostenga o puedan sostener su propia imputación penal. De ahí que no exista el derecho a no someterse a estas pruebas y si, por el contrario la obligación de soportarlas. Puede traerse también a colación a STEDH de 17.12.96 (caso Saunders versus Reino Unido) que en su párrafo 69 afirma que el derecho a guardar silencio no se extiende al uso, en un procedimiento penal, de datos que se hayan podido obtener del acusado recurriendo a poderes coercitivos y cita, entre otras, las tomas de aliento de sangre y de orina.

Partiendo de estas premisas las quejas del recurrente de que la prueba se le practicó

estando inconsciente, sin intervención del Secretario Judicial su autorización judicial y sin estar presente Letrado alguno, no puede merecer favorable acogida.

En efecto no existe en la Constitución en relación a las inspecciones o intervenciones corporales, en cuanto afectantes a la intimidad y a la integridad física reserva absoluta de resolución judicial, y la Ley puede autorizar a la policía judicial para disponer, por acreditadas razones la urgencia y necesidad, la práctica de actos que comportan una simple intervención sin afección grave y se observen los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y racionalidad.

La policía judicial tiene por imperativo constitucional, art. 126 CE. la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente, esto es, le corresponde la práctica de los actos de investigación pertinentes para el descubrimiento del hecho punible y de su autoría, y 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 LECriminal que expresamente 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 todo caso, de actos de investigación policial que los arts. 282 y 770.3 LECrim. atribuyen a la Policial Judicial y el art. 11.1 g de la LO. 2/86 otorga a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad.

El descubrimiento y recogida de objetos para su ulterior examen en busca de huellas, perfiles genéticos, restos de sangre, o en este caso toma de muestras de haber disparado, 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.

En tal sentido pueden citarse las sentencias de esta Sala de 7.10.94, 9.5.97 y 26.2.99, 26.1.2000, que recuerdan que los arts. 326 y 22. LECrim. se han de poner en relación con los arts 282 y 786.2 (actual art. 770.3) del mismo Texto Legal y con el Real Decreto 769/87 de 17.6, regulador de la Policía Judicial, de cuya combinada aplicación se puede llegar a establecer que la misión de los funcionarios policiales se extiende a la recogida de todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiera peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. Estimación que no quebranta el art. 326 LECrim. ni se causa indefensión, por el hecho de que las muestras obtenidas por los especialistas en identificación, sean remitidas a los respectivos Gabinetes científicos.

En el caso presente, la toma de muestras para averiguar la existencia de residuos de disparo en determinadas zonas corporales del recurrente, se llevó a cabo en un Centro Hospitalario donde se encontraba ingresado, tras haber sido intervenido quirúrgicamente de urgencia y sometido a cuidados intensivos. La necesidad y urgencia de su práctica es resaltada por la Sala de instancia “dado que este tipo de residuos tienden a desaparecer por frotamiento o por simple movimientos corporales que pueden provocar del desprendimiento de las partículas depositadas sobre la piel (...) y ante una previsible manipulación de las zonas corporales posiblemente afectadas por los residuos de disparos, la demora en su practica podía comprometer los resultados de dicha diligencia”.

Razones de urgencia que posibilitaría su practica por la Policía Judicial sin precisar la previa autorización judicial, ni la necesidad de acta de la diligencia con presencia de Secretario Judicial y asistencia de abogado.

En efecto actuaciones como la obligación de expulsar unas bolsas de la boca (STS. 25.1.93) o la toma de huellas dactilares (STS. 12.4.92) —diligencia esta similar a la toma de muestras del presente caso— pueden resultar admisibles sin necesidad de una intervención judicial ni una específica Ley habilitante.

En cuanto que no estuviera presente el Secretario Judicial, tal ausencia carece de relevancia, toda vez que la prueba del hecho no radica en el acta de la toma, sino en el testimonio prestado por los funcionarios en el juicio oral, con todas las garantías, relatando las circunstancias y resultado de la diligencia y del ulterior informe pericial practicado.

El acta levantada por el Secretario Judicial constituye el único vehículo que permite la valoración de la diligencia como prueba preconstituida en cuanto a su contenido y la reseña de tomas realizadas o efectos hallados, sin que precise de ratificación alguna por parte de las personas que hubieran intervenido, derivando su función acreditativa de la propia naturaleza a la función organiza atribuida al Secretario Judicial.

Por tanto, la presencia del Secretario es requisito necesario para la validez de esta actuación como prueba preconstituida, pero no para la validez de una diligencia policial, como mero acto de investigación y así al tratarse de meras diligencias de investigación carecen en sí mismas de valor probatorio, aunque se reflejen documentalmente en su atestado policial, por lo que los elementos probatorios que de ellas pudieran derivarse deben incorporarse al juicio oral, mediante un medio probatorio aceptable en derecho: por ejemplo, declaración testifical de los agentes intervinientes debidamente practicada en juicio con las garantías de la

contradicción y la inmediación. En este sentido la STS. 23.11.2001 preciso que la recogida previa de las muestras o vestigios del delito constituye una diligencia policial, que no tiene la naturaleza de prueba constituida y que en la medida que constituye un antecedente necesario del dictamen pericial practicado en juicio, necesita ser incorporado al mismo mediante la comparecencia y declaración de los Agentes que la practicaron.

Respecto a su situación de inconsciencia y falta de asistencia letrada en la toma de muestras, ya hemos señalado la no necesidad de consentimiento para la practica de una diligencia de estas características, y sobre la presencia de letrado, en primer lugar la situación del recurrente no era propiamente la de “detenido” por cuanto se encontraba hospitalizado y operado de urgencia para salvaguardar su propia integridad física y de hecho la toma de muestras se realizó al día siguiente de los hechos, el 2 marzo, y la lectura de derechos el 5 marzo y en segundo lugar, aún tratándose de un detenido la toma de muestras en la forma que se practicó era una actuación inmediata que no exige asistencia letrada, no se trata de una diligencia de reconocimiento de la que debe ser objeto el acusado, y la presencia de letrado no supone un plus de garantía, dado que se trata de una actuación objetiva tendente solo a asegurar que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, no sufra coacción o trato incompatible con la dignidad y libertad de declaración y tenga el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios y no cabe entender que el sometimiento a esta diligencia imponga una forma de autoincriminación, siendo comparable a estos efectos a la toma de huellas dactilares o al test de alcoholemia.

Sentencia 465/2010, Sala de lo Penal del TS, de 13 de mayo de 2010

VULNERACIÓN DEL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Art. 18.3 CE

Ponente: **Excmo. Sr. D. Perfecto Agustín Andrés Ibáñez**

SÍNTESIS

Frente al criterio del Tribunal de instancia se declara vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones a consecuencia del examen policial de los datos grabados en un teléfono móvil hallado en un bolsillo de una cazadora incautada junto con un alijo de droga.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Los recurrentes Juan Antonio y Daniel, por el cauce del art. 5,4 LOPJ, han denunciado la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. En apoyo de esta afirmación se indica que el punto de partida de la investigación policial que llevó a la identificación de los implicados y, al fin, a las condenas producidas en esta causa, fue exclusivamente la toma de conocimiento de las llamadas que figuraban archivadas en la memoria del teléfono hallado en el bolsillo de una cazadora incautada junto con el alijo de hachís abandonado en la playa de Mazagón (Huelva) el 19 de junio de 2002.

Que es así resulta de la propia sentencia, que en el primero de los fundamentos de derecho admite la veracidad de ese aserto de los que recurren, a la vez que niega las consecuencias de ilegitimidad de las interceptaciones que se reclaman, con el argumento de que el modo de proceder cuestionado no habría violado el secreto de las comunicaciones y tampoco el derecho a la intimidad, porque esos datos grabados en el teléfono

no eran constitutivos de las comunicaciones mismas, sino algo equivalente a lo que podría obtenerse del examen de una agenda convencional.

(...)

Pero este criterio es francamente inaceptable, ya por la propia literalidad del precepto del art. 18,3 CE que “garantiza el secreto de las comunicaciones”, un enunciado éste que, en el caso de las telefónicas, no puede reducirse al solo contenido de las que estén produciéndose o en acto, sin que ello suponga limitar seriamente su alcance y re-dimensionar a la baja su campo semántico y su efectividad. Podrá decirse (con STC 123/2002, entre otras) que la garantía constitucional del secreto de aquéllas no se extiende con la misma intensidad a todo lo que implica el acto comunicativo. Pero, desde la conocida sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *caso Malone*, es claro que aquél da cobertura a la identidad subjetiva de los interlocutores, que es por lo que el acceso, in consentido por el titular del teléfono o no autorizado judicialmente, a los listados de las compañías telefónicas —es

obvio que en un momento posterior al de las conversaciones mismas— supone una interferencia en el proceso comunicativo, sujeta a la disciplina del art. 8 del Convenio Europeo. Porque los números marcados son parte de las comunicaciones telefónicas y ponerlos en conocimiento de la policía se opone al derecho garantizado por ese precepto. De este modo, es claro, *ex* STC 123/2002, entre otras: la confidencialidad de las circunstancias o datos externos de la conexión telefónica, como su momento, duración y destino, está constitucionalmente amparada, con la consecuencia de que “la entrega de los listados de las compañías telefónicas a la policía sin consentimiento del titular del teléfono requiere resolución judicial” (en el mismo sentido STC 889/2004).

Pues bien, siendo así, y contra lo mantenido por la sala de instancia y por el Fiscal en su informe, la intervención policial que se contempla supuso una injerencia en el ámbito de comunicaciones por medio del teléfono constitucionalmente amparadas. Además, por las peculiaridades del caso, con comunicaciones ya producidas, es cierto, pero de carácter prácticamente actual, pues estaban inscritas —con aludida “inmediación temporal” que expresivamente señala la Audiencia— en los propios acontecimientos en curso. Y fue una injerencia que permitió a los funcionarios saber de la realidad de las conversaciones, momento de las mismas y de la identidad de uno de los intervinientes. Un tipo de invasión que, no importa insistir, se proyecta sobre “la existencia de la comunicación misma”. Del mismo modo que en el caso de la actuación policial consistente en el acceso al registro de llamadas de un terminal móvil intervenido, supuesto de patente identidad con el de esta causa, que la STC 230/2007 declaró no ser conforme a la doctrina constitucional de que

la identificación de los partícipes en la comunicación queda cubierta por el secreto de las comunicaciones.

Es cierto que en alguna jurisprudencia, así en STC 70/2002, que cita el Fiscal, el Tribunal Constitucional ha admitido alguna reducción del estándar general de garantía. Pero se trata de un género de supuestos —intervención de una carta sin sobre en poder de un detenido por la policía— que nada tienen que ver con el que se examina. Primero, al haber sido allí la intimidad el derecho en juego; y, segundo, porque la *ratio* de la excepcionalidad del tratamiento fue la existencia de una urgencia que no concurrió aquí, cuando la droga ya estaba en poder de la policía y cuando, de todos modos, era inexcusable acudir al juez para instar las intervenciones telefónicas, que no habrían experimentado ningún retraso por el simple hecho de haber puesto directamente a su disposición los teléfonos intervenidos para examen. Por lo demás, es claro que esta última circunstancia, la urgencia, tan fácil de invocar, deberá ser en todo caso objeto de una valoración muy rigurosa, para evitar que pueda convertirse en una suerte de coartada.

Por tanto y como consecuencia, tienen razón los recurrentes, ya que la actuación policial a examen, llevada a cabo de propia autoridad por los agentes, fue una auténtica vía de hecho, constitucionalmente ilegítima, según se ha visto. De una ilegitimidad de raíz que, como tal, se transmitió también a sus efectos, es decir, a la información obtenida por ese medio. Y sabido es que la presunción de inocencia sólo puede ser eficazmente destruida por elementos de válidamente obtenidos.

En definitiva, y por todo, debe estimarse el motivo.

Sentencia 459/2010, Sala de lo Penal del TS, de 14 de mayo de 2010

DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR Y LECTURA DE DECLARACIONES SUMARIALES

Arts. 416.1, 707 y 714 LECrim.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín

SÍNTESIS

Imposibilidad de conceder valor probatorio a las declaraciones sumariales prestadas por quien posteriormente y en el acto del juicio oral hace uso de la dispensa de declarar por razón de parentesco.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

(...) a pesar de no existir ninguna prueba directa más que las declaraciones prestadas por la denunciante ante la Policía y su ratificación en el Juzgado de Instrucción, la Audiencia, tras proceder a la lectura de aquellas en el acto del Juicio, con aplicación del artículo 730 de la Ley procesal, sobre la base de encontrarse ante un supuesto de imposibilidad de práctica de la testifical en el Plenario, toma la decisión de otorgarles valor probatorio y dicta Sentencia condenatoria (...).

(...) procede, por tanto, que analicemos ahora, siguiendo las alegaciones del recurrente y a la luz de la doctrina de esta Sala al respecto, si realmente existe prueba válida bastante para enervar el derecho a la presunción de inocencia que constitucionalmente amparaba a quien resultó condenado en la instancia, teniendo en cuenta, como ya se ha dicho, que el material acreditativo esencial de los hechos objeto de enjuiciamiento lo constituye, según la propia Sentencia recurrida, aquellas declaraciones, policiales y

judiciales, prestadas por la que fuera denunciante, en fase de investigación.

Y en este sentido dos son las cuestiones capitales que han de abordarse, a saber: si, en efecto, tenía la denunciante derecho a acogerse a la dispensa que establece el artículo 416.1 de la Ley procesal y, en segundo lugar, las consecuencias de orden probatorio que de su silencio se derivaban, en concreto acerca del valor que, como consecuencia de tal circunstancia, cupiera atribuir a las declaraciones anteriores al acto del Juicio oral.

1) En cuanto a la primera de tales cuestiones no existe duda ninguna, en nuestro criterio, acerca de la posibilidad de ejercicio por Rosa del derecho a la dispensa de declarar ya que el acusado era su propio esposo, cumpliéndose por tanto las previsiones del artículo 416.1 en relación con el 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (...)

Y como se dijera ya, en idénticos términos, en nuestras Sentencias de 27 de Enero y 10 de Febrero de 2009, anteriores por cierto a la aquí recurrida:

“La libre decisión de la testigo en el acto del Juicio Oral que optó por abstenerse de

declarar contra los acusados, de acuerdo con el art. 707 de la LECr, en relación con el art. 416 de la LECr, es el ejercicio de una dispensa legalmente atribuida, incompatible con la neutralización de su efecto mediante la valoración de la declaración sumarial. No haber hecho uso de esa dispensa en la declaración sumarial no impide su ejercicio posterior en cuanto mecanismo de solución de un conflicto entre deberes que bien puede subsistir y plantearse de nuevo en otra declaración, ni entraña renuncia a optar por la abstención de declarar como testigo en el juicio Oral, entre otras razones porque la distinta naturaleza que corresponde a la declaración sumarial, que no tiene carácter de actividad probatoria, y la que es propia de la testifical en Juicio Oral, que es verdadera prueba idónea para desvirtuar la presunción de inocencia, pone de relieve la posibilidad de usar de diferente manera la dispensa de declarar en testimonios de tan distintas consecuencias, que es lo que está presente en el fundamento de esa dispensa, concedida en función de las posibilidades de perjudicar con la declaración los intereses del pariente procesado o acusado.”

Por consiguiente, no cabe discutir en modo alguno el derecho de la denunciante a ejercer esa dispensa que la propia Ley le otorgaba cuando de él dispuso, sustituyendo una decisión libre y voluntaria de una persona mayor de edad y capaz por criterios de orientación tuitiva, cuando no impropia-mente “paternalistas”, en forma de facultades que el Tribunal se atribuye y que tienden a suprimir la libertad del ciudadano en la disposición y ejercicio de sus derechos.

Máxime cuando ese derecho, según nos recuerda la STS de 22 de Febrero de 2007, no persigue otra finalidad que la de otorgar una dispensa precisamente al propio testigo para que resuelva el conflicto que eventualmente pudiera plantearse entre su deber legal de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad, cuando no afectivo, que le uniera con el acusado.

Advirtamos que es la propia Constitución la que proclama, en su artículo 24.2, que “La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.”

Sin que tal derecho, por otra parte, deba vincularse, según parece sostener la Resolución recurrida, con la subsistencia de los lazos de afectividad o, incluso, con la convivencia (...)

Tras todas estas consideraciones hay que tener en cuenta, no obstante, lo distinto que sería, por supuesto, aquel caso en el que el Tribunal “a quo” apreciase que, como por desgracia en otras ocasiones sucede, la testigo presentaba rasgos o actitudes que hicieran sospechar el que pudiera sufrir amenazas o que, de cualquier forma, se sintiera atemorizada, a cuyo fin debieran adoptarse medidas excepcionales de esclarecimiento de tales circunstancias y, en su caso, de la consiguiente protección para la declarante, pudiéndose encontrar entonces, por tal motivo, justificada la negativa a otorgar valor a su decisión, no plenamente voluntaria, de no declarar.

Pero no siendo en absoluto éste el caso, toda vez que ni la Audiencia hace referencia concreta a ello ni parece compadecerse una tal interpretación con el dato de que la testigo asistiera al acto del Juicio oral, una vez rota ya cualquier clase de relación con el acusado al que manifiesta no haber visto desde la presentación de su denuncia, acompañada de un Letrado por ella designado para su asesoramiento, resulta evidente que la dispensa se ejerció también desde las exigencias de la íntegra capacidad y libertad, necesarias para su plena validez.

A partir de lo anterior, de ningún modo podría tampoco afirmarse la existencia de una verdadera “imposibilidad” de práctica de la prueba testifical en el Juicio, sino más bien la del ejercicio de un derecho legalmente reconocido a la declarante, máxime cuando el Tribunal, de manera inconsecuente con la lógica de su propio criterio ulte-

riormente utilizado (presencia de un supuesto de “imposibilidad de práctica probatoria”), no apercibió formalmente a la testigo de su obligación de declarar, como hubiera sido necesario para afirmar que se agotaron realmente todas las posibilidades de llevar a cabo la práctica de la prueba que, recordemos una vez más, era la esencial de que se disponía para la imposición de unas penas de indudable entidad.

2) Dicho lo anterior, procede ahora elucidar la posibilidad legal de otorgar virtualidad a las declaraciones prestadas por la denunciante ante la Policía, primero, y a su ratificación de las mismas ante el Juez de Instrucción, después.

Dejando al margen la posible discusión, suscitada por el recurrente en el Primero de sus motivos, acerca del valor de lo declarado en sede policial por no haberse realizado a la denunciante la advertencia legal de la inexistencia de la obligación de declarar, cuestión por demás polémica en nuestra doctrina como ampliamente se explica en el Fundamento Jurídico Segundo de la reciente STS de 4 de Marzo de este mismo año, a la que resulta innecesario atender habida cuenta de que consta que dicha advertencia sí que fue correctamente formulada por el Instructor cuando la testigo declara ante él y se reitera en la versión de los hechos previamente ofrecida a la Policía, y teniendo en cuenta que los Jueces “a quibus” cumplieron con el requisito establecido en el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el sentido de dar lectura pública en el acto del Juicio a las declaraciones precedentes, la cuestión se centra, por tanto, en determinar si concurre la condición habilitante para la posibilidad de introducción, en el acervo probatorio disponible para el enjuiciamiento, de ese material obtenido fuera del Juicio y, por ende, sin cumplir con plenitud los principios de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación, que requeriría su práctica íntegra ante el Tribunal que habrá de valorar finalmente el resultado probatorio.

En este sentido, prosiguiendo con lo que ya adelantábamos líneas atrás, hay que volver a mencionar ahora las repetidas Sentencias de 27 de Enero y 10 de Febrero de 2009, cuando en ellas se afirma que:

“Tampoco está legitimada en este caso la incorporación de la declaración testifical prestada en Sumario, a la actividad probatoria del Juicio Oral, por la vía del art. 730 de la LECr. que permite se lean a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no pueden ser reproducidas en el Juicio Oral. Este precepto que otorga eficacia probatoria a una diligencia sumarial exceptuando el principio elemental de que la práctica de la prueba debe hacerse en el Juicio Oral, con plena observancia de los principios de inmediación, contradicción y publicidad, no debe interpretarse extensivamente más allá de lo que exige su propia condición de excepción. Su presupuesto de aplicación es la irreproducibilidad en el Juicio Oral de la diligencia de que se trate, ya sea por razones congénitas —como por ejemplo una inspección ocular practicada durante el sumario— o sea por causas sobrevenidas de imposibilidad de práctica en el Juicio Oral. En este segundo supuesto que incluye los casos de testigos desaparecidos o fallecidos, o imposibilitados sobrevenidamente, es necesario que resulte imposible materialmente la reproducción de la declaración testifical. Por tanto el art. 730 presupone la no comparecencia del testigo que declaró en el Sumario, siendo por ello su declaración irreproducible, lo que no puede decirse que suceda cuando la falta de declaración del testigo en el Juicio Oral es la legítima consecuencia del ejercicio por parte del testigo de un derecho reconocido por la Ley, estando el testigo presente en las sesiones del Juicio Oral. Llamar a esto ‘imposibilidad jurídica’ para justificar la aplicación del art. 730 es un recurso semántico que desvirtúa el precepto, se aparta de su fundamento, desnaturaliza su condición de excep-

ción, y choca contra el legítimo ejercicio de la dispensa de declarar contra un pariente porque se opone al resultado que con ese ejercicio se pretende. Por irreproducible a los efectos del art. 730 debe entenderse lo que ni siquiera es posible por el propio carácter definitivo de las causas que lo motivan; algo que no es predicable del testigo que acudiendo al Juicio Oral opta allí y en ese momento por ejercitar el derecho o no a declarar que la Ley le atribuye (...).

Por otra parte, y a los solos efectos de completar y consolidar una vez más esta doctrina, para evitar cualquier duda al respecto, habrá que insistir así mismo, de nuevo en los mismos términos en los que lo hacen las repetidas SsTS de 27 de Enero y 10 de Febrero de 2009, que:

“Tampoco autoriza la incorporación de la diligencia sumarial el art. 714 que permite la lectura de la declaración prestada en el sumario cuando no sea en lo sustancial conforme con la prestada por el testigo en el Juicio Oral. Precepto justificado para medir la credibilidad de la verdadera prueba que es la del Juicio Oral a través de las explicaciones que el testigo da sobre la contradicción, y que por lo mismo exige como presupuesto que la contradicción se produzca. Es obvio que cuando el testigo pariente dispensado de declarar hace uso de esa facultad y no declara, nada dice en el Juicio Oral y ninguna contradicción se puede apreciar en su silencio, que nada afirma ni niega, respecto a lo declarado en el sumario.”

Por consiguiente, resulta meridianamente claro, con base en todos los anteriores argumentos, que no es admisible la utilización de declaraciones sumariales prestadas por quien posteriormente hace uso, en el acto del Juicio oral, de la dispensa que la Ley le otorga según las previsiones de los artículos 416.1 y 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ni por la vía del artículo 714 (necesidad de aclaración de contradicciones) ni del 730 (imposibilidad de reproducción de

la prueba) de ese mismo cuerpo legal, ya que no se dan los presupuestos legales (existencia de contradicciones o imposibilidad de práctica), de carácter excepcional e interpretación restrictiva, que justifiquen nada menos que el privar al acusado de la realización de las diligencias que le incriminan en presencia del propio Juzgador, con estricto cumplimiento de las garantías del procedimiento.

Ya que, de llegarse a la conclusión contraria, es decir, a la de afirmar la posibilidad de acudir al material sumarial para sustentar el pronunciamiento condenatorio, estaríamos negando a la Defensa, paradójicamente como consecuencia de una decisión adoptada por quien, en principio, abriga el deseo de no incriminar al acusado, la posibilidad del interrogatorio, contradictorio y a presencia del Tribunal, de un testigo esencial y, por ende, impidiéndole disponer de opción tan básica, para las garantías del enjuiciamiento, como la de intentar evidenciar ante los Juzgadores, por medio de sus preguntas, los posibles datos que pudieran desacreditar la credibilidad de la versión ofrecida en la denuncia.

(...)

En definitiva, reconocido, con base en las razones que ya han quedado expuestas, el derecho de la denunciante a eximirse de prestar declaración en el acto del Juicio oral, haciendo uso de la dispensa que al respecto le otorga el artículo 707 de la Ley procesal, en relación con el 416.1 de ese mismo Cuerpo legal, con la clara y voluntaria intención de que sus manifestaciones no constituyan elementos de incriminación contra su esposo, resulta de todo punto evidente que carecería de sentido acudir a lo declarado por ella en la fase de Instrucción como sustento del pronunciamiento condenatorio, no sólo contraviniendo con ello la eficacia del ejercicio de ese derecho, legalmente reconocido, sino, lo que es más, privando de tal modo al acusado, como consecuencia de la decisión de un tercero, de garantías tan básicas para su defensa como la de someter a cuestionamiento la credibilidad de la prueba me-

dian­te el in­terro­ga­to­rio prac­ti­ca­do a pre­sen­cia del Tri­bu­nal que ha de co­no­cer del en­jui­cia­mien­to de los he­chos que se le atri­buyen, máxi­me cuan­do tal si­tuación no tie­ne ca­bi­da en nin­gu­no de los su­pue­stos, exis­ten­cia de con­tra­dic­cio­nes en­tre lo afir­ma­do en la in­ves­ti­ga­ción y lo de­clarado en el Juicio oral ni im­po­si­bi­li­dad de prác­ti­ca de la prueba en di­cho ac­to, que ha­bi­li­tan, con ca­rácter ex­cep­cio­nal y ta­sa­do (arts. 714 y 730 LECr), la po­si­bi­li­dad de va­lo­ra­ción de ma­te­rial pro­ba­to­rio dis­tin­to del pro­ducido con re­gu­laridad, de for­ma oral, pú­bli­ca, con­tra­dic­to­ria e in­me­dia­ta, ante el pro­pio Juz­ga­dor.

Ra­zo­nes to­das las an­te­rio­res por las que, al no exis­tir nin­gu­na otra prueba de cargo en

las pre­sen­tes ac­tuacio­nes de en­ti­dad su­fi­cien­te para el de­bi­do y co­mple­to en­er­va­mien­to del de­re­cho a la pre­sun­ción de ino­cen­cia del re­cu­ren­te, dis­tin­ta de aque­llas de­claracio­nes tes­ti­fi­cales pre­sta­das por la de­nun­cian­te du­ran­te la In­struc­ción de la causa cuya ine­fi­ca­cia se acaba de afir­mar, (...) en su con­se­cuen­cia ha de con­cluirse en la es­ti­ma­ción del mo­ti­vo Se­gun­do del Re­curso, al ha­ber re­sul­ta­do vul­ne­ra­do el re­fe­ri­do de­re­cho fun­da­men­tal y pro­ce­dien­do por ello, sin ne­ce­si­dad del exa­men de los res­tan­tes mo­ti­vos, la ab­so­lu­ción de Di­mas, lo que for­mal­men­te se acor­da­rá en la co­res­pon­dien­te Se­gun­da Sen­ten­cia que, en vir­tud de esta de­ci­sión, se­gui­da­men­te se dic­ta­rá.

Sentencia 478/2010, Sala de lo Penal del TS, de 17 de mayo de 2010

COHECHO IMPROPIO

Art. 426 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz**

SÍNTESIS

En un caso de trascendencia política, el Tribunal Supremo, al rechazar el auto de sobreseimiento libre de la Sala de instancia, interpreta el alcance de la modalidad delictiva prevista en el artículo 426 del Código Penal, conocida como «cohecho impropio». Elude, en cambio, entrar en el tema de la eventual nulidad de las escuchas telefónicas entre abogados y defendido acordadas judicialmente al habersele dado respuesta por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y formar parte de la decisión que, en su caso, adopte el órgano competente para el conocimiento de los hechos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Con carácter previo al estudio de las cuestiones de fondo planteadas

por las acusaciones recurrentes, procede dar respuesta a dos pretensiones de índole formal aducidas por las defensas en sus respectivos escritos de alegaciones.

En la primera de ellas, la defensa del Sr. Jose Pablo viene a solicitar la suspensión de la decisión del presente recurso en tanto no se resuelva por el TSJ de Madrid la petición de nulidad de las actuaciones, en relación con una serie de intervenciones de las conversaciones telefónicas habidas entre los abogados allí designados y sus defendidos, acordadas judicialmente en el seno del procedimiento conocido como “caso Gürtel”. Sin embargo ello ha quedado vacío de contenido desde el momento en que el TSJ de Madrid ya se ha pronunciado expresamente sobre esta cuestión. En cualquier caso, la decisión de fondo (a saber, la nulidad de aquellas actuaciones) que implícitamente pretende unir la defensa a esta petición, no es competencia, en este trance procesal, de la Sala Segunda del TS pues forma parte de la decisión que en su caso adopte el órgano judicialmente competente para el esclarecimiento de los hechos, *ex art. 11.1 LOPJ*.

La segunda incide en la propia recurribilidad del Auto del TSJ valenciano, al no encajar dicha resolución judicial —según las defensas de los Sres. Maximiliano, Carlos José y Fructuoso— entre las susceptibles de impugnación casacional, *ex art. 848 LECrim*. Tampoco esta alegación puede tener acogida, pues la resolución combatida se encuentra entre aquellas susceptibles de recurso de casación: se trata de un Auto dictado en grado de apelación por la Sala de lo Civil y Penal de un Tribunal Superior de Justicia, tal y como preceptúa el art. 848 LECrim, resolución que, a mayor abundamiento, vino a decidir sobre el objeto del proceso con carácter “definitivo”, pues mediante ella el órgano de procedencia acordó el sobreseimiento libre de las actuaciones, al amparo del art. 637.2.^o LECrim, por entender que los hechos sumariales no son constitutivos de delito.

Centran las defensas esta impugnación formal, que a su entender habría tenido que conllevar la inadmisión de plano de los recursos, en que tal resolución incumpliría el presupuesto del último inciso del art. 848.2

LECrim, a saber, que “*alguien se hallare procesado como culpable de los mismos*”. No obstante, una simple lectura del Auto combatido evidencia la concurrencia del mentado requisito, al haber recaído imputación judicial equivalente al procesamiento. (...)

Segundo.—El Ministerio Fiscal y la acusación popular formalizan el primer motivo de casación por infracción de ley *ex artículo 849.1 LECrim*., para denunciar la indebida inaplicación del artículo 426 CP. Considera el Fiscal que yerra el TSJ en la interpretación dada al precepto sustantivo, concretamente, al exigir una relación de causalidad entre la dádiva y la concreta ejecución de un acto en el ejercicio de la función pública. Estima el Ministerio Público que en el artículo 426 CP se tipifican dos conductas diferenciadas y excluyentes entre sí, por cuanto se emplea la conjunción disyuntiva “o” para separar ambas conductas, de forma que la interpretación del TSJ implicaría prescindir sin más de la primera alternativa, citando en apoyo de esta tesis diversas resoluciones de este Tribunal de Casación. Pone igualmente de relieve que el delito investigado tiene naturaleza de peligro abstracto y no de resultado, por lo que no es necesaria la realización de acto alguno por parte del receptor para que el delito exista. También sostiene que las citas jurisprudenciales mencionadas en el Auto recurrido no se ajustan al caso enjuiciado. Por último, discrepa el Ministerio Fiscal del archivo relacionado con Jose Pablo en la medida que no sólo forma parte del Partido, sino que también ostenta cargo público como miembro del Parlamento Valenciano, sin que el artículo 426 citado diferencie la pertenencia al Poder Ejecutivo o al Legislativo.

En similares términos se pronuncia la acusación popular, para la cual tampoco la jurisprudencia de esta Sala exige tal conexión causal, pues estamos ante un delito de peligro abstracto, y no de resultado lesivo, por lo que el TSJ incurre en cierta confusión

al entremezclar ambas cláusulas del art. 426 CP, dejando vacía de contenido la premisa primera (“... *en consideración a su función...*”), que en verdad no exige una determinada contraprestación, no obstante reconocer la resolución judicial combatida que los regalos estaban dirigidos al “*agasajo*” de los receptores “*obviamente para poder contar con su gratitud o con su favor*” (sic). Se citan a tal fin diversas sentencias de esta Sala, en línea con lo expuesto por el Ministerio Fiscal, llegando los recurrentes a la coincidente conclusión de que las citas jurisprudenciales en las que se basa el TSJ en realidad no son aplicables al caso, o bien no dicen lo que parece atribuirles el órgano *a quo*.

Se trata de un motivo por infracción de ley, único que autoriza el artículo 848 LE-Crim., como ya hemos subrayado anteriormente, y por ello debe estarse a la intangibilidad de los hechos, en este caso del conjunto de datos indiciarios del que parte el Tribunal de instancia y que aparecen consignados en el antecedente de hecho cuarto del Auto recurrido, datos que han sido confirmados por el propio Tribunal cuando desestima todos los motivos formulados en relación a la falta de acreditación de los hechos consignados en la resolución que fue recurrida ante el mismo procedente del Magistrado-Instructor.

Tercero.—La Sala de instancia no cuestiona “*la potencialidad de que la entrega de prendas de vestir pueda considerarse dádiva a efectos del delito de cohecho impropio*”. Sin embargo, alcanza su conclusión de la atipicidad de la conducta de los recurridos en base a una delimitación propia del elemento causal consistente en la “... *consideración a su función...*”, que aúna el legislador a la admisión de la “...*dádiva o regalo que le fueron ofrecidos*” a la autoridad o funcionario público que recibe aquéllos. Tras admitir la doble modalidad típica acogida en el artículo 426 CP, argumenta que “*la primera modalidad ha quedado referida a actos propios de su ‘función’, y en conse-*

cuencia a actos propios de la competencia de la autoridad o funcionario”, de forma “*que la necesidad de una valoración in concreto de la relación de causalidad ya no es únicamente tributaria de la segunda modalidad del artículo 426 del Código Penal, sino también de la primera*”. A esta argumentación cabe oponer serias objeciones siguiendo el mismo hilo de las razones aducidas en el fundamento de derecho décimo del Auto recurrido.

En primer lugar, desde la perspectiva histórico-legislativa, no tiene el alcance pretendido en el Auto la sustitución de “*oficio*” por “*función*” de la LO 9/91, que modificó el viejo artículo 390 CP 1973, precisamente lo que permite es alcanzar una interpretación más amplia de este elemento normativo, y añadir el sustantivo “*dádiva*” al de “*regalo*” no deja de ser una redundancia que subraya también la voluntad ampliatoria del Legislador del radio de acción del tipo penal analizado. Función, en su acepción más propia al caso, significa capacidad de acción o acción propia de los cargos u oficios (acepción segunda DRAE), y oficio, ocupación habitual o cargo, por lo que el primero no hace mención a una competencia concreta de la autoridad o funcionario, como parece deducir el Auto, relacionándola directamente con “*la concesión u otorgamiento de contratos u otros actos o, al menos, que aún no estándolo dicha autoridad o funcionario haya procurado que el funcionario a quién sí compete, conceda al donante alguna clase de ventaja, que no fuera injusta, lo cual, como vimos no se ha acreditado*” (sic), de forma que esta disquisición está fuera del contexto típico.

En segundo lugar, la interpretación que subordina la conducta típica a los actos propios de la competencia de la autoridad o funcionario “*in concreto*”, a lo que conduce en realidad es a vaciar de contenido, al menos, la primera de las modalidades del cohecho impropio tipificado en el artículo 426 CP, separándose además de la doctrina de este Tribunal de Casación. Es más, esta interpretación prácticamente haría desapare-

cer el cohecho impropio, saltando desde el cohecho propio del artículo 425 CP a la atipicidad de la conducta cuando no se tratase de “realizar un acto propio de su cargo”. La segunda modalidad del artículo 426 C.P. —“acto no prohibido legalmente”— parece referirse a actos realizados por el funcionario que no pertenezcan en sentido estricto al ámbito de su función. No es este el alcance del artículo citado en último lugar definido por la Jurisprudencia del Tribunal de Casación. Entre las sentencias más recientes, la 362/08, con expresa cita de la precedente 30/1994, precisa “que ‘el término en consideración a su función’; debe interpretarse en el sentido de que la razón o motivo del regalo ofrecido y aceptado sea la condición de funcionario de la persona cohechada, esto es, que sólo por la especial condición y poder que el cargo público desempeñado le otorga le ha sido ofrecida la dádiva objeto del delito, de tal forma que si de algún modo dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo el particular no se hubiere dirigido a él ofertando o entregando aquél”, lo que es cualitativamente distinto que el ofrecimiento que tiene como finalidad la realización de un acto propio del cargo, que precisa al menos la definición del contenido del acto que se pretende, lo que da lugar a los cohechos propiamente dichos.

Cuarto.—En apoyo de su pronunciamiento, equivalente desde el punto de vista procesal al dictado de una sentencia absolutoria, cita el TSJ una serie de resoluciones de esta Sala de Casación. Pero lo cierto es que, como apuntan ambas acusaciones recurrentes, ninguna de ellas sirve de verdadero sustento a la decisión de instancia. Vamos a examinar brevemente el alcance de las sentencias dictadas.

De los AATS 7784/2007, de 1 de junio, y 12929/2007, de 27 de septiembre (causa especial n.º 20637/2006), el primero de ellos rechazó a *limine* la querella presentada contra la Presidenta del Tribunal Constitucio-

nal, viniendo el segundo a desestimar el posterior recurso de súplica contra el anterior. Los hechos se ceñían en este caso a la aceptación de un premio por importe de 30.000 euros, habiendo procedido esta Sala a acordar el archivo de plano de la querella al haber constancia de que tal dádiva, ofrecida públicamente por la entidad convocante y recibida de igual modo por la beneficiaria, de ningún modo guardaba relación con la función pública referida, siendo así que de forma patente constituía, única y exclusivamente, un homenaje a su previa trayectoria académica y profesional, desvinculada así de su condición pública como miembro del TC. Tales elementos hacen que dicho supuesto no guarde similitud alguna con el aquí examinado, en el que, como afirman las acusaciones recurrentes, los regalos de las prendas de vestir aparentemente se hicieron de forma repetida, con aparente opacidad y sin que en este momento conste otra justificación que la atención a la función pública desempeñada por sus perceptores.

El ATS de 02/02/2009, también mencionado por el TSJ dictado en la causa especial n.º 20296/2008, tampoco resulta aplicable al caso: en el mismo se acordó la inadmisión a trámite de la querella presentada contra un magistrado por presuntos delitos de cohecho del art. 426 CP y de prevaricación del art. 446.3.º CP. La Sala Segunda rechazó que, según la documentación hasta entonces obtenida, existieran indicios suficientes de que el patronazgo por una entidad bancaria de las actividades docentes del magistrado en el extranjero estuviera vinculado a cualquier tipo de comportamiento del aforado en su condición de titular de un Juzgado Central de Instrucción. El mentado Auto de 02/02/2009, por ello, ninguna similitud guarda con el caso examinado, no sólo desde el punto de vista fáctico, sino tampoco desde el jurídico, pues se limita a transcribir lo a su vez afirmado por la STS 102/2009, que no hace otra cosa que confirmar una interpretación del artículo 426 CP, que separa ambos incisos del precepto,

siendo éste el entendimiento común de esta Sala de Casación, conforme al cual en el cohecho pasivo impropio se distinguen dos conductas diferentes, cuales son la entrega de la dádiva “*en consideración a la función*” y la entrega dirigida a conseguir del mismo la ejecución de “*un acto no prohibido legalmente*”, como ya hemos señalado más arriba.

Siguiendo con nuestro análisis jurisprudencial, la aislada referencia a la STS 923/2009, de 3 de febrero, que contiene el Auto combatido debe entenderse como un simple error, pues ninguna resolución de esta Sala cuenta con dicha referencia, y más parece que quiera referirse, por su fecha, a la STS 102/2009 a la que acabamos de referirnos, que centra su análisis doctrinal en la modalidad típica del art. 419 CP para limitarse a excluir la aplicación del art. 426 CP por no concurrir sus caracteres desde la óptica del hecho probado. Tampoco resulta, pues, ejemplificadora como resolución que hubiere de exigir ese rasgo finalístico a la entrega de la dádiva para la ejecución de un acto no prohibido sobre el que gira la decisión del TSJ.

En cuanto a la STS 362/2008, asimismo citada, reproduce la doctrina ya vista, que a su vez es trasunto de la STS 30/1994, la cual simplemente vincula la entrega de la dádiva a la especial posición y poder que dimana del cargo público desempeñado por el receptor, lo que efectivamente parece ser traducible al caso de autos.

Tampoco la STS 2115/1993, dictada en el ámbito del anterior Código Penal, abona la tesis de causalidad defendida por el órgano de instancia, pues el entonces artículo 390 —al igual que el actual art. 426— distinguía disyuntivamente entre la aceptación de regalos por el funcionario público “*en consideración a su oficio o para la consecución de un acto justo que no deba ser retribuido*”, y en este sentido se pronuncia dicha sentencia al afirmar que “*(...) el tipo del artículo 390 se circunscribe a la admisión de*

regalos, bien en consideración a su oficio, o para la consecución de un acto justo que no deba ser retribuido. Deben comprenderse en él no sólo los ofrecidos en atención a las cualidades que definen el correspondiente oficio, sino también en los supuestos en que los regalos fueron presentados en atención a actuaciones que el funcionario haya llevado a cabo o pueda realizar en el futuro”, de modo que en el cohecho pasivo impropio la entrega del regalo “*(...) se realiza para conseguir un acto, tanto si dicho acto lo ha de realizar el funcionario a quien se efectúa la entrega, como si ha de llevarlo a cabo otro funcionario*”.

Restan por analizar las SSTs 378/1995 y 709/1994, asimismo reflejadas en el Auto recurrido. En relación con la primera, de nuevo estamos ante diferentes supuestos fácticos, vinculado este caso además a la anterior redacción del cohecho pasivo impropio: en dicha resolución se confirma la condena de un funcionario que sugirió a un tercero la confección y entrega de una dádiva, consistente en un abrigo de piel para su esposa sin ningún coste para el autor, lo que fue aceptado por dicho tercero “*por creer que, de no hacerlo así, no le serían concedidos en lo sucesivo nuevos cursos de formación subvencionados por el INEM*”, competencia que tenía atribuida el receptor del regalo en cuestión; es evidente que tal conducta delictiva ninguna relación guarda con la modalidad de cohecho aquí examinada, en la que los beneficiarios de las dádivas no serían los promotores de su solicitud y no habría conexión alguna con la realización de actos concretos. A igual conclusión nos lleva el estudio de la STS 709/1994, que analiza un cohecho continuado del entonces art. 386 CP, precepto que tampoco tiene ninguna vinculación con el que es objeto de autos y, en todo caso, habría de tenerla con el actual art. 420 CP, pues aquel precepto sustantivo requería la solicitud, aceptación o promesa por el funcionario público, por sí o por persona intermedia, de dádiva o presen-

te “*por ejecutar un acto injusto relativo al ejercido de su cargo, que no constituya delito, y que efectivamente lo ejecutare*”, es decir, la comisión de un acto injusto mediante la entrega o recepción de dádiva o promesa, realizado por persona que ostente la condición de funcionario público y, además, que dicho acto guardara relación con el ejercicio del cargo desempeñado, esto es, una actividad situada dentro del marco de las competencias legales o reglamentarias inherentes a la función pública.

La jurisprudencia citada no abona, por lo tanto, la relación causal defendida por la Sala de lo Civil y Penal, sino —más bien al contrario— que para el cohecho pasivo impropio basta con la aceptación de un regalo entregado en consideración a la función o cargo desempeñado.

Quinto.—De lo anterior tampoco se desprende que deba seguirse “*una valoración automática o genérica de la concurrencia de dicha relación de causalidad*”, como bien afirma el Auto recurrido (apartado sexto del fundamento décimo). En efecto, nuestra Jurisprudencia, ha exigido como elemento del cohecho pasivo impropio una conexión causal entre la entrega de la dádiva o regalo y la función pública de la autoridad o funcionario, de forma que la única explicación plausible del regalo o dádiva sea la condición de tal del sujeto. De esta forma deben descartarse desde luego aquellas consideraciones que no sean las propias de la función en el sentido expresado más arriba. Pero no debe excluirse del nexo causal la función que se integra dentro del círculo de influencia que puede desplegar potencial-

mente el titular de aquélla por razón de la misma, es decir, la integración en un órgano de gobierno donde existen múltiples funciones y competencias interrelacionadas o interdependientes que están sujetas evidentemente al rango y posición en el propio órgano de las autoridades o funcionarios sujetos pasivos de la dádiva o regalo. No podemos olvidar cual es el bien jurídico protegido por el delito de cohecho en general, que no es otro que preservar la apariencia de imparcialidad, neutralidad y sujeción a la ley en el ejercicio de la función, es decir, que objetivamente no sea susceptible de reproche el modo o forma de ejercer las funciones públicas con arreglo a la norma cultural vigente en una sociedad regida por las reglas del estado de derecho. Cuestión distinta es la cuantía, proporcionalidad o dimensión de la dádiva o regalo y su adecuación a los usos sociales, criterio que debe servir de medida para corregir desproporciones evidentes. Sin embargo, partiendo de los hechos indiciarios constatados, la Sala de instancia en este momento procesal no ha cuestionado “*la potencialidad de que la entrega de prendas de vestir pueda considerarse dádiva a efectos del delito de cohecho impropio*”, cuestión de la que el Auto no se ocupa especialmente.

La precedente doctrina es aplicable a los Sres. Maximiliano, Carlos José y Fructuoso, teniendo en cuenta las funciones respectivamente desempeñadas por ellos en el Gobierno autonómico, como Presidente de la Generalidad valenciana, ex Vicepresidente del Consell de la Generalidad valenciana y ex Jefe de Gabinete de la Consellería de Turismo de la Generalidad valenciana.

Sentencia 227/2010, Sala de lo Penal del TS, de 20 de mayo de 2010

ABONO DE PRISIÓN PROVISIONAL

Art. 58 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer

SÍNTESIS

Se vuelve de nuevo sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008, de 28 de abril, aplicándola, pero señalando sus inconvenientes, que han motivado incluso la reforma del Código Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

2. La Audiencia Nacional, tras exponer con detalle los antecedentes del caso, en el fundamento de derecho único del Auto recurrido, resuelve el núcleo de la cuestión planteada, es decir, el alcance que debe darse al mandato legal del artículo 58.1 C.P. Para ello parte de la sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008 siguiendo “la argumentación contenida en el fundamento 7” de la misma, razonando que solo en aquellos casos en que se de “una efectiva y real afectación de la situación del penado por la coincidencia de preso preventivo, perjuicio y no simple alegación de pérdida de expectativas de derecho a beneficios o recompensas penitenciarias que debe concretarse por la parte o quedar evidenciada en la ejecutoria para que se llegue al doble cómputo que en su fundamento 6 aquella sentencia entiende imponerse por una interpretación literal del artículo 58.1...”, de forma que “...

solo cuando se produzca el perjuicio por pérdida de beneficios o recompensas se dará el doble cómputo de cumplimiento en una causa y de prisión provisional abonable como cumplimiento en otra”, y como este no es el caso, sin que ni siquiera se alegue tal perjuicio, debe ser excluido del abono el lapso de tiempo en que coinciden la prisión provisional y el cumplimiento de la pena.

Y, además, añade que “así las cosas, no procede acceder a la pretensión de doble abono interesada por la defensa, pues, en el caso que nos ocupa, ni se alega y, menos se acredita, el real perjuicio que pudiera haber derivado al penado por concurrir en él la doble condición de preventivo y penado, y no sólo eso, sino que es difícil pensar que tuviera derecho a algún beneficio, si, como se constata de la documentación remitida por el Centro Penitenciario, hay más de 12 años de interrupción en el régimen de cumplimiento de la pena que se encontraba cumpliendo en la ejecutoria 60/88 de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Madrid

(entre el 23/4/1992 y el 30/7/2004), que sólo tiene explicación si el mismo se ha fugado a la acción de la justicia, fuga que, precisamente, tiene fin coincidiendo con la prisión preventiva que se acordó en la presente causa”.

3. Frente a lo anterior debemos oponer que un argumento “*a fortiori*” no puede constituir la fuente exclusiva de la interpretación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el caso, teniendo en cuenta que el fundamento séptimo tiene como objeto responder a argumentos esgrimidos en los autos recurridos en el caso y expresamente manifestados por el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones ante el propio Tribunal Constitucional, desgranando éste determinados preceptos de la normativa penitenciaria que pueden discriminar la situación del preso preventivo que también está cumpliendo como penado, concluyendo con carácter general y fuera del caso concreto que “no puede sostenerse que el preso preventivo, que cumple a la vez condena, no está “materialmente” en situación de prisión preventiva, o, en otros términos, solo padece una “privación de libertad meramente formal”.

De aquí se desprende que no es posible establecer como “ratio” de la decisión la existencia concreta y probada de un perjuicio penitenciario, lo que además se desprende, como ahora veremos, del conjunto de la sentencia, cuyas claves podemos sintetizar en los siguientes puntos:

a) El eje determinante de la misma gira en torno a la vulneración del derecho fundamental a la libertad, por haber podido estar privado de ella el condenado fuera o al margen de los requisitos legales.

b) La STC sienta el principio de aparente igualdad que cumple la prisión provisional y la pena de prisión, bajo la idea de que una misma circunstancia, privación de libertad, cumple materialmente una doble función, no obstante reconocer la diferente naturaleza o funcionalidad de ambos institutos.

c) La ausencia de expresa previsión legal de esta situación, lo que no se considera un mero “olvido” del legislador, sino una expresa voluntad de no excluir tal posibilidad de un doble cómputo.

d) El diferente tratamiento penitenciario de ambas situaciones.

e) Como corolario de todo lo anterior establecer la consecuencia esencial, que es la clave de la sentencia, de que carece de cobertura legal la decisión de no abonar al penado en su totalidad el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente en la misma causa en la que luego fuera condenado.

Recuerda el Tribunal Constitucional que “el derecho a la libertad puede resultar conculcado, tanto cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la ley, como cuando se proceda contra lo que la misma dispone”, no siendo excluible “una lesión del artículo 17.1 CE, si no se procede tal y como ordena el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal”. Igualmente, añadimos nosotros, tampoco sería aceptable que en estos casos la carga de la prueba de la vulneración del derecho fundamental a la libertad pese sobre el condenado teniendo que justificar su discriminación penitenciaria en base a la normativa que rige este ámbito de sujeción de la persona al Estado, además de no ser posible su previsión anticipada.

Efectivamente, la STC 57/2008, que es sucesora de las SSTC 19/1999 y 71/2000, establece como consideraciones generales que la prisión provisional como medida cautelar de naturaleza personal, teniendo en cuenta su finalidad primordial y la distinta funcionalidad que tiene en relación con la pena, “permite, sin ninguna violencia lógica, que un mismo hecho (la privación de libertad), cumpla materialmente una doble función, sin que, por ello, y en lo que concierne a la primera, pueda negarse su realidad material, ni alterarse la normal aplicación de su límite temporal”, añadiendo del hecho de que “el tiempo de privación de libertad, sufrido por la prisión provisional, se

abone en su totalidad para el cumplimiento de la pena, no se deriva, a modo de una consecuencia lógica necesaria, la de que el tiempo de cumplimiento de una pena, impuesta en una causa distinta de la que se acordó la prisión provisional, y coincidente con dicha medida cautelar, prive de efectividad real a esa medida cautelar”.

Por otra parte, es explícita la relación del hecho de la privación de libertad y el derecho fundamental a la misma proclamado en el artículo 17.1 CE, afirmándose en el fundamento jurídico segundo de la sentencia que analizamos que la cuestión que se suscita (en el caso examinado que coincide con el presente) “se contrae a determinar si ha resultado vulnerado el derecho del recurrente en amparo a la libertad (artículo 17.1 CE), por no haberle sido abonado la totalidad del tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente para el cumplimiento de la pena impuesta en una misma causa”.

Recordando el Tribunal Constitucional lo anterior, a partir de este planteamiento, llega a la conclusión (fundamento jurídico octavo) que carece de cobertura legal “la decisión de no abonar al recurrente en amparo en su totalidad el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente... para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta en la misma causa... lo que ha supuesto un alargamiento ilegítimo de su situación de privación de libertad, lesivo, por lo tanto, del artículo 17.1 CE “. La sentencia refuerza y cierra lo anterior con un argumento extraído de la propia literalidad del artículo 58.1 CP, cuando dice en el fundamento jurídico sexto, que “si el legislador no incluyó ninguna previsión respecto a dicha situación en el artículo 58.1 CP y, en concreto, el no abono del tiempo en el que simultáneamente han coincidido las situaciones de prisión provisional de una causa y de penado en otra, es sencillamente porque no quiso hacerlo”.

Este es el alcance de la lectura de la sentencia invocada por el recurrente y aplicada solo parcialmente por la Sala de instancia.

Es cierto que no declara la inconstitucionalidad, ni podría hacerlo, del precepto sustantivo, pero se trata de una sentencia interpretativa que no se contrae a proclamar la vigencia de un derecho subjetivo, sino que fija la lectura constitucional de un precepto del Código Penal excluyendo otras como contrarias al derecho fundamental a la libertad. Por todo ello debe ser el legislador, como resulta de la redacción contemplada en el último proyecto de Ley Orgánica (121/000052) que modifica el Código Penal (ver también el Capítulo IV de la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2009), quien debe dar una nueva redacción al artículo 58.1 CP para salvar el supuesto de coincidencia de privación de libertad provisional con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa. El Tribunal Constitucional no prejuzga bajo otra redacción del precepto que una solución distinta impuesta por el legislador vulnere el derecho fundamental a la libertad.

4. Por todo ello, en la medida que la Audiencia Nacional ha aplicado al caso la doctrina constitucional vigente sobre la materia de forma parcial, el recurso debe ser estimado en su doble motivo, toda vez que de la información facilitada procedente de las ejecutorias de referencia, el recurrente estuvo en prisión provisional por una de las causas, a la vez que cumpliendo una condena privativa de libertad en la otra, a partir de fecha determinada..

Segundo.—No obstante la estimación del recurso en los términos antedichos, por aplicación al caso de la doctrina emanada de la STC 57/08, es posible advertir en la misma —como ya tuvimos ocasión de expresar en nuestra sentencia STS n.º 1391/2009, de 10 de diciembre— una faz no explícita que puede afectar a los principios *de seguridad jurídica, igualdad, proporcionalidad e incluso a la buena fe procesal*. Es cierto que ha de convenirse con la sentencia mencionada que el artículo 58 CP ni en su redacción originaria ni en la vigente se detiene a dar

respuesta, pese a su frecuente acaecer en la labor diaria de los tribunales, a la posible concurrencia simultánea de penas y medidas cautelares privativas de libertad que hayan supuesto el ingreso del sujeto en un centro penitenciario. Ahora bien, que dicha omisión necesariamente conduzca a un ajuste estricto a la literalidad del precepto es discutible, de forma semejante a lo que ya sucediera con la STC 237/05, respecto del artículo 23.4 LOPJ y la competencia de los tribunales españoles en materia de justicia universal, corregida posteriormente por el legislador.

En relación con el *principio de seguridad*, la doctrina constitucional de la sentencia aplicada puede afectarle en una doble medida:

1) Por la ausencia de certeza que genera tal computación a la hora de prever las consecuencias sancionadoras de los actos punibles, con introducción de un factor aleatorio no expresamente previsto por el legislador en el art. 58 CP.

2) Por producir idéntica falta de previsión respecto de la concreta extensión del período de ingreso en prisión que haya de cumplir quien simultáneamente ostente la condición de reo y de preso preventivo, al hacer depender dicha duración de una eventual coincidencia —o carencia de la misma— entre dos prisiones, de las que al menos una sea preventiva o provisional, incluso siempre y cuando hayan sido acordadas en diferentes procedimientos, lo que a su vez depende de extremos inciertos, como el mayor o menor rigor con el que se apliquen las reglas de conexidad (arts. 17 y 300 LE-Crim.) el tiempo en que las causas vayan llegando a sentencia firme, la coordinación entre juzgados, etc. Todo ello, llevado a sus últimos extremos, puede llegar a producir supuestos en los que no haya de cumplirse pena alguna si el tiempo pasado en prisión preventiva por una de ellas, computado doblemente, hace inoperante las condenas finalmente impuestas por las diversas causas que el reo tuviere pendientes y que hubieren

sido objeto de enjuiciamiento y fallo condenatorio. Tal resultado puede provocar “de facto” situaciones de impunidad o, incluso, de “vaciamiento” —como afirma la Fiscalía General del Estado en la Memoria del año 2009— de las condenas, sin necesitar que haya existido un período de privación de libertad realmente equivalente a la reducción total de la pena.

Por lo que hace *al principio de igualdad*, porque se ven más favorecidos, gracias a ese efecto multiplicador, precisamente aquellos reos que más delitos y más largas penas acumulen, frente a quienes, en el extremo opuesto, delincan una sola vez y, por no haberse dictado respecto de ellos medida cautelar restrictiva de la libertad, no obtengan reducción alguna, por este título, de sus condenas. También pueden ocasionarse consecuencias discriminatorias incluso respecto del pluri-reincidente en sí mismo considerado, ya que serían doblemente computables los períodos que hubiere pasado en prisión preventiva, pero no los de cumplimiento efectivo de condena, todo lo cual puede colisionar a su vez con el principio de proporcionalidad de las penas.

Igualmente, se presenta el riesgo de que, con torcimiento del derecho aplicable, surjan en la práctica pautas que inciten al decaimiento de la *buena fe procesal* en favor del fraude de ley. Así, puede resultar que, en la práctica forense, un imputado con diversos procedimientos penales por delitos abiertos en su contra, en la comparecencia de prisión se mostrara favorable, a través de su letrado, a la adopción de la medida cautelar personal para obtener de este modo un adelanto “doble” del cómputo de pena o bien, “contrario sensu”, una vez acordada la medida, no procediera el letrado defensor a solicitar con posterioridad la libertad provisional de su defendido, con idéntica y subrepticia finalidad, pese a poder concurrir los presupuestos que hubieren de abonar el alzamiento de la medida cautelar.

También podría optarse por interponer múltiples recursos meramente dilatorios y ajenos a la medida cautelar para prorrogar

indebidamente el desarrollo del proceso de quien “se sabe condenado” por el abundante material probatorio que lo inculpa y que, de hecho, justifica el mantenimiento de la prisión provisional, dilatando así en el tiempo la firmeza de la sentencia (en lugar de optar, por ejemplo, por mecanismos legales como la conformidad), con la perniciosa finalidad de lograr ese doble cómputo más beneficioso para sus intereses. Podría asimismo defenderse torticeramente la división de la contienda de la causa, pues al hablar el art. 58 de “varias causas”, de nuevo favorecería al sujeto que presuntamente ha cometido varios delitos su enjuiciamiento y decisión en diferentes procedimientos, en lugar de en uno solo, con idéntica finalidad de permitirse un ulterior doble cómputo en las penas de prisión impuestas.

La misma línea de desconexión se podría postular para los expedientes de refundición de condenas, al resultar “de facto” más beneficioso para el reo el doble o triple abono de la prisión preventiva que la aplicación de las reglas del art. 76 CP. En sentido inverso, dado que el art. 505 LECrim. sólo autoriza a que sea alguna de las partes acusadoras (Ministerio Fiscal y/o acusaciones particulares) quien interese la medida cautelar de prisión provisional, podría darse el supuesto de que el ya ingresado en prisión por otra causa no fuera puesto en prisión preventiva respecto de otra aún pendiente (por no interesar dicha comparecencia la parte procesal competente, o bien por no acordar tal medida el órgano judicial, pese a resultar procedente) para evitar que “fuesen corriendo los plazos” en todas ellas a través del tan citado cómputo múltiple: sorprendentemente, tal comportamiento favorecería la más pronta puesta en libertad del sujeto cuanto más peligroso fuera, en abierta oposición a los fines que inspiran la medida cautelar de prisión provisio-

nal, según se desprende de los arts. 502 y ss. de la LECrim. Así las cosas, esta interpretación provoca la creación de “facto”, de un beneficio penitenciario no previsto precisamente por el legislador, con clara incidencia en materia de ejecución de condenas y con efectos incalculables e imprecisos, al quedar el licenciamiento definitivo al albur del caso concreto, quebrando el principio de legalidad en materia penal y penitenciaria.

Esta Sala de casación debe reiterar el contenido del Acuerdo alcanzado por la misma en su reunión plenaria de 20/02/08, especialmente en su apartado relativo a que la previsión del artículo 123 CE: “tiene como misión preservar el debido equilibrio entre órganos constitucionales del Estado —en este caso, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo— para asegurar el adecuado funcionamiento de aquél”. Así pues, ha de convenirse con la Fiscalía General del Estado en el excesivo alcance que la visión del artículo 58 CP postulada en la sentencia del Tribunal Constitucional puede producir en la práctica penal, y como ya sucediera en otras materias, como la referida al principio de justicia universal, o la misma prescripción, es razonable que el legislador en el reciente Proyecto de Ley Orgánica que modifica el Código Penal introduzca la reforma del artículo 58 para eliminar cualquier duda sobre la cuestión, proponiendo expresamente como redacción a dar al inciso primero que *“el tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella”*.

Sentencia 481/2010, Sala de lo Penal del TS, de 21 de mayo de 2010

APROPIACIÓN INDEBIDA DE DINERO

Art. 252 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín

SÍNTESIS

Se insiste en la tesis de que el delito de apropiación indebida comprende también la modalidad de la gestión desleal del patrimonio ajeno, aunque no haya prueba de incorporación del dinero gestionado al propio patrimonio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—El motivo tercero entra en el fondo de la cuestión por estimar, indebidamente aplicado el artículo 252 del Código Penal, que tipifica el delito de apropiación indebida. Lo analizaremos junto con el motivo cuarto que denuncia la vulneración de la tutela judicial efectiva y la presunción de inocencia para llegar a la mencionada conclusión.

1. Comenzando por el motivo cuarto, que en realidad, se solapa con el tercero, ya que dedica todos sus esfuerzos a disentir de la valoración que realiza la sentencia, en relación con la calificación de sus obligaciones jurídicas asumidas a partir de la firma de escritura del préstamo. Insiste en que se trata de relaciones de carácter civil que, por el principio de intervención mínima, que consagra el Derecho penal, carecen de carácter delictivo. Mantiene que para la aplicación del tipo penal es necesario ostentar la condición de administrador que se concreta en una relación especial que no se deduce o desprende de la relación de hechos probados. En términos castizos sostiene que se trata de un simple “*mandao*”. Discrepa de

la valoración probatoria que la sentencia realiza en los fundamentos de derecho. Entremezcla la tutela judicial efectiva con la inexistencia de prueba para atribuirle la condición de administrador. Se puede disentir de los razonamientos e incluso apurar, de forma contradictoria, la existencia de prueba. Los hechos probados son la consecuencia de este proceso y el propio recurrente los admite en su redacción material pero, como decimos, todo se centra en si existe base para considerarle de hecho como administrador.

2. El motivo tercero es la clave del recurso al mantener que el hecho probado no facilita datos para considerarle administrador. Sinteticemos el relato para proceder a su examen desde el punto de vista estrictamente jurídico. El acusado firmó escritura de préstamo y constitución de hipoteca a favor de los cónyuges denunciante. Las condiciones de la operación son claras. El acusado debía entregar a los denunciante la cantidad de 91.000 euros, estando autorizado a la retención de 40.174 euros para depositar en una entidad bancaria con el objeto de cancelar un préstamo personal de los denunciante y que ya había dado lugar a una

ejecución judicial en un Juzgado de Primera Instancia.

3. El acusado no hizo efectivo el pago al que se comprometió causando un evidente perjuicio a los denunciante al no haberse cancelado el préstamo lo que ha motivado la ejecución judicial con los correspondientes intereses y gastos. La sentencia recuerda acertadamente las diversas modalidades de actuación que permiten configurar la existencia de un delito de apropiación indebida. La más clásica es la que comete el poseedor a título de préstamo, comisión o administración o por cualquier otro que le genere una relación posesorio temporal y la obligación de restituirla o devolverla a sus legítimos titulares con los que había adquirido el compromiso. En todos estos casos se trata de cosas muebles, pero ello no excluye la existencia del delito en el caso de la persona que gestiona un patrimonio dinerario ajeno en virtud de convenio con sus titulares y con obligaciones específicas de gestión o administración o mandato que lejos de atenderlas, las incumple conscientemente con el ánimo de procurarse un lucro propio y perjuicio ajeno.

4. En este supuesto nos encontramos ante una gestión desleal que presenta similitudes con el delito de administración desleal aunque éste exige una actuación en el seno

de una entidad societaria y que se realice por un administrador de hecho o de derecho que causa un perjuicio a los intereses sociales. Si nos atenemos a los términos del relato fáctico nos encontramos ante una persona que se encarga de la gestión de negocios e intereses ajenos sin un mandato formalmente establecido pero que origina obligaciones semejantes a las de cualquier administrador que nunca ha adquirido la titularidad del dinero ni siquiera a título de préstamo ya que su obligación estaba clara, destinar una determinada cantidad a la amortización de deuda que los acusados tenían con una entidad bancaria.

5. El acusado entregó en metálico parte del préstamo obtenido por los denunciante, pero su obligación específica contraída era la de entregar otra cantidad (41.174 de euros) a una entidad bancaria para evitar una ejecución judicial y sus consecuencias perjudiciales. El acusado ha actuado con absoluta infidelidad y, aunque no se ha demostrado que el dinero haya pasado materialmente a su patrimonio de forma contable documentalmente, no impide calificar su conducta como apropiación indebida por gestión desleal y consiguiente beneficio propio, ya que no es contrario a las reglas de la lógica que dicha cantidad que no llegó al destino pactado, la hizo propia el acusado.

Sentencia 510/2010, Sala de lo Penal del TS, de 21 de mayo de 2010

PROSTITUCIÓN

Arts. 16 y 187 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro**

SÍNTESIS

El delito de favorecimiento de la prostitución, como de simple actividad, no admite tentativa. Por otra parte, el cliente puede ser sujeto activo de este delito.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Preliminar.—(...)

Los hechos que han sido objeto de la condena se resumen en que el acusado, haciéndose pasar por un tal “Cachas”, contactó telefónicamente el día 29 de julio de 2007 con la denunciante, de 14 años de edad, ofreciéndole trabajar como cuidadora de un supuesto hijo de 3 años. A tales efectos, la convenció para que acudiera la tarde de ese mismo día a su domicilio, sito en la c/ [...], de La Felguera. Cuando llegó Andrea al piso del acusado, éste le dijo que realmente tenía a otra chica “medio contratada” pero que podía ganar dinero de “otra manera”. Le ofreció entonces 400 euros, que le exhibió en ese momento, por mantener relaciones sexuales con él, a lo que ella se negó, ofreciéndole entonces el acusado 50 euros a cambio de la ropa interior que ella llevaba puesta. Andrea también se negó y expresó su deseo de abandonar la vivienda, dirigiéndose a la puerta, pero no pudo abrirla por haber sido cerrada por el acusado con la retirada de llaves. Regresa al salón y el acusado insiste en darle dinero, esta vez por verla desnuda y por la entrega de su ropa interior, volviendo Andrea a pedirle que la dejara marchar. El acusado le abrió a continuación la puerta a la vez que le manifestaba que la llamaría si fallaba la otra persona y que nada contara de lo sucedido.

(...)

2. Tres cuestiones jurídicas se suscitan en el presente caso: la posibilidad de que el delito de inducción de una menor a la prostitución sea ejecutado por la misma persona que pretende realizar el acto sexual y no por un tercero; la exigencia de reiteración en la conducta del autor con el fin de que sus actos afecten a la indemnidad sexual de la menor, bien jurídico que tutela la norma penal; y, por último, la posibilidad de que se aprecie el delito en fase de tentativa.

En cuanto a la primera cuestión, es sabido que esta Sala aprobó en el Pleno no jurisdiccional de 12 de febrero de 1999 la siguiente propuesta interpretativa: “Debe examinarse en cada caso, atendiendo a la reiteración de los actos y a la edad más o menos temprana del menor, si las actuaciones de los “clientes” inducen o favorecen el mantenimiento del menor en la situación de prostitución. En este sentido, en los casos de prostitución infantil, jóvenes de 13, 14 o 15 años, ha de considerarse ordinariamente la relación sexual mediante precio como punible, con independencia de que el menor ya hubiese practicado la prostitución con anterioridad, pues a esa edad tan temprana, el ofrecimiento de dinero por un adulto puede considerarse suficientemente influyente para determinar al menor a realizar el acto de prostitución solicitado”.

Dos factores por tanto consideró determinante esta Sala en el referido acuerdo para la subsunción de la conducta del cliente en el tipo penal: el de la reiteración de los actos sexuales sobre la persona del menor y la edad de éste.

Con respecto al apartado de la edad, al que la jurisprudencia de esta Sala ha dedicado especial atención, se acoge como dato relevante en la sentencia 761/2008, de 13 de noviembre, que los hechos comenzaran a ejecutarse cuando los menores contaban con 15 y 13 años, edad en la que la personalidad se está formando particularmente en el área del desarrollo sexual.

En la sentencia 1263/2006, de 22 de diciembre, se afirma que “la repetición de conductas de naturaleza sexual con un menor de edad, en el caso de catorce años, a cambio de dinero, concebido no ya como premio sino como retribución previamente convenida, debe valorarse ordinariamente como constitutiva de actos que inducen al menor a la prostitución, o al menos favorecen esa dedicación, en cuanto que para su escasa edad le sitúan ante la posibilidad

efectiva de obtener un beneficio económico mediante el intercambio de sexo por dinero, con la consiguiente afectación de su dignidad personal y del desarrollo libre y completo de la faceta de su sexualidad como persona”.

Y en la sentencia 1207/1999, de 7 de abril, se argumenta que “debe examinarse en cada caso (atendiendo a la reiteración y circunstancias de los actos y a la edad más o menos temprana del menor) si las actuaciones de los “clientes” inducen o favorecen el mantenimiento del menor en la situación de prostitución. En este sentido en los casos de prostitución infantil (joven de 15 o menos años de edad), ha de considerarse ordinariamente la relación sexual mediante precio como acción de inducción o favorecimiento subsumible en el art. 187.1.º, máxime cuando se trata de relaciones reiteradas, con independencia de que el menor ya hubiese practicado la prostitución con anterioridad, pues a esa edad tan temprana el ofrecimiento de dinero por un adulto puede considerarse suficientemente influyente sobre la voluntad del menor para determinarlo a realizar el acto de prostitución solicitado, estimulando y arraigando su dedicación a dicha actividad”.

3. En lo que respecta a la posible tentativa del delito, puesta en relación con el tema de la reiteración de los actos contra la indemnidad sexual, conviene subrayar que la sentencia de este Tribunal 152/2008, de 8 de abril, se pronuncia en el sentido de que el delito previsto en el art. 187 del C. Penal, a diferencia del delito del art. 188, es un delito de mera actividad, pues los verbos “inducir”, “promover”, “favorecer” y “facilitar” denotan “conductas que, aun estando orientadas a la consecución de un determinado propósito, agotan su propia entidad aunque el mismo no se alcance, por lo que cabe entender que su contenido del injusto es independiente de que se produzca o no el resultado querido por el sujeto activo. Sin que pueda decirse lo mismo del verbo “determinar” con que se expresa la acción típica en el art. 188 del C. Penal. Determinar (como ex-

presa en su acepción quinta el Diccionario de la RAE) es “hacer —no solo intentar— tomar una resolución”. De ello se deriva que la acción de determinar no se perfecciona hasta que el otro toma la resolución, que, de una u otra manera, se le impone”.

En la misma dirección apunta la sentencia 809/2006, de 18 de Cachas (sic), en la que se sostiene que los actos castigados en el tipo de injusto contenido en el precepto citado no son otros que “inducir, promover, favorecer o facilitar” la prostitución de una persona menor de edad. La conducta delictiva debe ir dirigida (delito de tendencia) a la prostitución de un menor y ser consciente el sujeto activo de que con su comportamiento podría prostituirse sin necesidad de que el resultado se produzca efectivamente (delito de simple actividad o resultado cortado), bastando el peligro o riesgo de que subsiguiera tal resultado, o en otras palabras, el delito se consuma cuando el acto o actos realizados tengan aptitud, desde una consideración razonable *ex ante*, para provocar ese efecto descrito en el tipo (delito de peligro).

Y la sentencia 724/2000, de 17 de abril, recuerda que el delito tipificado en el actual art. 187.1.º del Código Penal —como tampoco su precedente, el art. 452 bis b) 1.º del C. Penal de 1973— no incluye entre las exigencias para la existencia del delito el que la conducta inductora, favorecedora o facilitadora de la prostitución se realice habitualmente (STS 16 de febrero de 1998); y que tampoco es preciso para la comisión de estos delitos la producción de los nefastos efectos que los mismos pretenden evitar (STS 26 de marzo de 1997).

4. La traslación de los criterios jurisprudenciales que se acaban de exponer al caso que se dirime en la causa impide acoger la tesis exculpatória de la parte recurrente. Para empezar, aquí se trata de una menor de 14 años de edad, lo que indica que se está ante una persona inmadura cuya mayoría de edad no puede afirmarse que esté próxima. El peligro para el bien jurídico se incrementa por tanto con respecto a situaciones de

menores con una edad más cercana a los 18 años, según se explicó en las sentencias reseñadas.

De otra parte, aun siendo cierto que el acusado no llegó a realizar acto sexual alguno con la menor y por lo tanto no llegó a prostituirla con conductas sexuales mediante precio, esta Sala viene considerando el tipo penal del art. 187 como un delito de mera actividad, en el que no se precisa que la menor acepte prostituirse ni tampoco que llegue a ejecutar actos sexuales con el mayor de edad que perturben la formación de su personalidad y que inicien de forma efectiva en el ejercicio de actividades sexuales con terceros con el fin de obtener prestaciones económicas a cambio.

El acusado consiguió atraerla mediante engaño a su vivienda y una vez allí le hizo varias propuestas de tipo sexual alternativas, todas ellas mediante precio. No se trató pues de una propuesta momentánea que se le ocurriera con motivo de conocer casualmente a la menor, sino que contactó con ella por vía telefónica y la convenció para que viniera a trabajar a su casa en una labor que nada tenía que ver con la prostitución. Y una vez que la menor accedió a la vivienda fue cuando Alexander descubrió sus cartas e intentó por distintas vías satisfacer su deseo sexual abonando un precio a la menor de 14 años.

La posibilidad de la tentativa la descarta la jurisprudencia de esta Sala al estimar que se está ante un tipo de mera actividad a tenor de la modalidad de conductas que se describen en los verbos rectores del precepto. Y si bien es verdad que cuando el autor del delito es el propio cliente que pretende satisfacer su instinto sexual con la víctima la jurisprudencia atiende al criterio de la reiteración de la conducta como uno de las pautas a valorar para aplicar la norma penal, ese criterio lo pone en relación con la edad de la víctima, de modo que, tal como se ha anticipado, si ésta es claramente inferior a la mayoría de edad, como sucede en este caso, se entiende que concurre un mayor peligro para el bien jurídico y pierde fuerza la exigencia de la reiteración de los actos ilícitos que pudiera haber perpetrado el imputado.

Por consiguiente, ha de ratificarse la subsunción de la conducta del acusado en el tipo penal del art. 187.1. Ahora bien, atendiendo al grado de desvalor de la acción del acusado y su repercusión en el criterio legal de la gravedad del hecho, que en este caso no puede considerarse exacerbado por tratarse de un solo intento de prostituir a la menor y sin ejecución de acto sexual posterior, se estima que la pena ha de imponerse en su cuantía mínima.

Se estima, en consecuencia, parcialmente este primer motivo de impugnación.

Sentencia 521/2010, Sala de lo Penal del TS, de 26 de mayo de 2010

REFUNDICIÓN DE CONDENA

Art. 76 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Perfecto Agustín Andrés Ibáñez**

SÍNTESIS

Se excluye de la refundición una pena de prisión sustituida por expulsión (no ejecutada), por entender que estamos ante penas heterogéneas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Al amparo del art. 849,1.º Lecrim, se ha denunciado infracción del art. 76 Cpenal en relación con el art. 25 CE. Ello por entender que no está justificada la exclusión de la acumulación de la pena de prisión de tres años, por la que se sigue Ejecutoria 254/2000 del Juzgado de lo Penal n.º 3 de Castellón, sólo por el hecho de que la misma hubiera sido sustituida por la expulsión del territorio nacional, que se encuentra pendiente de ejecución.

El recurrente dice, en apoyo de la impugnación, que el hecho de hallarse en prisión desde 1999 le genera indefensión; que la sustitución de la pena de prisión por la expulsión no debería ser un obstáculo para lo que insta; y que esta última, acordada por auto de 22 de diciembre de 2000 no ha sido ejecutada y tendría que considerarse prescrita.

El Fiscal en su informe pone de relieve que por la fecha de realización de las acciones perseguidas y la de las sentencias, todas aquéllas podrían haber sido enjuiciadas conjuntamente, a tenor de lo que dispone el art. 76 Cpenal; que la naturaleza de la pena no impide la refundición. Y que, de producirse la refundición de la pena sustituida y llegarse al límite de cumplimiento resultante, la eventual ulterior expulsión daría lugar a una duplicidad de sanciones.

Pero ninguno de los argumentos puede tener el alcance que se pretende. En efecto, que la pena de expulsión no haya sido ejecutada tiene que ver con el dato de que el penado se halla en situación de cumplimiento de otras condenas. Y lo cierto es que, en virtud del auto citado, la afectada por la sustitución realmente ha cambiado de naturaleza. Por eso, su radical heterogeneidad respecto de las restantes de prisión objeto de refundición, hace imposible la inclusión en ésta.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Auto 1/2010, AP MADRID, Sec. 1.ª, de 4 de enero de 2010

**PRESCRIPCIÓN DE LA PENA DE PRIVACIÓN DEL PERMISO DE CONDUCIR
¿ES PENA LEVE?**

Arts. 13, 133 y 134 Código Penal

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Araceli Perdices López

SÍNTESIS

El problema que aborda esta resolución es el de determinar si, visto que el artículo 33 del Código Penal establece que, cuando la pena de privación del permiso de conducir es inferior a un año se conceptúa como pena leve, y cuando supera el año es pena menos grave, qué criterio debe seguirse para estimar cuando está prescrita.

EXTRACTOS DEL AUTO

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Segundo.—A la vista del tenor literal del art. 134 CP que dispone que la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse, hemos de partir asumiendo que, primero el plazo de prescripción de la pena empiezan a correr desde la firmeza de la sentencia que la impuso, y segundo que fuera de los casos en que el efecto suspensivo de la ejecución esté legalmente previsto por el Legislador, el citado plazo solo se ve in-

terrumpido con el comienzo efectivo del cumplimiento de la pena.

En el caso sometido a debate la pena a que se condenó al apelante fue la de ocho meses y un día de privación del permiso de conducir, pena que se impuso tras reducir en un tercio la de un año y un día solicitada por el Ministerio Fiscal en aplicación de lo dispuesto en el artículo 801.2 de la LECRim., precepto que beneficia con la indicada reducción penológica los supuestos en que el acusado manifiesta su conformidad con la acusación del Fiscal, siempre que concurran

los presupuestos necesarios para la aplicación del mencionado artículo.

El problema surge en determinar si visto que el art. 33 del CP establece que cuando la pena de privación del permiso de conducir es inferior a un año, se conceptúa como pena leve, y cuando supera el año es una pena menos grave, con la consecuencia de que el plazo de prescripción en el primer caso es de un año, y en el segundo de cinco años, estamos en presencia de una pena leve al no rebasar su extensión los doce meses, o si la circunstancia de que la reducción de la pena lo haya sido en virtud del art. 801.2 de la LECrim., implica que la misma mantenga la naturaleza de pena menos grave que tenía la pena solicitada por el Ministerio Fiscal y que fue objeto de conformidad.

Al efecto no se puede pasar por alto que las penas leves son las previstas para las faltas, mientras que las que acompañan a los delitos son penas graves o menos graves según los casos, y si bien el Legislador prevé la posibilidad de que se rebajen las penas de los delitos por debajo del mínimo establecido en los supuestos legalmente permitidos, no por ello permite degradar la infracción a la consideración de una falta. En concreto dice el art. 71 del CP que “en la determinación de la pena inferior en grado, los Jueces o Tribunales no quedarán limitados por las cuantías mínimas señaladas en la Ley a cada clase de pena, sino que podrán reducirlas en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente, sin que ello suponga la degradación a falta.”

Asumiéndose que al no limitar el artículo 71 del CP la “regla correspondiente” a los supuestos contenidos en los arts. 66 del CP y siguientes, no hay ningún obstáculo que impida incluir dentro de ella la contenida en el art. 801.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dada su trascendencia penológica, existe una línea doctrinal dentro de la denominada jurisprudencia menor de la que son exponentes entre otros el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 2.^a de 13 de julio de 2009 y el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza Sec. 5.^a de 15 de oc-

tubre de 2009 que considera que de la misma forma que cuando se rebaja la pena del delito por debajo del mínimo legalmente establecido no por ello se degrada la infracción de delito a falta, tampoco se produce en estos casos la degradación de la pena de menos grave a leve, lo cual conllevaría en un supuesto como el analizado que el plazo de prescripción de la pena no fuera el de las penas leves (un año), sino el de las penas menos graves (cinco años), conforme al art. 133.1 del Código Penal.

Frente a ello existe otro criterio argumentativo conforme al cual de la misma forma que cabe que un delito grave, que es aquel que está penado con pena grave, pueda acabar sancionado con una pena menos grave, sin que implique un cambio en la naturaleza del delito, el art. 71.1 no prohíbe que se pueda sancionar con una pena leve un delito, sin que este pierda su naturaleza de infracción delictiva.

Esta línea es la que comparte esta Sala, al estimar que aunque el CP considera en su art. 13 delitos graves, menos graves y faltas, las infracciones respectivamente castigadas con penas graves, menos graves y leves, enumerando en el art. 33 del CP qué penas tienen tal consideración, admite el que se reduzca el límite mínimo por aplicación de las reglas sobre degradación de las penas, de manera que un delito grave puede ser sancionado con una pena menos grave y un delito menos grave con una pena leve.

Así lo habría venido a entender la STS de 18 de marzo de 2004 cuando en relación a un delito intentado de estafa, señala lo siguiente:

“Antes del CP vigente de 1995, se entendía por la jurisprudencia de esta Sala, que la reducción de las penas, por bajada de grado, tenía el límite de que la pena tuviera la condición de grave, con la excepción de las penas conjuntas en que bastaba que lo fuera una de las penas del conjunto.

Según el párrafo 1 del art. 71 del CP de 1995 el Juzgador no queda sujeto ya a ningún límite para determinar la pena inferior en grado, pudiendo pasar de grave a menos

grave o leve, que fue lo ocurrido en el presente caso al imponerse la pena de cuatro meses de prisión que es inferior al mínimo establecido en los arts. 33.3.a) y 36 del mismo Código”.

Y como apunta el Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sec. 2.^a de 13 de octubre de 2006 “a efectos de prescripción nadie dudaría en aplicar el plazo de 5 años del artículo 133.1.6.^o a quien, siendo autor de un delito castigado con pena grave (por ejemplo, un homicidio), se le impuso una pena inferior a cinco años de prisión por concurrir una circunstancia modificativa de su

responsabilidad (por ejemplo, legítima defensa incompleta). Entre esa situación y los supuestos expuestos en el fundamento segundo ciertamente no existe ninguna diferencia sustancial y, al igual que nada obsta a que para un delito grave se imponga una pena menos grave, es posible que para un delito menos grave se imponga una pena leve. Digamos que, así como conforme al artículo 13.3 a una falta le ha de corresponder siempre una pena leve, esa regla no tiene ‘vice-versa’ y una pena leve puede proceder tanto de una falta como de un delito, pero no por ello deja de ser ‘pena leve’ a lo efectos del artículo 133”.

Sentencia 26/2010, AP BARCELONA, Sec. 3.^a, de 8 de enero de 2010

PORNOGRAFÍA INFANTIL: HECHOS DE CARÁCTER PARTICULARMENTE DEGRADANTE O VEJATORIO

Arts. 189.1.b) y 189.3.a), b) y c) Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Grau Gassó**

SÍNTESIS

Dado que, en principio, todo uso de menores con fines de gratificación sexual puede —debe— ser calificado de degradante y vejatorio para ellos, se trata de indagar acerca de una interpretación del subtipo agravado que impida su aplicación mecánica.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) Por lo que se refiere a la agravación prevista en el art. 189.3.b) del Código Penal, debe tenerse en cuenta, como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de junio del año 2009, que dicho precepto incluye una previsión extraordinariamente abierta referida a que “los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio”. La misma sentencia re-

conoce, en una primera aproximación, que todo uso de menores con fines de gratificación sexual puede —debe— ser calificado de degradante y vejatorio para ellos, pero ello comportaría la aplicación del subtipo agravado siempre que se dieran los todos los requisitos del tipo básico previstos en el art. 189.1.b) del Código Penal, por lo que debe hacerse una interpretación más restrictiva del precepto mencionado.

Dado que el art. 189.1.b) hace referencia a menores de edad (18 años), sería posible y razonable entender que el subtipo agravado en el art. 189.3.b) del Código Penal concurre en todos aquellos casos en los que la utilización de menores viene restringida, por razón de edad, a menores de trece años (como en el presente caso), puesto que parece evidente que la utilización de niños menores de trece años en imágenes de carácter pornográfico reviste un carácter particularmente degradante o vejatorio (aunque no parecer ser esta la interpretación que el Tribunal Supremo hace del precepto, toda vez que en la sentencia antes mencionada, de fecha 5 de junio del año 2009, se declara probado que en una de las imágenes se observa como un mayor de edad introduce un dedo en el ano de una niña y posteriormente la sodomiza, y, pese a ello, se estima correcta la no aplicación de la agravante prevista en el art. 189.3.b) del CP).

Esta interpretación del subtipo agravado, previsto en el art. 189.3.b) del Código Penal, comportaría su aplicación (prácticamente) automática a todos los casos de utilización de niños menores de trece años, lo que parece contradecir o ir en contra del razonamiento utilizado por el Tribunal Supremo al interpretar la agravación prevista en el art. 189.3.a) del Código Penal. Por esta razón, la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial del Barcelona, en una sentencia reciente de fecha 6 de noviembre del año 2009, ha entendido que pese al carácter objetivamente degradante y vejatorio de las imágenes analizadas, tampoco es posible aplicar la agravación prevista en el art. 189.3.b) a quienes no han intervenido en la elaboración de dicho material pornográfico, sino que se dedican únicamente a capturar y difundir dicho material en la red de Internet.

Parece claro que originariamente, la agravación prevista en el art. 189.3.b) del Código Penal, tenía como finalidad cubrir aquellos supuestos en los que, siendo la víctima mayor de trece y menor de dieciocho años, los hechos tuvieran un carácter particularmente degradante o vejatorio, toda vez que, en los supuestos en los que la víctima fuera menor de trece años, era de aplicación el subtipo agravado previsto en el apartado a) del art. 189.3 del Código Penal, siendo irrelevante la mayor o menor intensidad de la humillación o del trato degradante y vejatorio utilizado para con ella.

Por esta razón, entendemos que si el apartado a) del art. 189.3 del Código Penal solo es aplicable a quien ha intervenido en la elaboración del material pornográfico, por razones de congruencia, tenemos que concluir que el apartado b) del mismo precepto legal tiene que ser interpretado de la misma forma y, consiguientemente, tampoco puede ser aplicado a quien no ha tomado parte activa en la elaboración del material pornográfico, debiendo reiterarse la conclusión a la que llega la Sentencia ya citada del Tribunal Supremo de fecha 23 de julio del año 2009, en la que se afirma que “si la posesión para uso propio no admite el subtipo agravado y se castiga con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de diez meses a dos años, y la conducta básica de la posesión destinada a su difusión conlleva una pena única de prisión de uno a cuatro años, parece una exasperación punitiva excesiva alcanzar la pena de cuatro años cuando el sujeto no ha elaborado ni ha intervenido en la producción del material pornográfico”, por lo que tenemos que concluir que no procede aplicar la agravación prevista en el art. 189.3.b) del Código Penal.

Auto 8/2010, AP MURCIA, Sec. 5.ª, de 12 de enero de 2010

SUSTITUCIÓN DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD: REQUISITOS; “INICIO DE LA EJECUCIÓN”

Arts. 81, 88 y 94 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Larrosa Amante**

SÍNTESIS

No comparte la Sala la interpretación que hace el juez “a quo” del requisito de no haberse iniciado la ejecución que el Código Penal exige para poder sustituir las penas privativas de libertad. Declara que debe entenderse que se trata del efectivo inicio del cumplimiento de la pena —por lo tanto, cabe desde el requerimiento de ingreso en prisión hasta el efectivo ingreso en el centro penitenciario—.

EXTRACTOS DEL AUTO

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.—(...) El Ministerio Fiscal se adhiere al recurso y solicita la sustitución por concurrir todas las circunstancias del artículo 88 CP y en atención a los conocidos perjuicios derivados de las penas cortas privativas de libertad.

Segundo.—El artículo 88.1 CP concede a los jueces la posibilidad, previa audiencia de las partes, de sustituir las penas de prisión por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, debiendo de concurrir para ello una serie de requisitos de obligada observancia: 1) que dicha sustitución se lleve a cabo antes del inicio de la ejecución; 2) que la pena de prisión no exceda de un año; 3) que se valoren las circunstancias concurrentes en relación a las personales del reo y la naturaleza del hecho por el que fue condenado y 4) que no se trate de un reo habitual. En caso de que concurren estas circunstancias tendrá lugar la sustitución de cada día

de prisión por dos cuotas multas o por una jornada de trabajo. En todo caso, conforme al artículo 88.2 CP el incumplimiento de todo o parte de la pena sustitutiva determinará el cumplimiento de la pena de prisión imputada, con el descuento de la parte de tiempo a la que equivalgan las cuotas satisfechas.

Partiendo de los anteriores requisitos procede anticipar que el recurso de apelación será estimado al entender esta Sala, tal como solicita el apelante y se adhiere el Fiscal, que se dan todas las circunstancias precisas para la aplicación del artículo 88.1 CP. No existe discusión alguna en la concurrencia del requisito de la pena, dado que se impuso una pena de prisión de seis meses en la sentencia firme que es objeto de ejecución, por lo que el análisis debe centrarse en las otras tres exigencias legales. Por lo que respecta a la primera de ellas, no comparte esta Sala la interpretación dada por el juez a quo sobre el concepto de “inicio de la ejecución”, pues tal concepto no debe ser inter-

pretado como el inicio de la ejecutoria, sino como el inicio del cumplimiento de la pena de prisión cuya sustitución se pretende. Sólo desde esta interpretación tiene sentido el hecho de que el artículo 88.1 CP autorice la sustitución de la pena, no en la sentencia en la que se impone la pena, sino posteriormente en auto motivado. Como bien señala el apelante, de aceptarse la interpretación sostenida por el juzgado de instancia, sería imposible aplicar nunca esta norma y sustituir las penas en un momento posterior a la sentencia. La ejecución penal se desarrolla de oficio y por ello, una vez firme la sentencia el propio Juzgado de lo Penal debe proceder a su ejecución aperturando la correspondiente ejecutoria e iniciando los trámites pertinentes para el cumplimiento, suspensión o sustitución de la pena privativa de libertad impuesta al penado. Por ello el lími-

te fijado en el artículo 88 CP sólo tiene sentido si se considera en relación con el efectivo inicio del cumplimiento de la pena de prisión, de tal manera que, como viene siendo habitual en los órganos judiciales, desde el requerimiento de ingreso en prisión al penado hasta el momento en el que se lleva a cabo el efectivo ingreso en un centro penitenciario, existe un periodo de tiempo en el que el propio penado puede solicitar cualquiera de los beneficios de suspensión o sustitución de la pena privativa de libertad, solicitud que carece de sentido una vez que se haya iniciado el efectivo cumplimiento de la pena de prisión. Desde esta interpretación es evidente que el apelante todavía no ha ingresado en prisión y por ello está en condiciones de poder solicitar la sustitución de la pena impuesta por multa.

Auto 67/2010, AP BARCELONA, Sec. 10.ª, de 15 de enero de 2010

LA PENA DE PRIVACIÓN DEL CARNÉ DE CONDUCIR NO SE PUEDE CUMPLIR DE FORMA FRACCIONADA

Arts. 18.2 LOPJ, 47 Código Penal y 794.2 LECrim.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José M.ª Planchat Teruel**

SÍNTESIS

Aunque en vía administrativa sí era posible el cumplimiento fraccionado de la sanción de privación del carné de conducir, esta medida, impuesta en vía penal, supone un plus que impide ese beneficio.

EXTRACTOS DEL AUTO

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.—(...) El cumplimiento fraccionado resulta inconciliable con determinadas penas privativas de derechos por su misma esencia (p.e. la prohibición de residencia en determinado lugar); en otras, como la que

aquí se trata, no existiría “prima facie” ese problema consustancial. La norma podría autorizar su cumplimiento intermitente y, de hecho, la regulación de la sanción administrativa en el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial así lo prevé pero ni ésta

se trata de respuesta penal a un delito y sí cuenta con previsión legal a tal efecto, siendo incluso consecuente con el principio de subsidiariedad que caracteriza el Derecho penal que no se ofrezca tal alternativa al tratarse de la respuesta última del ordenamiento jurídico. La propia redacción del art. 47 CP que señala para con la pena privativa de libertad consistente en privación del derecho de conducir períodos temporales mínimo y máximo aparecería como argumento también favorable a su cumplimiento ininterrumpido. Más aún si se contempla la cuestión desde el prisma del inicio de su ejecución puesto que claramente el artículo 794.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al tratar sobre el modo de proceder en la ejecu-

ción de la pena de privación del derecho a conducir vehículos de motor, dispone que “se procederá a su inmediata retirada” (salvo que hubiere precedido la medida cautelar de retirada del permiso de conducir que supone ya la detentación física del documento habilitador).

(...) “ni el Código Penal (art. 47) ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 794.2), prevén en ningún caso el cumplimiento fraccionado de la pena de retirada del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. La pena debe cumplirse íntegra y seguidamente, y físicamente ello se inicia con la retirada del permiso de conducir (art. 794.2 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Sentencia 6/2010, AP SORIA, Sec. 1.^a, de 15 de enero de 2010

ABANDONO DE MENORES. REQUISITOS

Art. 230 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Rafael Fernández Martínez**

SÍNTESIS

Para la Audiencia queda acreditado, sin ningún género de dudas, que no se dan en la conducta de los acusados los elementos del delito de abandono temporal de menores: la voluntad de abandono por el sujeto activo (en este caso los padres) y la existencia de daño al menor, lesiones o daños que no concurren en este caso.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Soria, tramitó las Diligencias Previas núm. 854/09, que una vez concluidas y formalizado el trámite intermedio de presentación de escritos de acusación y escritos de defensa, se elevaron al Juzgado de lo Penal, incoándose el procedimiento abreviado

núm. 207/09 recayendo sentencia con fecha 25 de Noviembre de 2009, que contiene los hechos probados del tenor literal siguiente: “PRIMERO: Se declara probado que Mercedes y Benedicto son padres del menor de tres años Manuel, y ella es madre también del menor de 7 años de edad Vidal. El día 21 de noviembre de 2008, sobre las 2.00 horas procedieron a ausentarse de su domicilio si-

to en c/ D... n.º... de Soria, dejando en su interior y sin nadie a su cargo, a los menores referidos. Durante su ausencia, el menor de ellos, Manuel logró salir de la vivienda, bajando a la calle, donde fue encontrado vagando, helado de frío, por la acera del lado del portal de su domicilio, por un señor que pasaba por allí y se hizo cargo del mismo, avisando a la Policía, que se personó y tras numerosas gestiones, no logró encontrar a los padres, que se habían ido a cenar a un restaurante. Los padres a las 3.46 horas se personaron en dependencias de la Policía Local, cuando al regresar a casa se percataron de la ausencia de Manuel. Los menores no sufrieron lesión alguna. Dichos menores fueron acogidos por la GERENCA TERRITORIAL DE SERVICIOS SOCIALES, el día 21 de noviembre de 2008 a raíz de estos hechos, y regresaron al domicilio de sus padres el día 12 de diciembre de 2008, al no apreciarse desamparo, si bien se incluyó a los padres en un programa de prevención familiar para incrementar sus habilidades en el cuidado y atención de los menores. Mercedes y Benedicto son mayores de edad penal y carecen de antecedentes penales”.

(...)

HECHOS PROBADOS

No se aceptan el contenido de los hechos probados de la sentencia apelada que quedan redactados de la siguiente manera:

Se declara probado que Mercedes y Benedicto son padres del menor de tres años de edad Manuel y ella es madre también del menor de 7 años de edad Vidal. El día 21 de noviembre de 2008 sobre las 2,00 horas procedieron a ausentarse de su domicilio sito en la c/ D... n.º... de Soria, dejando en su interior y sin nadie a su cargo a los menores referidos. Durante su ausencia, el menor de ellos, Manuel logró salir de la vivienda bajando a la calle donde fue encontrado vagando por una persona que por allí pasaba, haciéndose cargo del menor dicha persona y avisando a la Policía que en breve tiempo se personó en el lugar de los hechos.

El menor no sufrió lesión alguna. Ambos menores, hijos de los acusados, fueron acogidos por la Gerencia Territorial de Servicios Sociales el día 21 de noviembre de 2008 y regresaron al domicilio de los padres el día 12 de diciembre de 2008 incluyéndose a los mismos a un programa de prevención familiar. No se ha acreditado que los padres la noche de los hechos dejaran abandonada la vivienda y a sus hijos por ir a cenar a un restaurante sino que abandonaron la vivienda a las 2,00 hora de la madrugada después de acabar de pintar ambos su vivienda para comprar comida rápida en un Kebac, sito en la calle Rota de Calatañazor.

Ha quedado acreditado que es la primera vez que los padres se han ausentado de su domicilio dejando a sus hijos en su interior dormidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 27-05-2009 tal y como ha sido resumida por el Gabinete Técnico del citado Alto Tribunal que, ya en nuestra sentencia de 4 de octubre de 2001, señalábamos que el tipo penal de abandono de menor de edad es un delito cuyo bien jurídico trata de proteger al menor al que debe dispensarse los cuidados necesarios que requiere y que aparecen relacionados en la legislación protectora sobre el menor. La conducta típica consiste en la realización de una conducta, activa u omisiva, provocadora de una situación de desamparo para el menor por el incumplimiento de los deberes de protección establecidos en la normativa aplicable. La situación desamparo, concepto normativo del tipo penal, aparece definida en los estudios de protección a la infancia que refieren tal situación, en síntesis, a supuestos en los que el niño quede privado de la necesaria asistencia moral y material, que incidan en su supervivencia, su desarrollo afectivo, social y cognitivo, a causa de un incumplimiento o cumplimiento inadecuado de las obligaciones de los padres o guardadores. El Código Civil, en su art. 172, refiere la situación de desamparo a la que se

produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. Esta situación de desamparo ya supone un riesgo para el menor por lo que el ordenamiento jurídico protector de la infancia dispone medidas de protección mediante intervenciones de carácter administrativo que las leyes protectoras regulan y los profesionales de los servicios sociales han de aplicar. El abandono en los términos señalados supone una acción u omisión, provocadora de la situación de desamparo. Cuando esa situación es provocada y alcanza una singular relevancia la conducta se subsume en el tipo penal del abandono, arts. 229 y 230, tipicidad compatible con las medidas administrativas pues en tanto las autoridades administrativas adoptan medidas de protección del menor, constituyendo éste el objeto de su actuación, el Código Penal interviene para reprochar una conducta provocadora de la situación de desamparo.

Pues bien, en el presente supuesto ha quedado acreditado en el acto del Juicio Oral los siguientes extremos: a) los padres de los menores abandonaron momentáneamente su vivienda a las 2,00 de la madrugada después de finalizar de pintar la misma para desplazarse a por comida rápida a un Kebac sito en la calle Rota de Calatañazor, b) ha sido la primera vez que los padres de los menores se han ausentado de la vivienda dejando dormidos a los menores, c) los testigos que declararon en el acto del juicio oral

manifestaron todos ellos, que los padres de los menores siempre han sido ejemplares en el cuidado de sus hijos, d) cuando los padres de los menores regresaron a la vivienda y no encontraron al menor Manuel, de forma inmediata fueron a Comisaría a preguntar por el menor, e) el copioso Informe de la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León obrante en los autos a los folios n.º 58 al 72 concluye, que no se ha detectado nunca en los padres de los menores una situación de desamparo hacia los mismos por lo que considera que es totalmente beneficioso para los niños la convivencia con sus padres.

Todos estos hechos, expuestos anteriormente, acreditan sin ningún género de dudas que no se da en la conducta de los acusados los elementos del delito de abandono temporal de menores, cuales son, la voluntad de abandono por el sujeto activo, es decir de los padres y la existencia de daños al menor, lesiones o daños que al no existir no han quedado acreditado en los autos.

Expuesto lo anterior y siguiendo la doctrina jurisprudencial anteriormente citada, esta Sala comprueba la presencia de una actuación negligente de los acusados respecto de sus responsabilidades en el cuidado de sus hijos menores, fundamentalmente en el hecho de haber dejado a los menores dormidos por la noche y en corto espacio de tiempo ausentándose de la vivienda, conducta que excluye la deliberada voluntad de abandono y de incumplimiento de las obligaciones de vigilancia asumidas y sitúa sus conductas en el ámbito de la imprudencia, que al no venir seguida de lesión alguna, no es típica penalmente.

Sentencia 76/2010, AP TARRAGONA, Sec. 2.^a, de 15 de enero de 2010

NULIDAD DE LA ENTRADA Y REGISTRO EN UNA NAVE INDUSTRIAL
Arts. 546 y 547 LECrim.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Manuel Sánchez Siscart**

SÍNTESIS

La cuestión nuclear que se plantea es la de si la Policía Judicial puede motu proprio acceder a un lugar cerrado como lo es una nave industrial que constituía el domicilio de una persona jurídica, en condiciones de ausencia de indicios objetivos de criminalidad y en ausencia de indicios determinantes de urgencia o necesidad, prescindiendo de las exigencias legales previstas en los artículos 546 y 547 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando en el propio establecimiento se estaba desarrollando en su interior una actividad privada y familiar y se encontraba cerrado al público.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) En nuestro caso, estimamos que el marco legal regulador es el que se contiene en los art. 546 y 547 LECRIM, que exigen autorización judicial. En concreto el art. 546 LECRIM establece que el Juez o Tribunal que conociere de la causa podrá decretar la entrada y registro, de día o de noche, en todos los edificios y lugares públicos, sea cualquiera el territorio en que radiquen, cuando hubiere indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación, reputando en el artículo 547 LECRIM como edificios o lugares públicos para la observancia de lo dispuesto en ese Capítulo, cualesquiera otros edificios o lugares cerrados que no constituyeren domicilio de un particular con arreglo a lo dispuesto en el artículo 554. Observamos dos exigencias, en primer lugar, la autorización

corresponde otorgarla al Juez, y en segundo lugar, se requiere la presencia ineludible de indicios de delito.

En ocasiones se ha admitido que en supuestos de urgencia y necesidad la Policía Judicial queda facultada para llevar a cabo injerencias leves, siempre sometida a exigencias estrictas de proporcionalidad, en el derecho a la intimidad de las personas. Así la jurisprudencia extrae dicha posibilidad de su propia previsión constitucional (art. 126 CE: “La policía judicial depende de los jueces, de los tribunales y del ministerio fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca”), y de la previsión legal específica que se contiene en los artículos 282 LECRIM y siguientes, que establece son obligaciones de la policía judicial la de “averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesas-

rias para comprobar y descubrir a los delinquentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. En la misma línea, el art. 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, establece como funciones de éstos, entre otras: f) “prevenir la comisión de actos delictivos”; g) “investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes”. Por último, el art. 14 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, establece que la autoridades competentes podrán disponer las actuaciones policiales estrictamente necesarias para asegurar la consecución de las finalidades previstas en el art. 1 de esta Ley, finalidades entre las que se encuentra la prevención de la comisión de delitos.

La policía judicial está facultada, por tanto, para practicar las diligencias necesarias para la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente, pudiendo llevar a cabo injerencias leves (cacheos, etc), siempre que ello sea estrictamente necesario, tal y como establece la LO 1/1992, lo que ha de entenderse como la exigencia legal de la estricta observancia de los requisitos dimanantes del principio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad, no comporte un resultado desmedido o proporcionalidad en sentido estricto) y de razonabilidad.

Llegados a este punto, en una interpretación conjunta de la doctrina emanada del TEDH, así como del requisito legal de previa autorización judicial que se establece en el art. 546 y 547 LECRIM, consideramos que únicamente cabría estimar legítima una actuación policial de entrada y registro en una nave o local comercial si la misma aparece desprovista de cualquier nota de arbitrariedad, respondiendo además a criterios

de estricta urgencia y necesidad que impidan recabar la debida autorización judicial.

A nuestro juicio, el hecho de que los locales cerrados no constituyan domicilio de las personas y que el rango de protección que merecen no puede reputarse idéntico al de éstos últimos, no debe llevarnos a una desprotección absoluta, pues no es esta la conclusión que se decanta de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

No puede equipararse tampoco la protección que merece un local comercial abierto al público, que uno que permanece cerrado, pues en este el riesgo de afectación de la intimidad de las personas que puedan hallarse en su interior es de mayor intensidad. Tampoco puede recibir idéntica solución un supuesto de respuesta proporcionada, idónea, necesaria, sin comportar un resultado desmedido y conforme a los criterios de razonabilidad, que una actuación injerente desprovista de cualquier atisbo de indicio de criminalidad, basado en el mero “criterio policial” o en sospechas infundadas, pues en estos casos, el sacrificio, con independencia de cuál fuere el resultado obtenido, resultaría desmedido y encontraría adecuado amparo en el citado art. 8 CEDH.

En el supuesto que nos ocupa, la nave industrial, en el momento de la entrada y registro, se hallaba cerrada al público, y sobre todo en el momento en el que el agente Instructor decide llevarla a cabo no figuraban suficientes indicios que legitimaran la práctica de dicha injerencia, tanto en su aspecto objetivo, como indicadores de la probable comisión de un delito, como en relación con la urgencia o necesidad de su práctica, en detrimento de la garantía judicial establecida en los art. 546 y 547 LECRIM.

De forma accesoria, también debemos exponer las dudas que a la Sala han suscitado las explicaciones aportadas por la fuerza actuante, por cuanto, cuando mayor grado de irrazonabilidad alcanzan, mayor detrimento del carácter equitativo del proceso cabe igualmente razonar ante posibles hipótesis de omisión de información relevante.

En este aspecto la Sala ha valorado de forma unánime que la actuación policial arroja una intensa sombra de duda en relación con los motivos que determinaron al Agente instructor de las diligencias, quien a la postre se ha responsabilizado en el acto de juicio de las decisiones adoptadas en el presente supuesto, acordar la entrada y registro en la nave, cuando incluso algunos de los miembros de su equipo que participaron en la operación desde un inicio han reconocido en el acto de juicio que hasta ese momento no existía indicio alguno de actividad delictiva,

lo que compartimos, y que en definitiva, el acuerdo de inspección se basaba, tal y como consta en la diligencia de exposición de hechos, en la “experiencia policial” de los actuantes.

Para un mejor análisis del iter seguido en las investigaciones policiales, transcribimos a continuación literalmente la diligencia de exposición de hechos que figura en los folios 28 a 31 de las actuaciones, puesto que en dicha exposición se inicia, desarrolla y agota la investigación policial.

Sentencia 68/2010, AP BARCELONA, Sec. 5.ª, de 20 de enero de 2010

**CAZA DEL PINZÓN COMÚN Y REAL. DELITO CONTRA LA FAUNA
Art. 335 Código Penal**

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Assalit Vives**

SÍNTESIS

Examina la sentencia un supuesto de caza en el que el acusado abatió un pinzón común y otro real. Estudia una conocida resolución del Tribunal Supremo sobre extracción del coral rojo y la posibilidad de aplicar la doctrina de la misma al caso concreto que cae en consideración.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—No tiene interés, desde el punto de vista penal, resolver el debate sobre si es infracción penal la caza del pinzón común, pues el propio recurrente admite que la caza del pinzón real es constitutiva de delito, caza de dicha ave declarada probada, pero sí desde el punto de vista de responsabilidad civil pues el recurrente plantea como alternativa su discrepancia sobre la referida al pinzón común. Nótese que no se concede indemnización con respecto a la tócola.

Este motivo del recurso debe ser desestimado. La caza del pinzón común es consti-

tutiva de delito. Ello es ajustado a derecho por los siguientes razonamientos.

Para centrar tal cuestión debe citarse y transcribirse literalmente en parte la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 187/2006 de fecha 23 de febrero de 2006:

“Primero. Los tres recurrentes han sido condenados como autores de un delito relativo a la protección de la flora y la fauna del artículo 335 del Código Penal. Contra la sentencia interponen recurso de casación, formalizando tres de los cuatro motivos anunciados. En el cuarto, que examinaremos en primer lugar, denuncian la infrac-

ción del artículo 335 del Código Penal con apoyo en el artículo 849.1.º de la LECrim, pues entienden que no concurren los requisitos del tipo.

El artículo 335 del Código Penal, en su redacción original sancionaba al que cace o pesque especies distintas a las indicadas en el artículo anterior, no estando expresamente autorizada su caza o pesca por las normas específicas en la materia. Las especies del artículo 334 eran, y son, las especies amenazadas o catalogadas en peligro de extinción.

En la STS n.º 1302/1999, de 8 de febrero de 2000, esta Sala cuestionó la constitucionalidad del precepto, respecto del que el Tribunal Constitucional ha admitido a trámite dos cuestiones de inconstitucionalidad, (n.º 4.246/2001, BOE de 13 de noviembre de 2001; y n.º 4.916/2002, BOE de 10 de diciembre de 2002, ambas en la actualidad pendientes de señalamiento), realizando una amplia serie de consideraciones que se dan aquí por reproducidas, y diciendo, finalmente, que "... no puede ignorarse que la técnica de tipificación utilizada, sancionando como delictiva toda acción de caza o pesca que tenga por objeto una especie animal cuya captura no esté 'expresamente autorizada' por la normativa administrativa aun cuando tampoco esté 'expresamente prohibida', constituye una técnica difícilmente compatible con el principio de legalidad, que exige que el ámbito de lo delictivo se concrete a las conductas 'expresamente prohibidas' (principio 'pro libertate') y no a todo aquello que, sin estar prohibido, simplemente no está 'expresamente' permitido".

En esta sentencia se señala lo siguiente: "La conducta así descrita no resulta subsumible en el art. 335 del Código Penal que sanciona la caza o pesca de especies no autorizadas, pero no la caza de especies autorizadas en lugares, momentos, cantidad o modo no permitidos, comportamientos estos últimos que pueden ser sancionados administrativamente, pero que no se incluyen en el tipo penal, pues éste no puede aplicarse a

casos distintos de los comprendidos expresamente en el mismo (art. 4.1 del Código Penal de 1995)".

Y más adelante, se añade que "la captura de un ejemplar en una especie cuya caza está autorizada previa licencia o permiso especial, careciendo del mismo o fuera de los límites geográficos, temporales o cuantitativos administrativamente establecidos, constituye una infracción administrativa, pero no se integra en el artículo 335 del Código Penal, pues éste concreta su prohibición a la caza o pesca de especies no expresamente autorizadas, y no puede extenderse a otros supuestos distintos no comprendidos expresamente en el mismo. (art. 4.1.º Código Penal de 1995)".

También la STS n.º 1726/2002, de 22 de octubre, se ocupó de la cuestión, citó y se remitió a la anterior, y reafirmó el criterio según el cual "lo sancionado es la caza o pesca de especies para las que no exista la previsión de autorización, pero no la de aquéllas respecto de las cuales pueda darse tal posibilidad, por hallarse normativamente prevista, aun cuando condicionada a la obtención de una habilitación específica", señalando más adelante que "la caza afectó a una especie autorizada, si bien sometida a un régimen especial de permisos y limitaciones", lo que hace que la conducta sea atípica.

En definitiva, y dejando a un lado las cuestiones relativas al ajuste constitucional de este precepto penal, ya derogado y sustituido por otra redacción distinta, quedan fuera del ámbito del tipo, según la doctrina expuesta, las actividades de caza o pesca respecto de especies que, no estando incluidas en el artículo 334, esté prevista de alguna forma alguna posibilidad de autorización. No se sanciona en realidad la falta de autorización administrativa, sino una conducta atentatoria al medio ambiente al producir efectos negativos sobre determinadas especies de flora y fauna respecto de las cuales no esté prevista la posibilidad de realizar tal conducta mediante la oportuna autorización administrativa.

En la sentencia impugnada se declara probado que los acusados procedieron a la extracción de coral, parte del cual tenía una medida de 4,48 mm de diámetro en su base, careciendo de autorización para su extracción, que tuvo lugar en época de veda y en zona prohibida. Para completar el artículo 335 no considera suficiente, por las razones que expresa relativas a su jerarquía normativa, la Orden del Departamento de Agricultura, Ramadería i Pesca, de 19 de abril de 2002, en el que se establecen medidas complementarias de regulación de la extracción de coral, señalando que la campaña se extiende desde el 1 de mayo al 31 de octubre de 2002, autorizando solamente a once personas para realizar la actividad entre las que no estaban los acusados.

Acude, por el contrario al Decreto 291/1983, de 30 de junio, norma autonómica, según la cual para la extracción de coral es indispensable hallarse en posesión de la correspondiente autorización, prohibiéndose en zonas de veda y por debajo de 6 mm de diámetro en la base. Concluyendo que los acusados han infringido los tres requisitos.

Por lo tanto, lo cierto es que también en este caso se trata de una conducta respecto de la cual existe una previsión de autorización, si bien los acusados no la obtuvieron y su conducta fue ejecutada fuera de los límites temporales o geográficos permitidos y sin la licencia que era posible obtener, por lo que debemos considerar que la conducta es atípica en una interpretación restrictiva del tipo penal que imponen sus propias características.

Precisamente la modificación operada en el precepto por la Ley Orgánica 15/2003 se orienta en esta misma dirección, y con independencia de otros problemas ya señalados por la doctrina, lo cierto es que solo se refiere a la caza o pesca de especies no comprendidas en el artículo 334 “cuando esté expresamente prohibido”.

Por lo tanto, se estima el motivo, lo cual determina la absolución de los acusados, naturalmente, sin perjuicio de su posible valo-

ración como infracción administrativa, lo cual hace innecesario el examen de los demás motivos del recurso.

En el caso sometido a nuestra consideración, nos hallamos ante una conducta realizada el mes de septiembre de 2006, es decir cuando ya se hallaba en vigor la nueva redacción del artículo 335 del Código penal operada en méritos de Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. En la Ley 22/2003, de 4 de julio del Parlament de Cataluña, en su artículo 26.4 se prohíbe, entre otras actividades, la caza de fringílidos, con excepción de los supuestos especificados por Reglamento. En la Orden del 21 de julio de 1999, en su artículo 1 se faculta a las secciones de Conservación de la Naturaleza para, con carácter excepcional, autorizar la captura de tales aves para actividades tradicionales, de acuerdo con las condiciones y requisitos que se establecen en la propia Orden. La autorización es nominal y precisa el cumplimiento de las siguientes condiciones: Ser miembro de una sociedad de federada a la Federación Catalana de Caza, disponer de un certificado donde su Presidente certifique la participación en concursos oficiales de canto, disponer de tarjeta federativa y de licencia de caza. Por diversas Resoluciones de la Dirección General de Actividades Cinegéticas y de Pesca se establece el periodo hábil para la captura de tales aves.

De la doctrina reflejada en la Sentencia del Tribunal Supremo, en parte transcrita literalmente, se desprende que incluso después de la modificación del artículo 335 del Código penal y en base a que el precepto debe interpretarse restrictivamente, debe considerarse atípica penalmente la caza que tiene contemplada, por el ordenamiento jurídico, una previsión de autorización.

En el caso resuelto por el Tribunal Supremo se refiere a la extracción de coral rojo (*Corallium rubrum*), es decir un supuesto distinto, y que éste se hallaba sometido a un régimen de explotación (económica) regulada, por el contrario la caza de fringílidos se

hallaría prohibida, siendo su caza autorizada excepcional, como ya hemos indicado.

Existen similitudes entre ambos supuestos, ya que la propia norma que establece la prohibición de cazar fringílicos también prevé la excepción reglamentaria, que las condiciones previstas, ya mencionadas, para su otorgamiento no son más exigentes que las previstas para la explotación del coral rojo (supuesto de la STS), pues éstas, —también autorizaciones nominales—, son: Estar asociados a una cofradía de pescadores catalana, estar en posesión del título de buceador profesional, realizar la actividad en una embarcación de la lista 4.^a adecuada a la actividad o de la 3.^a en otro caso, siendo además criterio de concesión la antigüedad del solicitante. Nótese además, que la caza de fringílicos es autorizable por la sección de Conservación de la Naturaleza y la extracción de coral por la Dirección General de Pesca, y también que esta última actividad, por el propio contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo, pudo ser realizada contando con la autorización administrativa por solo once personas de 1 de mayo al 31 de octubre de 2002, es decir son autorizaciones en la práctica excepcionales,

cuando, con respecto a los fringílicos, por lo declarado por los agentes rurales y el perito, parece deducirse que no es tan restrictiva su concesión, es decir no sería excepcional en términos comparativos con el coral rojo.

No obstante, en el caso enjuiciado no entendemos aplicable la doctrina reflejada en la repetida Sentencia del Tribunal Supremo, pues a nuestro juicio, a pesar de la similitud existente en la práctica —según hemos estudiado—, dicha semejanza no es suficiente para orillar que en el caso del coral rojo nos encontramos ante una explotación regulada, pero no prohibida, y en el supuesto de los fringílicos estamos ante una actividad prohibida, siendo su autorización excepcional, encontrándose fundada en el apoyo de actividades tradicionales —concursos de canto—.

Así pues, siendo constitutiva de delito la caza de los dos pinzones la indemnización fijada en relación a los mismos debe estimarse ajustada a derecho.

Por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso de apelación formulado con confirmación de la resolución recurrida en todos sus términos.

Sentencia 3/2010, AP GUADALAJARA, Sec. 1.^a, de 21 de enero de 2010

DESESTIMACIÓN DE LA APLICACIÓN DE ATENUANTE ANALÓGICA DE DILACIONES INDEBIDAS

Arts. 21.6, 379, 383, 556 y 617 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Manuel Eduardo Regalado Valdés**

SÍNTESIS

Para que proceda la aplicación de esta atenuante es necesario haber denunciado previamente el retraso o dilación ante el correspondiente Juzgado para permitirle reparar o evitar la vulneración que se denuncia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—(...) el tema de las dilaciones indebidas ha sido tratado en resoluciones

como la STS núm. 32/2004, de 22 de enero; siguiendo el criterio interpretativo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en

torno al artículo 6 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el “derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable”; destacando, como los factores que han de tenerse en cuenta, los siguientes: la complejidad del proceso, los márgenes ordinarios de duración de los autos de la misma naturaleza en igual período temporal, el interés que arriesga quien invoca la dilación indebida, su conducta procesal, y la de los órganos jurisdiccionales en relación con los medios disponibles. En el mismo sentido se pronunciaba ya la STS 7-5-1999 donde, además, se recordaba la reunión plenaria de 2 de octubre de 1992, en que se acordó denegar que en sentencia penal se pudiera declarar que la realidad de unas dilaciones indebidas en el proceso penal pudiera afectar a la existencia o cuantía de la responsabilidad criminal, sin perjuicio del derecho de quien pudiera haber resultado perjudicado a la correspondiente indemnización a cargo del Estado, con base en el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (arts. 106.2 CE y 292 y siguientes de la LOPJ), y de que pudiera proponerse o apoyarse un indulto cuando se considere oportuno conforme a las normas propias de esta materia. En igual sentido ci-

tamos las SSTs 19-5-1997 y 4-12-1998 y las SSTC 8/1994, 148/1994 y 295/1994, entre otras muchas. Por otro lado, es de puntualizar, que para que proceda el acogimiento de la aludida atenuante es necesario haber denunciado previamente el retraso o dilación, con el fin de que el Juez o Tribunal pueda reparar —evitar— la vulneración que se denuncia; de forma que la supuesta infracción constitucional no puede ser apreciada si previamente no se ha dado oportunidad al órgano jurisdiccional de reparar la lesión o evitar que se produzca, ya que esta denuncia previa constituye una colaboración del interesado en la tarea judicial de la eficaz tutela a la que obliga el art. 24.2 de la Constitución Española; mediante la cual poniendo la parte al órgano Jurisdiccional de manifiesto su inactividad, se le da oportunidad y ocasión para remediar la violación que se acusa (SSTC núm. 73/92 y 100/96 de 11 de junio, entre otras); doctrina que reitera la STS núm. 415/2002 de 8 marzo, la cual insiste en que para apreciar la vulneración del citado derecho fundamental no basta el mero incumplimiento de los plazos porque el art. 24.2 CE no ha constitucionalizado el derecho a los plazos, desde que así lo expresara la STC 5/1985 de 23 de enero; (...)

Sentencia 28/2010, AP ALBACETE, Sec. 2.ª, de 22 de enero de 2010

HURTO DE USO DE VEHÍCULO DE MOTOR: RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS OCUPANTES

Arts. 233 y 623 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María del Carmen González Carrasco**

SÍNTESIS

No es el hecho de la conducción —dice esta sentencia— ni la tenencia posterior lo que ha de estar cumplidamente probado, sino el hecho de la ocupación y posterior utilización del vehículo con conocimiento de que ello se realiza sin consentimiento de su propietario.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Segundo.—La recurrente ha alegado en su defensa la jurisprudencia que absuelve al acompañante del autor en los casos de hurto de uso de vehículo de motor. Pero de dicho cuerpo de doctrina no cabe derivar en modo alguno que el ilícito penal por el que la recurrente viene condenada esté integrado por la conducción del vehículo como elemento del tipo. Puesto que la conducción sólo puede ser materialmente realizada por un sujeto pero pueden ser varios los que decidan sustraer el vehículo para utilizarlo y con dicha finalidad lo ocupen, el dolo propio del delito de hurto de uso de vehículo de motor viene

dado por el conocimiento del carácter ajeno del vehículo y de su ocupación voluntaria para utilizarlo ilegítimamente sin consentimiento de su propietario. Por lo tanto, no es el hecho de la conducción, ni la tenencia posterior lo que ha de estar cumplidamente probado, sino el hecho de la ocupación y posterior utilización del vehículo con conocimiento de que ello se realiza sin consentimiento de su propietario. Es sobre este extremo sobre el que ha de practicarse una prueba suficiente para destruir la presunción de inocencia de la acusada, y a juicio de esta Sala dicha actividad probatoria se ha realizado de forma suficiente en el presente proceso, como se pasa a motivar en el fundamento jurídico siguiente.

Auto 84/2010, AP BURGOS, Sec. 1.ª, de 22 de enero de 2010

LA REGLA GENERAL ES QUE EL MES DE AGOSTO NO COMPUTA PARA LOS PLAZOS DE INTERPOSICIÓN DE RECURSOS

Arts. 201 LECrim. y 183 LOPJ

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Roger Redondo Argüelles**

SÍNTESIS

La Sala de la Audiencia de Burgos entiende que el mes de agosto es inhábil a todos los efectos judiciales, salvo para los determinados en el artículo 201 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, para las actuaciones de instrucción sumarial, y por extensión, de todas las de investigación delictiva, pero inhábil, en consecuencia, tanto para la notificación como la interposición de cualquier clase de recursos contra las resoluciones recídas en fase declarativa o de decisión de los procesos.

EXTRACTOS DEL AUTO

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Segundo.—Acerca del tiempo hábil para las actuaciones judiciales dispone la Ley

Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 183, que, entre otros, son inhábiles los días del mes de agosto, excepto las que se decla-

ren urgentes por las leyes procesales. No obstante lo cual, seguidamente precisa, en el artículo 184, que “para la instrucción de las causas criminales” serán hábiles todos los días del año y todas las horas. La Ley de enjuiciamiento criminal, por su parte, dispone que “los días en que los Juzgados y Tribunales vacaren con sujeción a la ley, serán, sin embargo, hábiles para las actuaciones del sumario” (art. 201).

Pues bien, sentado lo anterior, esta Sala entiende que el mes de agosto es inhábil a todos los efectos judiciales salvo para los determinados en el artículo 201 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, para las actuaciones de instrucción sumarial, y por extensivo, de todas las de investigación delictiva, pero inhábil, en consecuencia, tanto para la notificación como para la interposición de cualquiera clase de recursos contra las resoluciones recaídas en la fase declarativa o de decisión de los procesos.

La STTC de fecha 16/5 2000 establece: ... que la previsión legal de que a los efectos de “la instrucción de las causas criminales” sean considerados hábiles todos los días y horas sin necesidad de habilitación (art. 184 LOPJ), resulte aplicable al plazo previsto para interponer recurso de apelación frente a la sentencia dictada en un juicio de faltas, en el sentido de que dicho plazo deba computarse por días naturales, sin tener que descontar del mismo los días inhábiles (art. 185 LOPJ); pues es evidente que sobre tal plazo no operan en absoluto las razones de urgencia que fundamentan la citada previsión legal, ni puede afirmarse que la fase de impugnación de la sentencia sea incardinable en la fase de “instrucción de las causas criminales”. Como señala el Ministerio Fiscal, tratándose de las causas criminales, la especialidad en materia de cómputo de plazos procesales, de conformidad con el art. 184 LOPJ, se limita a los actos de instrucción, pareciendo razonable la interpretación de que tal especialidad alcance no solo a los actos de investigación y aseguramiento en sentido estricto, sino a cuantos actos procesales se lleven a cabo durante la fase des-

tinada a esos fines, pero sin que pueda extenderse a otros actos realizados fuera de ella, lógicamente. Por ello queda referido el concepto de instrucción a aquellos actos procesales que, como señalan las SSTC 145/1988, de 12 Jul., FJ 7, y 32/1994, de 31 Ene., FJ 5, tienen por objeto la finalidad contemplada por el art. 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), esto es, la preparación del juicio, por medio de actuaciones encaminadas a averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos, sus circunstancias y la culpabilidad de sus autores, así como a asegurar sus personas y sus responsabilidades pecuniarias. Frente a esta interpretación de las normas reguladoras del cómputo de los plazos en el proceso penal, única posible en vista del tenor literal de los arts. 182 a 185 LOPJ, la interpretación realizada por las resoluciones impugnadas, que entienden que el concepto de instrucción comprende la totalidad de la causa, abarcando incluso la sentencia definitiva y el recurso de apelación que puede interponerse contra ella, no puede calificarse sino de irracional y arbitraria. El recurso de apelación se interpone contra la sentencia dictada por un órgano jurisdiccional (el Juez de Instrucción, en este caso), el cual, con anterioridad, ha procedido a tramitar las diligencias necesarias para la oportuna celebración del juicio de faltas. La circunstancia de que, de conformidad con la legislación vigente, el conocimiento y fallo de los juicios de faltas corresponda al Juez de Instrucción [o, en su caso, al Juez de Paz, de conformidad con los arts. 87.1 b) y 100.2 LOPJ y art. 14, primero, LECrim], sin que exista una fase de instrucción propiamente dicha, no autoriza a interpretar la totalidad del juicio de faltas como instrucción, y menos aún el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia recaída en ese juicio. Por otra parte, la invocación que, como pretendido apoyo a su errónea interpretación, realizan los autos impugnados de la doctrina sentada en nuestras SSTC 1/1989, de 16 Ene., y 52/1990, de 26 Mar., resulta improcedente, pues los supuestos contemplados difieren completamente

del planteado en el asunto que al presente nos ocupa. En consecuencia, el recurso de apelación interpuesto por el recurrente el 19 May. 1997 (lunes) contra la sentencia recaída en el juicio de faltas núm. 25/97 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Martos, notificada el 13 May. 1997, debió ser admitido a trámite, al haber sido presentado dentro del plazo de cinco días previsto en el art. 976 LECrim computados de conformidad con lo

dispuesto en los arts. 182 y 185 LOPJ, esto es, excluyendo los inhábiles y entendiendo prorrogado el plazo al primer día hábil siguiente si el último día de plazo fuere inhábil, como era precisamente el caso.

Aplicando la anterior Doctrina al supuesto examinado, procederá la estimación del recurso, debiendo admitirse por el Juzgado de Instrucción el recurso de apelación formulado por los ahora recurrentes.

Sentencia 44/2010, AP GERONA, Sec. 3.ª, de 22 de enero de 2010

ASISTENCIA DE LETRADO Y DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA
Arts. 21.6 y 381.1 y 2 Código Penal, 17 y 24 CE y 118 y 520 LECrim.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Antonio Soria Casao**

SÍNTESIS

La falta de asistencia letrada en la declaración ante la policía no determina sin más una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Para que esto ocurra se requiere que concurra con este defecto procesal la efectiva concurrencia de un estado de indefensión.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) Acerca de la supuesta vulneración del contenido del artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal porque con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional es preciso distinguir entre la asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales y judiciales que la Constitucional reconoce en el art. 17.3 como una de las garantías del derecho a la libertad personal protegida en el apartado 1 de ese mismo artículo, (regulado en el citado art. 520) y la asistencia letrada al imputado o acusado que la propia Constitución contempla en el art. 24.2 dentro del marco de la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso debido,

(regulada en el art. 118 Lecrim) sin que esa doble proyección constitucional del derecho a la asistencia letrada permita asignar un mismo contenido a los derechos que se protegen de manera individualizada y autónoma en los arts. 17.3 y 24.2 CE (por todas STC 165/ 2005).

Establecido lo anterior, en este supuesto resulta evidente que no son aplicables las previsiones contenidas en el art. 17.3 CE ni en el art. 520 Lecrim puesto que en ningún momento estuvo detenido el recurrente sino que la declaración prestada en fase policial lo fue en concepto de imputado, en la que sin duda alguna tenía derecho a estar asistido de Letrado, pero que la existencia de esa

infracción a normas procesales no conlleva la estimación de una real y efectiva indefensión porque ello no resulta simplemente de la apreciación de la eventual vulneración del derecho por un defecto procesal más o menos grave, sino que es necesario acreditar la efectiva concurrencia de un estado de indefensión (SSTC 126/1991 y 290/1993); y para que pueda concluirse que efectivamen-

te se ha originado una indefensión que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, sino un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa (STC 149/1998), con el consiguiente perjuicio real y efectivo para el interesado afectado (SSTC 155/1998 y 112/1989) (...)

Sentencia 122/2010, AP BARCELONA, Sec. 10.ª, de 25 de enero de 2010

APROPIACIÓN INDEBIDA: POSIBILIDAD DE QUE INTERVENGA TAMBIÉN EL ENGAÑO

Arts. 248, 290.1.1.ª, 6.ª y 7.ª y 252 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Planchat Teruel**

SÍNTESIS

El descarte de la tipificación de los hechos como estafa —dice la sentencia— no supone eliminar por completo el factor de engaño que puede ser también de apreciar en la apropiación indebida, aunque desde otra perspectiva. En el presente supuesto, el acusado hizo suyas unas cantidades de dinero que debía de haber empleado en la construcción de una casa.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

Primero.—Con fecha 5 de agosto de 1998 Horacio concertó con el acusado Armando, mayor de edad y sin antecedentes penales, administrador de la empresa Edificis Oliva i Núñez S.L., Sociedad constituida en enero anterior que tenía como objeto promociones y construcciones inmobiliarias, la construcción de una casa en la parcela sita en la calle [...] de la Urbanización [...] en la localidad de Lliçà d'Amunt, de la que era aquel primero propietario y que iba a constituir el domicilio familiar.

El presupuesto inicial ascendía a 7.350.000 ptas. más 2.000.000 ptas. por la construcción del muro de contención, dado que el terreno en cuestión se encontraba elevado respecto de la vía pública, conviniéndose la entrega definitiva de la obra para el día 31 de enero del año siguiente 1999.

El acusado Armando, sin haberlo comunicado a Horacio, subcontrató el 30 de septiembre de 1998 para la realización de dicha obra a Construcciones Rosellón SCP, administrada por Humberto, acordando precio de 6.000.000 ptas. y finalización de la obra pa-

ra los meses de diciembre de 1998 y enero de 1999.

Segundo.—Conforme a los términos convenidos Horacio abonó al acusado, bien mediante sendos cheques bancarios bien en efectivo, las siguientes cantidades: 500.000 ptas. (en fecha 11/8/98), de 500.000 ptas. (en fecha 6/9/98), de 1.000.000 ptas. (en fecha 9/10/98), de 1.000.000 ptas. (en fecha 19/10/98) más dos entregas de 500.000 ptas. el 30/10/98, ascendiendo el total desembolsado a 4.000.000 ptas.

El acusado hizo suyas dichas cantidades no destinándolas a la obra encomendada, salvo 500.000 ptas. que entregó el 20/9/98 al mencionado Humberto para pago al arquitecto, 888.837 ptas. recibidas por Humberto en fechas 27/9/98 y 5/11/98 y 100.000 ptas. el 10/9/98 para el aparejador.

Los trabajos se paralizaron intermitentemente, siendo que a fecha 22 de octubre solamente se encontraba construida un 15%. Posteriormente el propietario Horacio resolvió el contrato con el acusado y encomendó a quien había sido subcontratista, Humberto, la finalización de la construcción.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

(...)

Cuarto.—Como queda enunciado, los hechos declarados probados se integran en el delito de apropiación indebida.

Este tipo de injusto se caracteriza por las siguientes notas: a) que el agente reciba dinero, efectos o cualquier cosa mueble mediante alguno de los títulos que específicamente señala el precepto legal (depósito, comisión o administración) o “cualquiera otro que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos” (con lo que la Ley penal no sigue un criterio cerrado o acotado sino un sistema de “numerus apertus” como repetidamente señala la doctrina legal); b) que aquel realice actos de apropiación o distracción, o bien niegue haberlos recibido; y c) la existencia del “animus rem sibi habiendi” o

intención de querer la cosa para sí, incorporándola de esta suerte al patrimonio del sujeto activo con el consiguiente empobrecimiento del sujeto pasivo, elemento culpabilístico que excluye la posibilidad de incriminación culpable (cabe recordar que el Código de 1973 no seguía un sistema cerrado de incriminación imprudente a diferencia del de 1995).

Es doctrina de casación constante, así la STS de 18 de abril de 2002, que establece “el distinto significado que tienen las expresiones “se apropiaren” y “distrajeran” utilizadas por el art. 252 CP —y por los que le precedieron en Textos anteriores— en la definición del delito cuestionado. Apropiarse significa incorporar al propio patrimonio la cosa que se recibió en posesión con la obligación de entregarla o devolverla. Distracer es dar a lo recibido un destino distinto del pactado. Si la apropiación en sentido estricto recae siempre sobre cosas no fungibles, la distracción tiene como objeto cosas fungibles y especialmente dinero. La apropiación indebida de dinero es normalmente distracción, empleo del mismo en atenciones ajenas al pacto en cuya virtud el dinero se recibió, que redundan generalmente en ilícito enriquecimiento del distractor, aunque ello no es imprescindible para se entienda cometido el delito. Dos requisitos tan sólo han de concurrir para que esta conducta se integre en el tipo de apropiación indebida: que la distracción suponga un abuso de la confianza depositada en quien recibe el dinero y que la acción se realice en perjuicio de quienes se lo han confiado, esto es, a sabiendas de que se les perjudica y con voluntad de hacerlo”.

El descarte de la tipificación de los hechos como estafa no supone eliminar por completo el factor de engaño que puede ser también de apreciar en la apropiación indebida, aunque desde otra perspectiva. En efecto, recientemente recuerda la STS de 17 de diciembre de 2007 que “no está exento, aunque a primera vista pudiera parecer lo contrario, el delito de apropiación indebida del componente del engaño, que aunque ca-

racterístico del ilícito de la estafa, concurre en multitud de figuras típicas, rodeando la acción del sujeto activo, que es precisamente lo que ha ocurrido en el supuesto enjuiciado. De modo que ese engaño no excluye la apropiación indebida, sino que explica la actuación del acusado. Dicho de otro modo: no se infringe el art. 252 del Código penal si la maniobra de transformación del título inicialmente legítimo se rompe (al menos en una parte), mediante engaño, con tal que el desplazamiento patrimonial no sea directamente consecuencia de una maniobra del perjudicado producida por un error, sino una actividad de desvío de fondos por quien tiene autonomía negocial para llevar a cabo tal mecánica delictiva, como era el caso. En suma, que el delito de apropiación indebida no exija, entre sus elementos típicos el engaño, no quiere decir que no pueda concurrir en la acción del sujeto pasivo, y ordinariamente ocurre que siempre está rodeada de algún ardid con objeto de camuflar a su principal (de quien recibe los fondos), los pormenores de la transmutación del título de recepción”.

Conviene traer a colación que cuando esta Audiencia Provincial (Sección sexta) revocó el sobreseimiento que en su día había acordado el Juzgado instructor subrayaba esencialmente extremos característicos de la apropiación indebida. Los diversos desem-

bolsos que asevera el querellante hasta la suma total de cuatro millones de pesetas (con un destino incuestionable: la construcción conforme al presupuesto) han sido abiertamente reconocidos por el acusado, quien al igual que hizo en la fase instructora ha vuelto a hacer en el plenario refiriendo que las sumas recibidas fueron destinadas efectivamente a la obra. Sigue apoyando su declaración en el desglose documentado de gastos a folio 27 de autos y en los conceptos que constan en la comunicación que cursó al querellante en noviembre de 1998 (folio 28), pero no cabe obviar que esos documentos son enteramente confeccionados por él mismo y que para entenderse fiel reflejo de lo acaecido precisarían de corroboración por otras fuentes. Nada de ello se ha producido, antes al contrario del material que se hace constar (como adquirido que es a proveedores) no existe factura alguna de adquisición, el pago a profesionales (arquitecto y aparejador) únicamente alcanza las sumas que la parte acusadora afirma en su calificación (corroborado aquí por cuanto el aparejador en el plenario sí afirma la percepción de 100.000 ptas. directamente del acusado, pero el resto satisfecho por el querellante) y, en fin, respecto del impuesto que se dice satisfecho precisamente es concepto tributario por el que no declara (folio 60).

Sentencia 13/2010, AP LÉRIDA, Sec. 1.ª, de 25 de enero de 2010

PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO: DIFICULTADES PARA CONSTRUIR SOBRE ELLA UNA APROPIACIÓN INDEBIDA

Arts. 245, 250.1.6.º, 252, 390 y 392 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Lucía Jiménez Marquez**

SÍNTESIS

Se ha venido admitiendo sin dificultad la posibilidad de construir el delito de apropiación indebida sobre la prenda ordinaria, toda vez que el poseedor de la cosa no era el propietario de ésta; más dificultades plantea la prenda sin desplazamiento, en la que las cosas pignoras permanecen en posesión de su dueño quien, al disponer de ellas, de nada “se apropia”.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

Único.—Resulta probado, y así se declara por la Sala, que el acusado Ovidio, actuando como representante y administrador de la mercantil Exgasive SL, en fecha 23 de marzo de 2007 suscribió un contrato de suministro de pienso con Setovich SL para el engorde, en régimen de integración, de varios cerdos que se encontraban en granjas de Exgasive y del propio acusado.

En la misma fecha se otorgó garantía prendaria sin desplazamiento sobre 1000 cerdas madres de reproducción, propiedad de Ovidio, integradas 600 en la Granja Exgasive sita en Vilanova de Segria y 400 en la Granja Farré sita en el término de Tarros, municipio Tornabous, de la Fuliola, cubriendo un máximo de hasta 145.000 euros a favor de Setovich, en garantía del saldo deudor existente entre las partes a la fecha del contrato y sucesivos saldos que se produjeran a partir del suministro con cargo indistinto a Exgasive y a Ovidio.

En fecha 14 de mayo de 2008 le fueron devueltos a Setovich SL, por falta de fondos, dos de los pagarés librados por el acusado para el cumplimiento del contrato, con vencimientos ambos de 20 de marzo de 2008.

Ante dicho impago, Setovich procedió a la ejecución judicial de la prenda, previa determinación de un saldo deudor de 306.454,40 euros, dando lugar al procedimiento de ejecución 632/2008 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Lleida. En el escrito contestando a la demanda, el demandado se opuso a la misma alegando que, ante la imposibilidad de hacer frente al pago y previo acuerdo de las partes, se había procedido a vender a la propia Setovich SL los animales ofrecidos en prenda, aportando al procedimiento dos documentos, siendo el primero la factura emitida en fecha 28.4.08 por el acusado a Setovich y el segundo el fax de devolución de esa misma

factura, datado al día siguiente, en que consta el sello de Setovich SL.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

La jurisprudencia viene manteniendo que la prenda es un título que puede servir de base para la comisión de este delito, partiendo del carácter abierto de la fórmula utilizada legalmente. Sin embargo, dicha afirmación ha venido referida a los supuestos de prenda ordinaria, en los que la posesión del bien pignorado se entrega a quien no es su propietario, convirtiéndolo en depositario, algo distinto de lo que ocurre en supuestos de prenda sin desplazamiento de la posesión, como el que nos ocupa, en el que quien ofrece la garantía es el propietario de los bienes. Entonces, la cuestión a resolver estriba en delimitar el ámbito civil y penal del contrato suscrito para ver si su incumplimiento tiene enmarque en la figura de la apropiación indebida. Al respecto, la STS de 5.3.90, ponente Marino Barbero Santos, señala que “La respuesta ha de ser radicalmente negativa. Y por una razón elemental, porque el objeto jurídico del delito de apropiación indebida es la propiedad. Y mal puede lesionar el bien jurídico de la propiedad en cuanto tal, quien es propietario. Apropiación de lo que es propio es una contradictio in adjecto. Presupuesto del injusto típico es la ajeneidad de la cosa. Y en la prenda sin desplazamiento el depositario es dueño del objeto”. El depositario y dueño puede vender la totalidad o parte de los bienes pignorados, bajo ciertas condiciones, el incumplimiento de las cuales al efectuar la venta no cumple el elemento subjetivo del tipo de apropiarse o distraer, es decir, de apoderarse de tal bien, por la razón expuesta de que nadie puede apoderarse de lo que es suyo.

La aplicación de esta postura jurisprudencial al presente supuesto forzosamente ha de conducir a la absolución del acusado

por el ilícito de apropiación indebida que le imputan las acusaciones, pues si el mismo dispuso, en cualquier forma, de algo de su propiedad, mal puede lesionar el bien jurídico dominical que a él atañía, estando, además, expresamente prevista en el contrato la posibilidad de transmisión del ganado con el consiguiente mecanismo de subrogación de

las obligaciones del deudor. Por ello, resulta irrelevante, a los efectos del concreto delito imputado, que los animales pignorados se vendieran al propio querellante, como sostiene el acusado, o se vendieran a un tercero, de forma que el incumplimiento del contrato de prenda sin desplazamiento habrá de tener su tratamiento en sede civil y no penal.

Sentencia 13/2010, AP MADRID, Sec. 26.^a, de 27 de enero de 2010

DISPENSA DE DECLARAR Y NULIDAD DE ACTUACIONES

Art. 416 LECrim.

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ignacio José Fernández Soto**

SÍNTESIS

Concluye la sentencia que no se produjo la nulidad invocada por la parte —por vulneración del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— por cuanto la víctima compareció a denunciar los hechos, inculminó a su pareja sentimental con inequívoca voluntad de relatar los hechos, en presencia del letrado propio y de la defensa, sin que por parte de ninguno de ellos se pronunciara protesta alguna.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Se alega por el recurrente la vulneración del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por cuanto se informó a la denunciante de su deber de declarar, no considerando de aplicación la excusa prevista en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Afirma el recurrente que en el acto del juicio, la denunciante, a pesar de ser su expreso deseo no declarar, fue obligada a hacerlo, constituyendo dicha declaración prueba de cargo suficiente para imponer una condena a mi defendido, por todo lo cual, al estar sometido el Poder Judicial al imperio de la Ley, esta decisión no

puede ser vulnerada a capricho, por lo que procede dictar una sentencia absolutoria.

La sentencia impugnada razona por qué no procedía hacer a la víctima la información sobre dispensa de declaración, al tratarse de denunciante que puso en conocimiento de la autoridad los hechos que dieron lugar al procedimiento, basándose en el auto del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2009, que efectivamente recoge dicha posición, por lo que en modo alguno puede calificarse de caprichosa la actuación del Juez de instancia, sino al contrario, razonada y con fundamento en una decisión del Tribunal Supremo. Ciertamente es que dicha doctrina no ha tenido continuidad y, al contrario, se han producido repetidos pronunciamientos que

amparan el ejercicio de la dispensa de declaración por quien es denunciante (SSTS de 27 de enero y de 10 de febrero de 2009, ponente Alfredo Prego de Olivar) que reconocieron la dispensa a denunciante que renunció a ella en su declaración sumarial, pero la ejercitó en la vista oral), por lo que estimamos que la postura más correcta, en caso de haber hecho la víctima ejercicio de la dispensa, hubiera sido aceptársela, y en caso de negativa a admitirla del tribunal hubiera procedido declarar la nulidad de la prueba así obtenida (STS 26 de marzo de 2009, ponente Luciano Varela Castro).

Ocorre, sin embargo, que revisada la grabación de la vista oral, no apreciamos que la víctima/denunciante, como afirma el recurrente, expresase su deseo de no declarar. Por el contrario, compareció como acusación particular, asistida de letrado que, hasta la modificación de las conclusiones, ejercitó la acusación, y al ser informada de la obligación de declarar, manifestó “yo ya declaré”, para a continuación, tras aclararle el Juez que tenía que responder ahora a las preguntas, contestar a los interrogatorios sin poner objeción alguna, y sin que ninguna de las partes, acusadoras o acusadas objetara en ningún momento la decisión del Juez de lo Penal, ni formulara protesta ni alegación de ningún tipo. Debe señalarse asimismo que la víctima no sólo denunció, sino que también incriminó al acusado en su declaración en instrucción, sin que tampoco se objetase por ninguna de las partes la falta de información de la dispensa legal.

Y es aquí de aplicación la doctrina jurisprudencial que, con alguna señalada excepción (STS 20 de febrero de 2008, ponente Andrés Martínez Arrieta, y la que cita n.º 385/2007, de 10 de mayo, que afirma la necesidad de informar en las declaraciones judiciales de tal dispensa aunque la víctima sea denunciante, con sanción de nulidad en otro caso), viene manteniendo que la significación de la dispensa es distinta en el caso del denunciante, pues mediante el ejercicio de la denuncia se pone de manifiesto su espontánea voluntad de poner en conocimien-

to de la autoridad determinados hechos delictivos, lo que implica la inexistencia del conflicto de deberes en el testigo que justifica la dispensa legal y la voluntad expresa de declarar sobre los hechos, sin perjuicio de la posibilidad de ejercitar la dispensa en cualquier declaración posterior, sea o no informado de la misma. Así, ya la STS de 18 de diciembre de 1.991, ponente Enrique Ruiz Vadillo, rechazó el recurso de casación por quebrantamiento de forma, por invocación de falta de información a un pariente con dispensa de declaración, afirmando que “En uno y otro caso, aunque el testigo hubiere declarado voluntariamente en el sumario, no puede ser obligado a hacerlo en el juicio oral, pero si es el testigo mismo quien ha puesto en marcha con su denuncia o querrela la actividad jurisdiccional y es autollamado a juicio, la situación es distinta. No consta en efecto la advertencia, sí que su exploración en el sumario se hizo en presencia de la madre que, como queda dicho, era denunciante, en una situación familiar realmente dramática y que la defensa, conocedora de este derecho, nada dijo en el juicio oral respecto a lo que ahora se entienden como irregularidades. La hija es interrogada por la defensa y precisamente, atendiendo el reflejo en el acta, de manera extensa y pormenorizada.

(...)

En definitiva no se produjo la nulidad invocada por cuanto la víctima compareció a denunciar los hechos, incriminó a su pareja sentimental tanto en instrucción como en el Juzgado de lo Penal, en calidad de acusación particular, y en inequívoca voluntad de relatar los hechos objeto de la denuncia, y todo ello en presencia del letrado de la defensa y con la asistencia de su propio letrado, sin que ninguno de ellos formulara protesta alguna por la falta de información sobre la dispensa, que entendemos era innecesaria mientras la víctima mantuvo la iniciativa de llevar adelante el proceso penal por hechos de los que había sido víctima directa. Procede por ello la íntegra desestimación del recurso de la defensa.

Sentencia 4/2010, AP MADRID, Sec. 16.ª, de 29 de enero de 2010

“MOBBING”: DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL

Arts. 137.1, 147 y 177 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Matilde Gurrera Roig**

SÍNTESIS

Transcribimos los hechos declarados probados en la sentencia, que constituyen acoso moral en el trabajo, al ejercerse violencia psicológica a través de una conducta de persecución u hostigamiento a un trabajador.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

Queda probado, y así se declara expresamente, que los acusados Hermenegildo y Milagrosa, mayores de edad y sin antecedentes penales, eran representante y gerente de la mercantil Jorauto S.L., concesionario de automóviles Renault y taller de reparación de vehículos sito en la localidad de Collado Mediano en la que desde marzo de 1995 trabajaba como auxiliar administrativo María Esther, sobrina y prima respectivamente de ambos acusados.

Después de solicitar repetidamente a los acusados que le concretaran por escrito el horario de la jornada laboral, le comunicaran el turno de vacaciones, y otros extremos relativos a su categoría profesional, sin recibir contestación alguna, el 12 de noviembre de 2002 acudió a la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, girándose visita por la Inspección al centro de trabajo el día 25 de noviembre de 2002. A partir de este momento se incrementaron los insultos y los gritos hacia la trabajadora por parte de los acusados manteniendo una permanente conducta de vejación y menosprecio hacia María Esther, con frases por parte de Hermenegildo como “jodida fea... te machaco,

tienes la cabeza loca, te trituro, te vas sin paro, sin papeles, sin nada y encima juicio, eres tonta...”

El 26 de noviembre de 2002, justo después de la Inspección, la empresa notificó a la trabajadora despido disciplinario por haber usado para llenar combustible en una gasolinera una tarjeta de crédito de la empresa. Dicho despido fue declarado nulo de pleno derecho por Sentencia de 24 de marzo de 2003 dictada por el Juzgado de lo Social n.º 23 de Madrid, condenando a la empresa a readmitir a la trabajadora y fijando un salario mensual de 986,53 euros. La querella interpuesta por el acusado contra María Esther por el uso fraudulento de la tarjeta de crédito fue sobreseída por Auto de 19 de septiembre de 2005 dictado por el Juzgado de Instrucción n.º 2 de Colmenar Viejo.

Los acusados el 23 de mayo de 2003 tras verse obligados judicialmente a readmitir a María Esther en su puesto de trabajo, de común acuerdo, la trasladaron a un local pequeño, sucio, sin ventilación, calefacción ni ordenador, aislándola de los demás trabajadores, encomendándole tareas inútiles y sin contenido como consta en la nueva acta de Inspección de Trabajo de noviembre de 2004. Además se la obligaba a mantener la

puerta que daba al taller abierta para que entrara el humo y el ruido de los coches. Ante tal situación María Esther grabó varios incidentes, uno con Hermenegildo diciéndole entre gritos: “no hay calefacción ni te la voy a poner, yo digo que soy el jefe y que la puerta esté abierta, te denuncio por desacato, si tienes narices cierra la puerta que te tragas los dientes. La puerta se queda abierta y se queda abierta, jodida fea, sigue en tu silla, si tienes frío te vas a tu casa. No toques la puerta que la mala leche la tengo yo, no tú. Haces lo que yo te mande que para eso te pago, si te interesa bien y si no te vas, esto es así de fácil, simpática, yo me descojono de ti, te voy a mandar a la puta calle...”; otro con la acusada Milagrosa increpándola en tono airado: “si tienes frío te traes una manta de casa y te la pones en la cabeza, no toques la puerta, si la tocas ya veremos a ver lo que pasa, te lo juro por mi padre, guarra...” llamando acto seguido a un operario del taller para que quitara la puerta. Dicho incidente obligó a María Esther a acudir de nuevo a los tribunales hasta que el Juzgado de lo Social en sentencia de 4 de mayo de 2005 le reconoció el derecho a cerrar la puerta.

A causa de todos estos hechos María Esther sufrió un trastorno adaptativo mixto con cuadros de depresión y ansiedad que precisaron para su curación tratamiento médico con ansiolíticos y antidepresivos pautados por un psiquiatra, causándole una baja laboral prolongada y con sometimiento a psicoterapia individual, restándole como secuelas una situación de estrés postraumático de entidad moderada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Dicho lo anterior y entrando ya en el análisis de la cuestión de fondo que ha sido objeto de enjuiciamiento, los hechos que se han declarado probados son constitutivos de un delito de acoso moral en el trabajo, fenómeno conocido en la terminología anglosajona como “mobbing”, encuadrable en el apartado 1.º del art. 173 del Código

Penal en el que se castiga al que “infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral”, en concurso ideal del art.º 77 con un delito de lesiones psíquicas del art.º 147.1 del C.P.

El acoso moral en el trabajo viene definido como una situación en donde se ejerce una violencia psicológica a través de una conducta de persecución u hostigamiento a un trabajador frente al que de forma sistemática y recurrente, se desarrollan actitudes de violencia psicológica de forma prolongada con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores causándole alteraciones psicossomáticas de ansiedad y lograr que finalmente esa persona o personas, al no poder soportar el stress al que se encuentran sometidos, acaben abandonando el lugar de trabajo.

Efectivamente el acoso moral o trato degradante requiere para su apreciación de la concurrencia de un elemento medial, infligir a una persona un trato degradante, y un resultado, menoscabando gravemente su integridad moral. El núcleo de la descripción típica está integrado por la expresión trato degradante que parece presuponer una cierta permanencia, o al menos repetición del comportamiento degradante, pues en otro caso no habría “trato” sino simplemente ataque.

Por trato degradante habrá de entenderse, según la STS 29-9-98 “aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral”.

El concepto de atentado contra la integridad moral, comprende los siguientes elementos (STS de 16 de abril de 2003 o STS 2101/2001 de 14 de noviembre), todos los cuales concurren en el caso de autos:

a) Un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito, que puede consistir en un cúmulo variado de actuaciones que comportan una humillación o vejación.

b) Un padecimiento, físico o psíquico en dicho sujeto pasivo, pudiendo ser sintomatología psiquiátrico-psicológica del mismo.

c) Una cierta intensidad del comportamiento degradante o humillante (sentencia del Tribunal Supremo 2101/2001 de 14 de noviembre) con una cierta continuidad en el comportamiento del acosador, sin necesidad de que los actos sean idénticos, ni de la misma intensidad, debiendo mantenerse duran-

te un plazo de tiempo prolongado, para que efectivamente produzca una perturbación anímica en quien los sufre.

d) Intencionalidad de la conducta vejatoria, deducible de los actos objetivos externos del acusado.

e) Que entre el daño psicológico producido y la actuación activa o pasiva del sujeto activo de la actuación, exista una clara y patente relación de causalidad.

Sentencia 109/2010, AP BARCELONA, Sec. 3.ª, de 4 de febrero de 2010

DERECHO A LA ÚLTIMA PALABRA; NULIDAD DE ACTUACIONES

Arts. 24 CE y 623.1 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Jesús Manzano Meseguer**

SÍNTESIS

En el presente caso —dice la sentencia— el recurrente se limita a señalar que se ha producido una infracción procesal que le produce indefensión pero en momento alguno señala el perjuicio concreto que se le ha causado, ni que en dicho trámite fuera a alegar algo diferente a lo que manifestó como denunciado, ni que la práctica de tal trámite pudiera llevar a un fallo diferente.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) Por lo que respecta al primer motivo de impugnación se solicita la nulidad del acto del juicio por no haber advertido al testigo de las consecuencias legales en caso de mentir y por no haber otorgado la última palabra al denunciado.

(...) la vulneración del derecho a la última palabra, en tanto que manifestación del derecho a la autodefensa, como una de las garantías contenidas en el derecho a la defensa

previsto en el art. 24.2 CE, no se debe configurar como una mera infracción formal desvinculada de la comprobación de que se ha generado una indefensión material, cuya argumentación es una carga procesal del recurrente en amparo... 5. En atención a lo expuesto debe concluirse que en el presente caso no concurre la vulneración del derecho a la defensa (art. 24.2) alegado, habida cuenta de que, si bien no se posibilitó a los recurrentes intervenir al final del juicio, tras la intervención de su Letrado, sin embargo, no resulta posible apreciar que dicha cir-

cunstancia les haya generado una indefensión material, en todo caso, no acreditada en la demanda.

En efecto, con independencia de si cabe considerar que el art. 969 LECrim configura legalmente la última palabra como una garantía de los denunciados en el juicio de faltas —lo que es negado por la Sentencia de apelación impugnada y defendido por el Ministerio Fiscal— lo cierto, desde la perspectiva constitucional, que es la única que cabe analizar en esta jurisdicción de amparo, es que el que no se otorgara a los recurrentes la posibilidad de que tomaran la palabra en último lugar no implica en el presente caso que se haya producido la vulneración del derecho a la defensa (art. 24.2 CE) aducida por los recurrentes. Como se ha adelantado, no resulta posible apreciar que dicha omisión haya generado a los recurrentes una indefensión material. Si se parte de la base ya referida de que el sentido constitucional del derecho a la última palabra, como manifestación del derecho de autodefensa, radica en que el acusado, una vez que ha tenido pleno conocimiento de toda la actividad probatoria realizada y de los argumentos vertidos en los alegatos de las acusaciones y de su propia defensa, pueda contradecir o someter a contraste el desarrollo de la vista, añadiendo todo aquello que estime pertinente para su mejor defensa, sólo cabrá considerar que se le ha generado una indefensión material con relevancia constitucional cuando no se pueda descartar que el trámite omitido hubiera sido decisivo en términos de defensa, en el sentido de que hubiera podido determinar un fallo diferente. Ello exigiría, al menos, que se indicara por los recurrentes en la demanda de amparo qué concreta actividad probatoria o alegaciones efectuadas en fase de informe son las que se pretendían contradecir, someter a contraste o, simplemente, refutar o matizar en el ejercicio del derecho a la última palabra, a los efectos de que este Tribunal pudiera realizar el juicio de certeza

sobre su eventual incidencia en la resolución impugnada.

En el presente caso, no sólo es que no se ha cumplido con dicha carga procesal, imposibilitando que este Tribunal pueda desarrollar el control constitucional que se le solicita, sino que, además, incluso acudiendo directamente a las actuaciones tampoco resulta posible ni a partir del desarrollo del propio juicio de faltas ni, especialmente, atendiendo a lo razonado en los recursos de apelación planteados, en que los recurrentes se limitan a la denunciar la infracción formal de la omisión del trámite, el poder apreciar qué concretas cuestiones hubieran podido ser planteadas por los recurrentes en dicho trámite, para a partir de ellas poder alcanzar una convicción sobre su carácter decisivo. Ello es demostrativo de que los recurrentes han acudido a este amparo invocando el mero incumplimiento formal de un trámite procesal que, a pesar de su evidente conexión con el ejercicio de un derecho fundamental como es el derecho a la defensa (art. 24.2 CE), no permite concluir su vulneración al no ponerse de manifiesto en ningún caso indefensión material alguna a derivar de dicha omisión.”

En el presente caso el recurrente se limita a señalar que se ha producido una infracción procesal que le produce indefensión, pero en momento alguno señala el perjuicio concreto que se le ha causado, ni que en dicho trámite fuera a alegar algo diferente a lo que manifestó cuando declaró como denunciado, ni que la práctica de tal trámite pudiera llevar a un fallo diferente. Dicha doctrina debe aplicarse también al hecho denunciado por el Sr. Desiderio acerca de que no se advirtió al denunciante las consecuencias de mentir en su declaración, pues en modo alguno se ha acreditado el perjuicio sufrido, y en todo caso, el problema se plantearía en el supuesto de deducción de testimonio, cosa que no ha tenido lugar. Por tanto, y siguiendo la doctrina constitucional antes expuesta, procede desestimar el presente motivo.

Sentencia 118/2010, BARCELONA, Sec. 3.ª, de 4 de febrero de 2010

DROGAS: AGRAVACIÓN POR PERTENECER EL RESPONSABLE A UNA ORGANIZACIÓN ENCAMINADA A DIFUNDIR LA SUSTANCIA

Arts. 368, 369.1.2.º, 6.º y 10.º y 370.3 Código Penal

Ponente: Ilma. Sra. D.ª María Jesús Manzano Meseguer

SÍNTESIS

En el presente supuesto, de la prueba practicada quedó acreditada la existencia de una organización para la introducción de sustancias estupefactivas en las costas españolas desde Marruecos, existiendo una actividad coordinada, con permanencia y reparto de funciones entre todos los acusados.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) De acuerdo con reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 26 de marzo de 2001), la participación de una pluralidad de personas en la comisión de delitos consistentes en tráfico de drogas no constituye base suficiente para poder afirmar que existe una organización delictiva encaminada a la realización de ese tráfico, siendo requisitos necesarios para que se aprecie que el tráfico ilícito es obra de una organización la existencia de una pluralidad de personas coordinadas entre ellas y con cierta estabilidad de personas o permanencia en sus actividades, aunque cabe su existencia también aun cuando tuviera un carácter transitorio, con utilización de una serie de medios idóneos para el fin que se propone y jerarquización y reparto de roles entre los componentes del grupo.

Algunas sentencias añaden como otros signos de la organización la amplitud del espacio geográfico en el que opere, la gran cantidad de sustancia dedicada al tráfico o que se ocupe de la realización de la totalidad

del proceso de distribución, pero tal como señala la referida sentencia del TS de 26 de marzo de 2001, estas características, al igual que la existencia de formas jurídicas que encubran la realización del tráfico, no siempre se dan y, en realidad, no son imprescindibles para poder afirmar la existencia de organización con finalidad de tráfico.

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 6 de septiembre de 2002 señalando que no basta una codelincuencia sino que es preciso que esa pluralidad de personas previamente puestas de acuerdo para difundir la droga se encuentren coordinadas entre sí, con una cierta duración o permanencia en el tiempo, siendo preciso un acuerdo o plan de acción con finalidad de difundir la droga con reparto de las tareas a realizar.

Por último, la STS de 23 de Junio de 2005 señala: “Esta Sala ha considerado que en el concepto de asociación u organización debe incluirse ‘cualquier red estructurada, sea cual fuere la forma de estructuración, que agrupe a una pluralidad de personas con una jerarquización y reparto de tareas o funciones entre ellas y que posea una vocación

de permanencia en el tiempo'. No cabe pasar por alto las expresiones que el Código incorpora al configurar esta hiperagravación o cualificación de segundo grado, refiriéndose a la 'transitoriedad' de la asociación o a la 'ocasionalidad' en la consecución de los fines perseguidos por ésta, lo que amplía en grado sumo las posibilidades subjuntivas de agrupaciones o asociaciones de dos o más personas que respondan a los criterios jurisprudenciales señalados. Una cuestión interpretativa más surge como consecuencia de la aparente desvinculación de esta figura cualificada del tipo básico al que se remite, por el hecho de relacionar la organización o asociación con la finalidad de difundir las sustancias o productos tóxicos o psicotrópicos, aunque debemos entender, desde una elemental interpretación lógica, que la conducta de difusión referida afecta y en definitiva constituye un modo de promoción, fomento o facilitación del consumo ilegal de drogas. En todo caso la agravación debe quedar perfectamente deslindada de los supuestos de codelincuencia o transitoria consorciabilidad para el delito. Serán notas diferenciadoras de la idea asociativa u organizativa:

- a) la forma jerárquica de la misma en la que unas personas, con mayor responsabilidad dan las órdenes que otros ejecutan. Las primeras normalmente están más apartadas del objeto del delito.
- b) el reparto de papeles o funciones, lo que hace que un miembro con un cometido pueda ser reemplazado por otro sin que resulte afectado el grupo.
- c) que posea vocación de estabilidad o permanencia en el tiempo, sin perjuicio de la evolución o acomodación de su estructura originaria a las circunstancias sobrevenidas en busca de una mayor eficacia en sus obje-

tivos ilícitos y mayores obstaculizaciones o dificultades en el descubrimiento de la red criminal.

Este complejo de personas con organigrama y planificación previa, pertrechadas normalmente con medios adecuados a los fines delictivos propuestos, hace que resulte más difícil al Estado luchar contra tales redes perfectamente estructuradas, que a su vez realizan, lógicamente, operaciones de mayor envergadura. Esta y no otra es la 'ratio' de la cualificación de la conducta."

En el presente caso, de la prueba practicada queda acreditada la existencia de una organización para la introducción de sustancias estupefacientes en las costas españolas procedentes de Marruecos, existiendo una actividad coordinada, con permanencia y reparto de funciones entre todos los acusados. Así se infiere del contenido de las intervenciones telefónicas y del hecho de que una operación de tráfico de la importancia de la enjuiciada, con los medios personales y materiales utilizados, necesariamente tiene que obedecer a la existencia de toda una organización que tenía la finalidad de realizar el tráfico ilícito (STS 26 de marzo de 2001). El agente de la Guardia Civil N... ratificó el atestado y declaró que la operación comenzó porque se escaparon dos individuos en una operación del año 2006 en la que se incautaron 7.000 kg de hachís, detectando a esas dos personas en Barcelona, por lo que comenzaron la investigación dándose cuenta que también la Policía Nacional estaba investigando. En esa investigación se fueron identificando a los diversos integrantes de la organización a través de las intervenciones telefónicas acordadas por los Juzgados de Instrucción, así como las funciones que cada uno de ellos tenía encomendadas y cuyo cumplimiento culminó en la operación de autos.

Auto 84/2010, AP BARCELONA, Sec. 7.ª, de 8 de febrero de 2010

SOBRESEIMIENTO DE LAS ACTUACIONES POR INEXISTENCIA DE DELITO DE CONDUCCIÓN SIN LICENCIA

Arts. 384.2 Código Penal, 65.5.j) Ley de Tráfico y 4 y 6 Reglamento General de Vehículos

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Ana Rodríguez Santamaría

SÍNTESIS

Tras la reforma del Reglamento General de Vehículos operada por RD 818/2009 resulta irrelevante la diferencia entre permiso para conducir motocicleta y licencia de ciclomotor, pues para la conducción de ambos vehículos se requiere permiso, aunque de diferentes categorías.

EXTRACTOS DEL AUTO

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Segundo.—(...) Conviene la Sala en dar la razón al apelante, considerando atípica la conducta del imputado desde el punto de vista del artículo 384.2 del Código Penal, teniendo en cuenta que tras la entrada en vigor el pasado día 8 de diciembre del Reglamento General de Conductores, aprobado por RD 818/2009 de 8 de mayo, la conducción de ciclomotores requiere ahora (artículo 4.2.a) de la titularidad no de una licencia, sino de un permiso (de la clase AM), manteniéndose la exigencia de licencia solo para la conducción de vehículos para personas de movilidad reducida y de ve-

hículos especiales agrícolas autopropulsados. La Disposición Transitoria Segunda de la nueva norma reglamentaria permite la conducción con las licencias hasta su sustitución, sin requisito alguno, por el permiso de clase AM. Por tanto es ya irrelevante esa distinción que realiza el Ilmo. Magistrado a quo entre permiso para conducir motocicleta y licencia de ciclomotor, pues en la actualidad y con la nueva normativa, para la conducción de ambos tipos de vehículos se requiere de permiso, aunque de diferentes categorías. Entiende la Sala que en este caso no ha habido riesgo alguno para el bien jurídico protegido por el artículo 384 del Código Penal, que no es otro que la seguridad del tráfico. (...)

Sentencia 17/2010, AP PALENCIA, Sec. 1.ª, de 11 de febrero de 2010

LA APRECIACIÓN DE LA EXISTENCIA DE MARGEN DE ERROR EN LA MEDIACIÓN DEL ETILÓMETRO DETERMINA LA ABSOLUCIÓN POR DELITO DEL ART. 379.2 CP

Art. 379.2 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Mauricio Bugidos San José**

SÍNTESIS

La Orden ITC/3707/2006 permite apreciar un error en la medición de los etilómetros en resultados superiores a 0,40 miligramos de alcohol por litro de aire espirado del 7,5%.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Cuarto.—En efecto, y explicando lo ya argüido en el anterior Fundamento, el examen de la Orden ITC de 2 de noviembre de 2006 antedicha, nos hace llegar a las siguientes conclusiones:

- a) Que la misma regula el método y plazos de verificación de los etilómetros.
- b) Que para supuestos en que el resultado de la medición sea superior a 0,4 mgros por litro de aire espirado, entiende la posibilidad de que el etilómetro opere con un error de hasta el un 7,5%.
- c) Que la consecuencia de que el etilómetro que se verifique opere con su error superior al 7,5%, es la retirada del etilómetro de uso.
- d) Que la referida Orden, en ninguno de los artículos en que se refiere a la verificación de etilómetros (art.º 14 y siguientes) impone la obligación de constatar la cuantificación del error en aquellos supuestos en que este sea inferior al 7,5% antes aludido,

lo que explica porqué la Guardia Civil, en el caso concreto, no hizo tal constatación.

La pregunta que surge es, si atendidas las circunstancias concurrentes, en el caso se ha de aplicar el 7,5% de error que se pretende por la parte recurrente o no, y la respuesta debe de ser afirmativa.

Cierto es que se desconoce el estado concreto del etilómetro utilizado, y el margen de error con que operaba, pero cierto también que precisamente porque la Orden en cuestión permite la operatividad de etilómetros que operen con dicho margen de error, es factible considerar la posibilidad, cuando menos, de que en el caso concreto fuese así, y en consecuencia una interpretación de la norma favorable al reo, necesariamente impone que en tanto no haya constatación efectiva del error con que operaba el etilómetro, habrá de descontarse del resultado que obtenga los porcentajes a los que se refiere la referida Orden, en este caso el 7,5%, lo que en el supuesto que nos ocupa da un resultado de 0,58 ml por litro de aire espirado, que determina la absolución y en consecuencia la estimación del recurso.

Sentencia 66/2010, AP TARRAGONA, Sec. 2.^a, de 11 de febrero de 2010

CAZA DE ZORZAL POR EL MÉTODO DE BARRACA

Arts. 334, 335 y 336 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Manuel Sánchez Siscart**

SÍNTESIS

El método de caza de barraca con liga y reclamo eléctrico, que cuenta con una gran implantación en las comarcas catalanas del Bajo Ebro, plantea problemas de tipificación desde la perspectiva del principio de legalidad que esta sentencia aborda.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...) corresponde a las distintas Comunidades Autónomas la competencia para determinar los medios o métodos que no se pueden emplear en ejercicio de la actividad venatoria en sus respectivos territorios, con sujeción a lo dispuesto en el art. 34 a) LCENFFS como norma básica del Estado, y dentro de lo preceptuado en el Anexo IV de la Directiva Aves y del Anexo VI de Directiva Hábitats, por imperativo del Derecho Comunitario.

En este sentido, existen ciertas prácticas de caza, de las llamadas tradicionales, fuertemente arraigadas en determinadas zonas geográficas, en nuestro caso en la zona del Baix Ebre y del Montsià, cuyo método de captura consiste en el empleo de liga y de reclamos artificiales, utilizando magnetófonos o aparatos que reproducen el canto de las especies.

El empleo de la liga es un medio no selectivo, en la medida en que no discrimina a priori la especie que va a resultar capturada, y puede afectar a especies distintas de las reglamentariamente permitidas. Las consecuencias del empleo de este método han tra-

tado de paliarse, incluso a través de disposiciones normativas autonómicas (art. 9.2 de la Llei 22/2003 de la Generalitat de Catalunya, de 4 de julio, de protección de los animales) mediante el cumplimiento de una serie de prevenciones, que ya no dependen del método en sí, sino del cumplimiento por parte del cazador de una serie de condiciones externas, como el empleo de disolventes no agresivos, etc., que permita la liberación y supervivencia de los ejemplares de las especies no autorizadas que resulten capturados.

Pero no es la norma administrativa la que nos corresponde interpretar o aplicar, ni tampoco el concepto de método o medio de caza prohibido, masivo o no selectivo, puesto que en sede de jurisdicción penal, en la que nos encontramos, no todo empleo de medios prohibidos por la norma administrativa queda sometido a sanción penal.

Tercero.—Nuestro Código Penal, bajo el epígrafe De los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos, tipifica en el Capítulo IV del Título XVI del Código Penal una serie de delitos, casi todos ellos contruidos como delitos de resultado, sancionando conductas directa-

mente lesivas para determinadas especies. No obstante, en el artículo 336 CP se introduce un delito de mera actividad, sin necesidad de resultado, adelantando la intervención penal, en atención a la potencialidad lesiva intrínseca de los medios empleados. Así, este delito relativo a la protección de la flora y la fauna, establecido en el art. 336 CP, sanciona el empleo de veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva para la fauna.

Esa es la razón de ser del precepto penal, en la medida en la que los medios que concreta la norma penal están llamados a provocar estragos en la preservación de la fauna —nótese la coincidente redacción del precepto con otros preceptos penales previstos en los art. 266, 346, 348 del CP— dado que su potencial dañino provoca de forma inexorable e irremediable la muerte de las especies de forma incontrolada e irreversible, con efectos incluso perdurables en el tiempo o de rebote en la cadena trófica.

Ahora bien, si resulta clara la prohibición de emplear veneno o medios explosivos, la controvertida inclusión del tradicional método de caza “con barraca” en el ámbito penal, así como la inclusión de otros medios o artes de caza no concretados, ha de atender y requerir como condición ineludible que pueda predicarse de ellos una eficacia destructiva para la fauna similar a la que posee el veneno o los medios explosivos, lo que nos plantea una cuestión de primer orden relativa al principio de tipicidad penal.

(...)

Quinto.—En nuestro caso, sin embargo, ni siquiera nos encontramos ante un supuesto de norma penal en blanco, o de reenvío normativo a otras disposiciones administrativas. Nuestro precepto penal contiene una cláusula punitiva extensiva a otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva para la fauna que la inherente al empleo del veneno o los medios explosivos. Esta análoga eficacia destructiva, a la hora de calificar un medio o arte de caza como penalmente sancionado, ha de ser interpretada de

forma estricta, como se decanta del principio de legalidad penal, aprehendiendo el verdadero alcance y aptitud destructiva inherente a los medios que sí concreta la norma penal, sin incluir en esa cláusula genérica otros medios que no se asemejen en cuanto a la capacidad destructiva que quepa predicar de los mismos.

El hecho de que determinados medios o instrumentos de caza o pesca estén prohibidos por la normativa administrativa en modo alguno vincula ni trasciende a la interpretación o determinación del ámbito punitivo del art. 336 CP. No cabe siquiera, según el criterio mayoritario, extrapolar el concepto de medio masivo y no selectivo propio del ámbito administrativo. Debemos delimitar el alcance estricto de la cláusula extensiva mediante la búsqueda de precisas razones de analogía basadas en los mismos parámetros de eficacia destructiva para la fauna, y comprobar si dichas razones concurren en el método denominado tradicionalmente como caza “con barraca” que viene a consistir en la utilización de una liga o pegamento y reclamos magnetofónicos, como método de captura, y el empleo posterior a la captura de disolvente, como método de liberación, para paliar así el efecto no selectivo que a priori cabría predicar del empleo de este método.

El criterio mayoritario ha considerado que no cabe asimilar el empleo de dicho método con el empleo de veneno y medios explosivos, en los términos exigidos de similar eficacia destructiva para la fauna, discrepando de la interpretación que la Sección 2.^a de esta Audiencia Provincial ha establecido en las sentencias de fechas 22 de octubre de 2007, 10 de diciembre de 2007, 19 de diciembre de 2007 y 9 de enero de 2008, acogiendo finalmente el sustentado en las sentencias de fechas 3 y 4 de diciembre de 2007 dictadas por la Sección 4.^a de esta misma Audiencia Provincial.

En rigor, la lectura atenta de los argumentos favorables a la sanción penal en que se han apoyado las sentencias de fecha 22 de octubre de 2007, 10 de diciembre de 2007,

19 de diciembre de 2007 y 9 de enero de 2008 se limitan a constatar, en primer lugar, que el método no es selectivo en sí mismo sino que se hace depender de la propia voluntad del cazador, dado que la supervivencia requiere una limpieza inmediata por parte del cazador del pegamento o liga impregnado en el ave, y en segundo lugar, que el disolvente empleado para la limpieza provoca efectos nocivos que pueden llegar a provocar la muerte de las aves, equiparándolo al veneno previsto en el tipo penal, según definición gramatical prevista en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Los efectos nocivos provocados por el empleo del disolvente en la limpieza de las aves vendría a demostrar, según ese criterio, la eficacia destructiva del método empleado.

Dicha interpretación no se comparte, en primer lugar, porque que el disolvente no es empleado finalísticamente “para cazar” como exige el precepto, sino precisamente para liberar las aves capturadas, y así limitar el efecto aleatorio o no selectivo de la caza “con barraca”. En segundo lugar, si pretendiéramos basar la eficacia destructiva del método de caza precisamente en el empleo del disolvente, ello provocaría una perniciosa consecuencia, pues se llegaría al absurdo de que el cazador preferiría no liberar a las aves, dejando de portar consigo el disolvente, pues en este caso solo podría ser sancionado penalmente en el caso de que alguno de los ejemplares fuera una especie amenazada o prohibida expresamente (art. 334 y 335 CP).

El resto del argumento en el que se basa la tesis favorable a la sanción penal se basa en la simple caracterización del método como no selectivo, dado que se viene a argumentar que la liberación de las aves capturadas descansaría en la propia voluntad del cazador y que aún así la intervención de éste no garantizaría en todos los casos la supervivencia de las aves liberadas.

Ya hemos expuesto que lo que caracteriza a los medios de caza que de forma ejem-

plificativa establece el precepto, veneno y medios explosivos, es su potencialidad lesiva intrínseca, no sólo por su carácter no selectivo e indiscriminado, sino por el imposible reverso de la situación, o imposibilidad de controlar sus efectos devastadores. El veneno y los explosivos pueden llegar a tener una incidencia directa en el medio ambiente en sentido amplio, llamados a provocar estragos en la preservación de la fauna en una zona más o menos localizada del medio natural, en la medida en la que el primero se inserta de forma incontrolada e irreversible en la cadena trófica, y el segundo es capaz de destruir irremisiblemente todo cuanto se halle al alcance de su radio de acción. Ambos métodos provocan además, de forma necesaria e irreversible, la muerte de los ejemplares afectados, lo que no cabe predicar del uso de la liga, el reclamo eléctrico o empleo posterior de disolvente, que si bien son medios prohibidos por la normativa comunitaria y estatal, con las excepciones que en dichos ámbitos puedan establecerse, carecen de semejanza en la preservación de la fauna en una zona más o menos localizada del medio naturalte potencialidad destructiva, y sus efectos no aparecen irreversibles, no causan “per se” la muerte de los ejemplares capturados, ni sus efectos mortales pueden considerarse intrínsecamente incontrolados, irreversibles o acumulativos, ni están llamados a provocar estragos en la preservación de la fauna en una zona más o menos localizada del medio natural, pues se admite pericialmente que un elevado porcentaje de las aves capturadas pueden sobrevivir a su captura con el cumplimiento de las adecuadas prevenciones por parte del cazador.

Incluso la propia acusación pública viene a reconocer en su escrito de recurso que la supervivencia es posible y depende de varios factores (número y tipo de plumas afectadas, tiempo transcurrido desde la captura y su liberación, producto de limpieza utilizado, la delicadeza y minuciosidad del paranyero, si el ave está mojada o seca, las condiciones atmosféricas, la hora de la libe-

ración, estrés a que se haya visto sometido el animal, etc.). Se está admitiendo, por tanto, que el método no causa inexorablemente la muerte de los ejemplares capturados, y tampoco presenta la potencialidad lesiva intrínseca, irreversible, incontrolada o susceptible de provocar estragos, que cabe predicar del empleo de veneno o medios explosivos.

Por todo ello, no somos capaces de identificar, en los estrictos términos que reclama la garantía de taxatividad que se destila del principio de legalidad penal, una razón de analogía, en términos de similar poder destructivo para la fauna, de los medios de caza empleados en la práctica denominada tradicionalmente como “barraca”, descartando por ello la tipicidad de la conducta y reconduciendo los hechos al ámbito administrativo en el que, en su caso, podrá originarse la correspondiente responsabilidad de este tipo, motivo por el que la sentencia de instancia acuerda su notificación al órgano administrativo competente, en su caso, para su sanción. Con ello, entendemos, no se produ-

ce una desprotección del bien jurídico protegido, sino que se reconduce en sus justos términos al ámbito administrativo sancionador aquellas conductas en las que no queda justificado un adelantamiento de la barrera penal mediante la sanción de un delito de mera actividad como es el previsto en el art. 336 CP, basado exclusivamente en la eficacia destructiva de los medios empleados, pues incluso la Directiva 79/409/CEE, de 2 de abril de 1979, alude a la posibilidad de que los Estados miembros puedan establecer excepciones para permitir, en condiciones estrictamente controladas y de un modo selectivo, la captura prudente de determinadas aves en pequeñas cantidades, debiendo relegarse al ámbito administrativo la prohibición en sí del método tradicional denominado de caza “con barraca” o, si es el caso, el incumplimiento de las condiciones o prevenciones que de conformidad con el Derecho comunitario y el Derecho interno puedan establecerse reglamentariamente, por lo que procede desestimar el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.

Sentencia 161/2010, AP BARCELONA, Sec. 6.ª, de 12 de febrero de 2010

ABSOLUCIÓN DE DELITO DE NEGATIVA A PRACTICAR PRUEBA DE DETECCIÓN DE TASA DE ALCOHOLEMIA

Arts. 379 y 383 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde**

SÍNTESIS

La renuencia a practicar la segunda de las pruebas de alcohol en aire espirado no impide conocer el estado en que se encontraba el conductor, puesto que es prueba de contraste y, por esa razón, se considera que no existe delito contra la seguridad vial.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Única.—(...) Quedan pues integradas en la tipificación del artículo 380 del C.P. aquellas conductas que —no suponiendo una negación absoluta a la práctica de las pruebas de impregnación alcohólica legalmente exigidas— supongan la realización consciente de una actividad que, se sabe, terminará por hacer ineficaz e ilusoria la ineludible prueba.

(...)

Pese a ello, el pronunciamiento con respecto a este delito debe ser revocatorio. El artículo 380 del Código Penal condena al conductor que, requerido por el agente de la Autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado como autor de un delito de desobediencia grave, previsto en el artículo 556 de este Código. En tal sentido no sólo destaca que formalmente se exija que la negativa se proyecte sobre la globalidad de las pruebas (como así se deriva de su plural redacción), sino que puede apreciarse que la antijuricidad material descansa en la

elusión de unas pruebas legalmente obligadas y orientadas a la objetivización (comprobación dice el código) de un grado de impregnación alcohólica que pueda poner en riesgo uno de los bienes jurídicos protegidos en el artículo 380 (la seguridad del tráfico e integridad de las personas, según apunta el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 161/97).

Tal antijuricidad no se satisface en aquellos supuestos en los que la inadecuada realización de la prueba de impregnación alcohólica consiste en haber eludido la prueba de constate o confirmación de un previo resultado adverso. En tales supuestos la sobrevenida voluntad obstativa no impide alcanzar la oficial constatación pericial obligatoria del nivel corporal de alcohol y el comportamiento renuente no tendrá más consecuencia que privar a todos de un contraste que refuerce la credibilidad del primer resultado y —eso sí— impedir que el destinatario pueda escudarse en la ausencia de esta corroboración o pueda interesar la nulidad del proceso de prueba, habida cuenta que estas tachas serían esgrimidas precisamente por quien voluntaria y libremente impidió su realización en forma.

Sentencia 160/2010, AP MADRID, Sec. 17.^a, de 15 de febrero de 2010

MUERTE EN IMPRUDENCIA LABORAL: DELITO O FALTA

Arts. 142, 316 y 317 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a Manuela Carmena Castrillo**

SÍNTESIS

La sentencia del Juzgado de lo Penal condenó a los acusados como responsables de un delito contra los derechos de los trabajadores, por imprudencia, y de una falta de homicidio por imprudencia; la Audiencia condena por delito de homicidio por imprudencia, al estimar que ésta no puede calificarse de leve, puesto que en el caso concreto la facultad humana de previsión estaba respaldada por la obligación de haber efectuado esa previsión.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

ANTECEDENTES DE HECHO

En dicha resolución se fijaron los siguientes hechos, como probados:

Primero.—El día 4 de agosto de 1999, entre las 17,00 y las 18,00 horas, Marcelino, trabajaba en la construcción de una obra situada en la Avenida de Francia en su confluencia con la Avenida de Levante, de la localidad de Rivas Vaciamadrid, Marcelino, en el momento de los hechos colocaba chapas galvanizadas en la estructura de la cubierta del edificio en construcción.

Marcelino era empleado de la empresa “Muñoz Cubiertas Especiales S.A.”. Los representantes legales de “Muñoz Cubiertas Especiales S.A.” en el momento de los hechos eran representantes legales de esta empresa Epifanio y Darío. Germán era empleado de “Muñoz Cubiertas Especiales S.A.” y cumplía funciones de encargado.

La empresa constructora del edificio era “Ferrovia Agromán S.A.” subcontrató la ejecución de la cubierta del inmueble con “Muñoz Cubiertas Especiales S.A.” mediante contrato de fecha 16 de febrero de 1999. Luis Pedro era, en el momento de los hechos, representante legal de “Ferrovia Agromán S.A.”, Hernan, era, en el momento de los hechos, empleado de Ferrovia Agromán S.A. y ejercía funciones de encargado de obra.

Segundo.—Marcelino realizaba tareas de colocación de unas chapas galvanizadas en la cubierta del edificio ordenadas por el encargado de su empresa Germán. Entre las 17,00 y las 18,00 horas, se produjo la caída de Marcelino por uno de los huecos de la estructura del forjado de 1,50 por 1,50 metros, que carecía de protección, golpeándose en el forjado y cayendo sobre uno de los descansillo de una escalera situada a unos 7 metros de altura.

Tercero.—Como consecuencia de la caída Marcelino sufrió un traumatismo craneoencefálico, con parada cardiorrespiratoria, que le produjeron la muerte.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Duodécimo.—En relación con el análisis que acabamos de hacer pasamos ahora a analizar la segunda calificación jurídica incorrecta que, en nuestro criterio, observamos en la sentencia de instancia tal y como recoge tanto el Ministerio Fiscal como la Unión sindical de Madrid de Comisiones Obreras. El artículo 316 del Código Penal que, como hemos repetido, lo es de peligro concreto evidenció desgraciadamente en el caso que ahora juzgamos la trascendencia de su contenido de riesgo puesto que al no haberse dado la satisfacción a la seguridad que se precisaba se produjo ese riesgo temido que la tipificación penal intentaba evitar y se produjo la muerte del obrero que se encontraba en aquel momento realizando el trabajo de la instalación de las chapas. Nos dice el Magistrado de instancia que “... la imprudencia exige la concurrencia de un elemento psicológico que afecta al poder y la facultad humana de previsión y que se traduce en la posibilidad de conocer y de evitar el evento dañoso y de un elemento normativo representado por la infracción del deber de cuidado...”.

Pues bien como sucedía en el supuesto de la tipificación anterior y precisamente por esos mismos conceptos que emplea el razonamiento del Magistrado entendemos que no se ha producido la falta prevista en el artículo 621.2 del Código Penal sino como dicen el Ministerio Fiscal y el Sindicato apelante el artículo 142.1 del Código Penal. Y esto al haberse acreditado que los empresarios condenados fueron específicamente

sancionados por haber infringido la norma de seguridad esencial que hubiera evitado la muerte del trabajador. No puede entenderse que la imprudencia haya sido leve puesto que en el caso concreto la facultad humana de previsión estaba respaldada por la obliga-

ción de haber efectuado esa previsión. Y la posibilidad de conocer y evitar el evento dañoso estaba establecido en la necesaria obligatoriedad de los empresarios constructores de instalar las adecuadas medidas de seguridad en la obra que realizaban.

Sentencia 154/2010, AP BARCELONA, Sec. 3.ª, de 16 de febrero de 2010

VENTA CALLEJERA DE CD'S O DVD'S. DELITO CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Art. 270.1 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Grau Gassó**

SÍNTESIS

Estima la sentencia que cualquier venta, incluso la “venta callejera”, es una conducta típica, al estar vetada por la Ley de Propiedad Intelectual otra lectura del término; no siendo posible alegar que la conducta escapa al ámbito de protección de la norma porque no constituye un ataque grave al bien jurídico protegido.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) En segundo lugar, se alega infracción de precepto legal por entender que se ha aplicado indebidamente el art. 270 del Código Penal, planteando de nuevo la cuestión de determinar si la venta ambulante de películas no autorizadas por sus legítimos propietarios constituye un delito contra la propiedad intelectual o si, por el contrario, los hechos no son constitutivos de delito alguno.

Nosotros (como ya hemos expuesto en otras resoluciones precedentes) entendemos que es de plena aplicación al presente caso la postura sostenida por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en su auto de fecha 10 de diciembre del año 2007, en

la que se concluye que es evidente que la conducta de “distribuir”, como elemento normativo jurídico del tipo, solo puede ser interpretado en el sentido que le proporciona el artículo 19 de la LPI por lo que cualquier venta, incluso “la venta callejera”, es una conducta típica al estar vetada por Ley al intérprete toda interpretación del término y, por lo tanto, cumplidas las demás exigencias típicas, no es posible en Derecho afirmar su atipicidad sobre la base de considerar que la conducta escapa del ámbito de protección de la norma porque no constituye un ataque grave al bien jurídico protegido (el derecho exclusivo a la explotación patrimonial de la obra) desde la perspectiva del principio de intervención mínima.

Pero es que, aun cuando se sostuviera que el artículo 270 del CP integra un tipo penal en blanco solo parcialmente, es decir, en lo que se refiere a las exigencias jurídico privadas que disciplinan la titularidad (jurídicamente reconocida) de un derecho de la propiedad intelectual, sin que el legislador penal y el interprete se hallen vinculados, en lo que a la descripción de las conductas típicas se refiere, a conceptos estrictamente mercantiles, del redactado y exigencias típicas del precepto y del bien jurídico protegido (interpretación sistemática) se desprende que cuando el legislador ha empleado el término “distribuir”, junto al de reproducir, plagiar o comunicar públicamente, con ánimo de lucro y en perjuicio (patrimonial) de tercero, no se está refiriendo al contrato de distribución strictu sensu, sino a la puesta a disposición del público (por lucro) de copias o reproducciones con lesión (patrimonial) del derecho de explotación de la obra que jurídicamente pertenece a sus titular y no así, en cambio, para el mero autor-distribuidor, a la “distribución” gratuita de dichas copias, esto es, sin ánimo de lucro, aun cuando fuera masiva que sí escapa al tenor literal del precepto (“con ánimo de lucro”).

Y, a mayor abundamiento, tal entendimiento de los conceptos típicos de “reproducción” (en masa) o de “distribución” (en grandes cantidades) vaciaría en gran medida de contenido, orillando la interpretación sistemática, el subtipo agravado del artículo 271 del CP.

La atipicidad de “la venta callejera” preconizada tampoco halla causa en la ausencia de antijuricidad material lo cual solo tiene lugar, según la doctrina actual, en el supuesto de hechos que, aun cabiendo en la literalidad típica: a) No implican una afectación suficiente del bien jurídico por no ser impu-

table su lesión a una conducta suficientemente peligrosa. (Ejemplo, el que causa la muerte de otro a consecuencia de un mero empujón que determina su caída y que su cabeza dé en un bordillo no puede considerarse autor del tipo de homicidio porque la muerte no puede imputarse objetivamente como una conducta suficientemente peligrosa). b) El bien jurídico típico es disponible por parte de su titular y existe conformidad de éste. (Ejemplo, no hay tipo de detención si la víctima consiente en ser detenido). c) Son hechos adecuados socialmente (principio de adecuación social). Así, no son penalmente típicos los malos tratos, improprios o lesiones consecuencia de actuaciones deportivas normales. d) Son hechos o ataques insignificantes al bien jurídico protegido por la norma (principio de insignificancia). Así, no constituye el tipo de coacciones el hecho de que en una autopista un vehículo impida adelantar a otro manteniéndose indebidamente en el carril izquierdo.

En estos casos —y solo en estos, entre los que no resulta subsumible el que nos ocupa— que, sin embargo, formalmente caben en la letra de los tipos penales respectivos, se habla dogmáticamente de causas de exclusión de la tipicidad que deben contraponerse a las causas de justificación, las cuales presuponen la existencia de la tipicidad según la doctrina mayoritaria.

En todos los demás, las conductas descritas en un tipo penal son típicas y lo es, pues, “la venta callejera” de copias o reproducciones de CD o DVD, sin perjuicio de que pueda apreciarse en dicha conducta, como eximente o atenuante, el estado de necesidad o incluso un error de prohibición, vencible o invencible, si se acreditaren los presupuestos que los viabilizan.

Sentencia 39/2010, AP LOGROÑO, Sec. 1.ª, de 22 de febrero de 2010

APROPIACIÓN DE EFECTOS DE UN CAMIÓN: ROBO, HURTO O APROPIACIÓN INDEBIDA

Arts. 16, 62, 234, 238.3.º, 240 y 253 Código Penal

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ricardo Moreno García

SÍNTESIS

Revoca la Audiencia la sentencia condenatoria por robo de la instancia y pena por delito de hurto a quienes, tras manipular los enganches de sujeción de la lona que cubría la carga, rompieron los remaches de las argollas, abrieron una de las cajas precintadas que portaba para comprobar su contenido (calzado) y luego trasladaron dicha carga y otras veintinueve más.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Se discrepa por la recurrente de la calificación jurídica realizada excluyéndose el robo y si acaso se trataría de un hurto o una apropiación indebida y es aquí donde sobre la base de los hechos declarados probados y atendiendo igualmente lo manifestado por las partes cabe llegar a una diferente valoración jurídica de los hechos acaecidos respecto de la conclusión que se alcanza en la sentencia.

Al respecto debe indicarse que el recurso de apelación permite al órgano judicial superior resolver cuantas cuestiones de hecho o de derecho se planteen con el límite de la reformatio in peius, esto es, que aquel en cuyo perjuicio se produce la reforma no tenga ocasión de defenderse, a no ser que la reforma sea consecuencia de la aplicación de normas de orden público aunque no sea pedida por las partes (SSTC 124/83, 54/85, 145/87, 194/90 y 21/93, 120/1994, 272/1994 y 157/1995). Por lo tanto, el juez ad quem puede llegar a una conclusión distinta a la alcanzada en primera instancia al

valorar la prueba pues se halla en idéntica situación que el Juez a quo corrigiendo la ponderación llevada a cabo por este (STC 102/1994, 120/1994, 272/1994, 157/1995, 176/1995, 43/1997 y 172/1997).

Y esto debe ponerse en relación respecto de la discrepancia en la valoración jurídica de los hechos en cuanto que en la sentencia se condena como robo con fuerza en tentativa mientras que se sostiene en el recurso que se trataría de una apropiación indebida o de un hurto en grado de tentativa.

En cuanto que de hechos se está tratando debe señalarse que en la misma sentencia se recoge en sus hechos probados que las acusadas acudieron hasta el camión DAF matrícula ... estacionado en las inmediaciones de la empresa REDUR y "... tras manipular los enganches de sujeción de la lona que cubría la carga, rompieron los remaches de las argollas, abrieron una de las cajas precintadas que portaba para comprobar su contenido (calzado) y luego trasladaron dicha caja y otras veintinueve más..." y en su fundamentación añade cómo si bien la nave queda siempre con la puerta corredera cerrada la

cual está dotada de un candado que cierra el último camionero, no se puede asegurar por el gerente que dicho candado hubiera quedado debidamente cerrado, indicándose por otro que el camión en cuestión estaba fuera de la nave.

Por otra parte el propietario del camión manifestó, según se recoge en la sentencia que "... este quedó perfectamente cerrado, y que para acceder a la mercancía debieron de romper unos remaches de las argollas que sujetan la lona..." con unos daños mínimos que no se reclaman.

En la declaración policial (f.-11) el testigo Sr. Norberto en relación con el modo de acceder a la mercancía indicó que "... para hacer a la carga de su camión manipularon los enganches de sujeción de la lona..." (f.-11) causando daños de muy escasa consideración, precisándose en su declaración judicial (f.-74) que la caja del camión en la que iba la mercancía era como una caja cerrada de lona y que "... levantaron ésta para sustraerlos. Que rompieron un poco la cincha para sacar las cajas o introducirse dentro del camión. Que las barras van con un cerrojo pero éste no lleva llave, que no tuvieron que romper nada". En igual sentido otro testigo Sr. Carlos José manifestó que el modo de acceder había sido "... quitando para ello los enganches de sujeción del toldo" (f.-14). Nuevamente en el acto del juicio y sobre este extremo se recoge que "... la lona está cerrada con cinchas... para abrirlas has que soltar las cinchas y abrir un cerrojo...".

En conclusión puede determinarse la existencia de unas cinchas que sirven para sujetar la lona. Estas cinchas y las argollas por las que pasa junto con el cerrojo con el que finalmente se cierra sirven para sujetar la lona, por lo que puede afirmarse que lo que existe, propiamente hablando, es un sistema de sujeción de la lona para garantizar su cierre evitando por tanto dejar la mercancía expuesta, sin que de tal sistema pueda deducirse que exista de garantía frente a la acción de cualquier persona más que el me-

ro hecho de abrir el cerrojo o cierre, lo cual no está impedido por ningún candado o llave o sistema que permita que su apertura esté reservada al tenedor de la llave o sistema de cierre.

En atención a lo cual cabe concluir que no es un delito de robo con la concurrencia de una fuerza en sentido legal sino que se trataría de un hurto, y descartándose desde un inicio la existencia de apropiación indebida puesto que tal como se ha descrito se trata de mercancía embalada y colocada dentro de un camión y cubierta con una lona dispuesta para su transporte y sobre la cual las acusadas levantan la lona soltando las cinchas de las argollas y consiguen de esta manera apoderarse de las cajas de calzado. Circunstancias sobre las cuales no se objeta cuestión alguna en el recurso de apelación.

En consecuencia dado que no cabe hablar de la presencia de fuerza en las cosas en sentido legal, así como tampoco de la apropiación de efectos que las acusadas hubieran recibido "... en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido..." así como tampoco eran efectos que puedan considerarse como "... cosa perdida o dueño desconocido..." y puesto que los efectos están valorados en más de 400 euros —la propia sentencia en aspecto no discutido y que ha quedado perfectamente acreditado indicaba que "... la mercancía de cada una de las treinta cajas está valorada en 1.000 euros cada una, total 30.000 euros; se apoderaron asimismo de otros seis bultos de distintas empresa, de los que no consta su contenido..."— se trataría de un delito de hurto del art. 234 del Código Penal.

Establece el art. 234 del CP, que "El que, con ánimo de lucro, tomare cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado como reo de hurto, con la pena de prisión de 6 a 18 meses si la cuantía de los sustraídos excede de 400 euros..."

Sentencia 123/2010, AP GIRONA, Sec. 3.^a, de 23 de febrero de 2010

ROBO CON INSTRUMENTO PELIGROSO: PISTOLA SIMULADA

Arts. 237, 242.1 y 2, 21.5, 21.2, 20.2 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ildelfonso Carol Grau**

SÍNTESIS

En el caso de autos, a la vista de los hechos que en la sentencia se declaran probados, la supuesta arma empleada no es sino una pistola de juguete de plástico, de la que no se ofrece ningún otro dato. No dispara balas, pero además, bien podría tratarse de un arma de muy escaso peso o dureza, imposible de emplear como maza o martillo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El recurso interpuesto por el condenado se apoya en un único motivo: la supuesta aplicación indebida del subtipo agravado del artículo 242.2 CP (uso de arma o instrumento peligroso), a la vista de que la propia sentencia declara que el objeto empleado era “una pistola de plástico de juguete”. Pidiendo, de conformidad con lo anterior, que la no estimación del subtipo agravado conlleve la reducción de la pena impuesta al recurrente hasta la de un año de prisión. El Ministerio Fiscal, por su parte, solicita que se desestime el recurso por entender que la aplicación del subtipo es correcta, a la luz de la jurisprudencia.

Segundo.—1. La jurisprudencia más antigua sostenía la procedencia de aplicar el subtipo agravado del artículo 242.2 CP cuando el arma simulada que el sujeto activo porta presenta “... una perfecta similitud con las verdaderas y de fuego real de tal manera que eran suficientes para suscitar la correspondiente reacción intimidativa en cualquier persona que se viese encañonada

por el artefacto”. Lo que justificaba indicando que “El peligro derivado de su uso viene determinado por la reacción que puede originar en la persona agredida, desencadenando estímulos de carácter psíquico-emotivo que pueden repercutir gravemente sobre la salud del afectado que no conoce, en la situación en que se encuentra, la efectividad agresiva del arma que le encañona” (ambos entrecomillados de la STS 170/1992, de 3/2). Señalando al respecto la STS 1078/1999, de 2/7, que “Es posible afirmar que la ejecución con un arma simulada refleja un grado de violencia menor, pero desde el punto de vista de la intimidación, es decir del efecto coactivo sobre el sujeto pasivo, la utilización de un arma simulada es equivalente a la de un arma real, pues produce en la víctima una impresión equivalente”.

2. De igual modo, la STS 1347/1999, de 24/9 (con cita de otras) nos recuerda que “... se entiende por uso de armas y otros medios peligrosos no sólo su empleo directo, sino también su exhibición o utilización conminatoria por el riesgo que comporta”; así como que “... la aplicación del subtipo

agravado de utilizar un medio peligroso depende no sólo de las características del objeto en cuanto a su capacidad de producir lesiones al asaltado, sino también de las circunstancias concurrentes en las que tiene lugar el suceso”. En particular, dicha sentencia recuerda que “... el empleo de una pistola simulada pero susceptible por sus características de ser empleada como maza o martillo no integraría el subtipo en el caso, por ejemplo, de que se empleara para intimidar a los empleados del banco que se encuentran protegidos por cristales de seguridad, lo que impediría que dicho instrumento creara un riesgo para la incolumnidad física del asaltado o aumentara la capacidad agresiva del agente. Pero en el caso presente, el objeto pesado, duro y contundente se esgrimió por el acusado ante dos personas de manera directa, sin protección alguna y, por tanto, en situación de resultar atacadas con dicho instrumento y con claro riesgo de su integridad física”.

3. Lo anterior se ve, sin embargo, matizado por la exigencia jurisprudencial de que las características de las armas simuladas “tienen que estar perfectamente descritas en el hecho, de tal modo que su naturaleza y composición son presupuestos esenciales para considerar si efectivamente tiene la dureza necesaria para poder ser empleadas como elemento contundente” (SSTS 95/2000, de 4/2, o 319/2002, de 20/2). Precizando también la jurisprudencia más moderna que, cuando se trata de armas de fuego, debe constar en la sentencia su buen estado de funcionamiento, ya que el subtipo agravado no castiga la intimidación, que se incluye en el tipo básico, sino el aumento o potenciación del riesgo que corre la víctima en función de la mayor capacidad agresiva del autor al emplear un arma de fuego, que no se daría si ésta no fuera apta para el disparo —aunque podría, en su caso, integrar el concepto de medio peligroso según sus ca-

racterísticas, materiales, etc.— (SSTS 1466/1998, de 25/11, o 95/2000, de 4/2).

Tercero.—1. En el caso de autos, y a la vista de los hechos que en sentencia se declaran probados, la supuesta arma empleada no es sino “una pistola de plástico de juguete”, de la que no se ofrece ningún otro dato. Es decir, que seguro que no dispara balas, pero además de eso bien podría tratarse de un arma de muy escaso peso o dureza, imposible de emplear como maza o martillo. Ello implica que, en ausencia de una perfecta descripción de su naturaleza y composición que permitiera valorar su hipotética utilidad como objeto contundente, no quepa aplicar la agravante del artículo 242.2 CP. Debiendo por ello estimarse el recurso interpuesto; y, en su virtud, procediendo rebajar la pena impuesta al recurrente hasta la de UN AÑO de prisión, mínima imponible vista la reducción en un grado que la juez a quo, por apreciar dos atenuantes, aplicó en su sentencia.

2. La conclusión anterior obliga a aplicar la misma reducción penológica al otro condenado, D. Jesús Carlos. Y ello pese a que no haya recurrido la sentencia, pues resulta imperativo a la luz del artículo 903 LECrim. Además de que, y desde un punto de vista material, la no consideración del arma empleada como integrante del subtipo agravado es sin duda, y aunque no integre una agravante específica sino un subtipo penal, una circunstancia objetiva, referida a la ejecución material del hecho y/o a los medios empleados para realizarlo (art. 65.2 CP); por lo que la modificación operada en el fallo de la sentencia (la inaplicación del artículo 242.2 CP) por causa del presente recurso debe beneficiar a ambos condenados por igual. En consecuencia, procede rebajar también la pena del señor Jesús Carlos hasta la de UN AÑO de prisión, mínima imponible vista la reducción en un grado que la juez a quo, por apreciar también dos atenuantes, aplicó en sentencia.

Auto 190/2010, AP BURGOS, Sec. 1.ª, de 25 de febrero de 2010

PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA: NO BASTA CON LA MERA ILEGALIDAD DEL ACTO. ACTIVIDAD DEL ALCALDE RESPECTO DE RUIDOS MOLESTOS

Arts. 325 y 404 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Teresa Muñoz Quintana**

SÍNTESIS

Impugna la parte recurrente el auto del instructor que decretó el sobreseimiento y archivo de las actuaciones. La querella imputaba al Alcalde su inactividad respecto de las denuncias de un vecino contra el excesivo ruido de un bar. Afirma la Audiencia que de lo instruido no puede extraerse la concurrencia del elemento objetivo de la prevaricación, relativo a la absoluta notoriedad de la injusticia de la resolución.

EXTRACTOS DEL AUTO

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.—(...) Al hilo de la doctrina expuesta, también hay que tener presente que en el Derecho Penal se rige por el principio intervención mínima, lo cual obliga a confinar la punición por el delito de prevaricación a los casos en que la actuación administrativa constituya una infracción grave de los principios básicos de la administración pública, y no una simple ilegalidad o actuación antijurídica que pueda ser corregida con otros tipos de instrumentos jurídicos; y que la decisión injusta debe serlo a sabiendas de su arbitrariedad, quedando fuera del ámbito del art. 404 las resoluciones injustas objetivamente pero adoptadas por negligencia, imprudencia, error o ignorancia, y es precisamente este último aspecto subjetivo de la infracción donde conviene ahondar cara al adecuado juicio de reproche, ya que como se ha visto no basta una simple contradicción del acto administrativo con el ordenamiento jurídico.

En virtud de lo cual, en el presente caso, en que como se afirmó por el Secretario del Ayuntamiento, todas las resoluciones adoptadas por el Alcalde no lo ha sido en contra de los informes de los técnicos (admitiendo además el propio querellante no haber interpuesto recurso alguno contra las mismas), entre las que cabe destacar como pretenden los recurrentes el Decreto de fecha 16 de Mayo de 2.008 del Ayuntamiento, acordando levantar la clausura temporal de la actividad bar especial del establecimiento ubicado en la Calle Empecinado n.º 1 bajo, y requerir al dueño de la vivienda para que se ponga de acuerdo con el titular de la actividad y realicen las mediciones técnicas precisas para determinar las obras necesarias para evitar la transmisión de ruidos a su vivienda (folio n.º 130). Resolución que, como sostiene el Alcalde de la citada localidad, vino motivada por la propia actitud de los querellantes no permitiendo el acceso a su vivienda de una empresa de Valladolid, con la que se había acordado efectuar una medición, en la fecha comunicada a los mis-

mos. Es decir, ello no permite afirmar la concurrencia del elemento objetivo relativo a la absoluta notoriedad de la injusticia de dicha resolución, ni de las demás dictadas a lo largo del expediente administrativo, ni tampoco se puede considerar que con ella se produjo, a sabiendas, un apartamiento grave del derecho, en perjuicio de los recurrentes. Estableciendo el respecto el Tribunal Supremo Sala 2.^a de fecha 15 de Octubre 1999, Pte.: García Ancos, Gregorio “La jurisprudencia de esta Sala ha establecido en múltiples precedentes que el delito de prevaricación no consiste en la lesión de bienes jurídicos individuales de las partes del proceso, sino en la postergación por el autor de la validez del derecho o de su imperio y, por lo tanto, en la vulneración del Estado de Derecho, dado que se quebranta la función judi-

cial de decidir aplicando únicamente el derecho, en la forma prevista en el art. 117.1 CE. Desde este punto de vista, el delito de prevaricación, sea judicial, sea de funcionario (art. 404 CP), requiere, ante todo que las sentencias o resoluciones judiciales o las resoluciones del asunto administrativo puedan ser consideradas como un grave apartamiento del derecho en perjuicio de alguna de las partes. La prevaricación, por lo tanto, consiste en el abuso de la posición que el derecho otorga al Juez o funcionario, con evidente quebranto de sus deberes constitucionales.”

Lo que lleva, en aplicación de todo lo expuesto a no considerar la existencia de indicio alguno sobre la comisión de un presunto delito de prevaricación en la actuación del Sr. Alcalde de la localidad de Roa (Burgos).

Sentencia 48/2010, AP LEÓN, Sec. 3.^a, de 25 de febrero de 2010

CONTRABANDO: VENTA DE CUPÓN DE DISCAPACITADOS

Arts. 2.1.d) y 2.3.a) LO 12/1995, de 12 de diciembre

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Manuel Ángel Peñín del Palacio**

SÍNTESIS

Los cupones que se intervinieron a los denunciados no pueden ser considerados, a juicio de la Audiencia, como géneros estancados por cuanto no son el soporte o instrumento de ninguna modalidad de la Lotería Nacional, cuya explotación y gestión corresponde en exclusiva y en régimen de monopolio al Estado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Las acusaciones han venido sosteniendo que el hecho de autos, constituido por los cupones de lotería no autorizados, que fueron intervenidos, serían también géneros estancados y por tanto caerían

de lleno en el tipo del artículo 2.1 letra d) y 3.a) de la Ley Orgánica 12/1995, y que aparecen definidos en el apartado seis del artículo uno de dicha norma, cuando señala que son géneros estancados, los artículos, productos o sustancias cuya producción, adquisición, distribución o cualquiera otra ac-

tividad concerniente a los mismos sea atribuida por ley al Estado con carácter de monopolio. Es evidente y nadie niega que el negocio de la lotería es un monopolio del Estado, y el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el monopolio de la lotería en muchas ocasiones —SS. 163/1994, 164/1994, 216/1994, 49/1995, 23/1998 y 38/2003 reafirmando el carácter de monopolio del Estado—. Y como tal monopolio fiscal, institución productora de ingresos para la Hacienda General, está calificada por la legislación vigente al promulgarse la Constitución y al dictarse la ley 50/1984 y el RD 904/1985, de creación del ONLAE, la Instrucción de loterías de 23 de marzo de 1956 la califica como “un recurso ordinario del presupuesto de ingresos y un Monopolio del Estado —artículo 1—, “así como un servicio explotado por la Administración” —artículo 2—. Y como tal recurso ordinario del presupuesto de ingresos y monopolio del Estado es competencia de este en virtud del título de Hacienda General que no se circunscribe obviamente a los ingresos meramente tributarios sino también a estos otros ingresos por renta o derechos de monopolio ejercido exclusivamente para producirlos.

En el caso de autos los cupones que se intervienen a los denunciados no pueden ser considerados a juicio de este Tribunal como

géneros estancados por cuanto no son el soporte o instrumento de ninguna modalidad de la Lotería Nacional, cuya explotación y gestión corresponde en exclusiva y por tanto en régimen de monopolio al Estado, sino que dichos cupones encajan perfectamente en la definición que de género prohibido se contiene en la disposición final decimocuarta de la Ley 42/2006 de presupuestos generales del Estado para el año 2007, ya citada, según la cual y a efectos de lo previsto en los arts. 1.7 y 2.1. d) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, se entiende prohibida la circulación, comercio, tenencia o producción de billetes, boletos, sellos, cartones, resguardos, máquinas o cualquier otro elemento, incluso técnico o informático, que constituya soporte en la práctica de juegos de azar, sorteos, loterías, apuestas y quinielas. Y es que con la interpretación que las acusaciones hacen de lo que deben entenderse por géneros estancados, cualquier boleto de lotería merecería dicha calificación, sobrando entonces el concepto de género prohibido que define la mencionada disposición final de la Ley 42/2006, y que integra la norma penal en blanco ya citada de la Ley Orgánica 12/ 1.995 de 12 de diciembre de represión del contrabando, y cuya definición no tendría aplicación alguna a efectos punitivos como se pretende.

Sentencia 110/2010, AP MADRID, Sec. 26.^a, de 25 de febrero de 2010

NULIDAD DEL AUTO DE APERTURA DEL JUICIO ORAL: NECESIDAD DE PRONUNCIARSE SOBRE LAS IMPUTACIONES VERTIDAS

Arts. 171.4 y 5 y 173.2 Código Penal, y 238.3 y 240.1 LOPJ

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura**

SÍNTESIS

No le ofrece duda a la Audiencia que el auto de apertura del juicio oral dictado por el instructor omite o vulnera normas esenciales del procedimiento, en tanto, adopta sin razonamiento alguno que soporte dicha decisión,

el sobreseimiento de parte de los hechos instruidos respecto de los cuales se había formulado acusación; o, en otro caso, omite, también con vulneración de normas esenciales, cualquier pronunciamiento al respecto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—Sentado lo anterior, no puede caber tampoco la menor duda de que el auto de apertura de juicio oral dictado por el instructor el día 17 de julio 2008, omite o vulnera normas esenciales del procedimiento, en tanto adopta, sin razonamiento alguno que soporte dicha decisión, el sobreseimiento (se desconoce si libre o provisional) de una parte sustancial de los hechos instruidos y respecto de los cuales se había formulado acusación; o, en otro caso, omite, también con vulneración de normas esenciales, cualquier pronunciamiento al respecto.

En este sentido, formula la recurrente una pretensión subsidiaria interesando que se declare por la Sala “una nulidad de actuaciones respecto del delito del artículo 173. 2 del Código Penal por el que esta parte formuló acusación y deberían retrotraerse las actuaciones al momento procesal en el que se dicta el auto de apertura de juicio oral”. Esta pretensión resulta, a nuestro juicio, relativamente imprecisa en el sentido de que no permite conocer si lo que la recurrente solicita es la declaración de nulidad del auto de apertura de juicio oral y de todas las actuaciones posteriores que derivan directamente del mismo o si, por el contrario, se pretende que, salvando la validez de la condena recaída por el delito respecto del cual formuló acusación el Ministerio Fiscal, se divida la continencia de la causa, reponiendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a aquel en el que fue dictado el auto de apertura de juicio oral únicamente por lo que respecta al delito de maltrato habitual imputado por la ahora apelante. Entendemos, sin embargo, que una pretensión de este último jaez no podría ser atendida en

cuanto constituye, como se ha dicho, una improcedente dispersión o disolución del objeto del proceso mismo. Tan es así, que en el escrito de acusación presentado por la representación procesal de Estefanía, ahora apelante, cuya validez habría de quedar salvada, se alude expresamente a que: “El último episodio violento dentro del domicilio familiar tiene lugar en fecha 18 de noviembre 2005 cuando Don Pedro Miguel, tras insultar y agredir verbalmente a doña Estefanía la amenaza con un cuchillo jamonero...”. Es obvio, por lo tanto, que de entenderse la pretensión subsidiaria de la recurrente en el último de los sentidos dichos, es decir, sólo concerniente la nulidad al resto de los hechos que se describen en su escrito de acusación y salvada la validez de la sentencia condenatoria recaída en la instancia por lo que se refiere a los sucesos acaecido el 18 de noviembre 2005, bien habría de partirse de la condena firme por los mismos (en el caso de que esta Sala desestimara el recurso de apelación interpuesto, su vez, por el acusado) o de la definitiva absolución (si el mencionado recurso fuera estimado) lo que supondría, a su vez, una alteración sustancial del propio escrito de acusación y, en consecuencia, del objeto del proceso. Por otro lado, si se comprendiera la pretensión de la recurrente en ese sentido, es claro que la sentencia que es ahora objeto del recurso habría de declararse nula en parte (fundamento jurídico 1.º que reputa sobreseídos los hechos concernientes al maltrato habitual) y válida en el resto, lo que no resulta posible.

Considera el Tribunal, por estas razones, que la relativamente inconcreta pretensión subsidiaria de la parte recurrente debe ser entendida en el sentido de interesar la nuli-

dad del auto de apertura de juicio oral y de todas las actuaciones posteriores al mismo, en la medida en que de aquél derivan, con inclusión de la sentencia recurrida, en tanto tal declaración resulta, si no se entendiera que pedida expresamente, efecto necesario de lo pedido.

Y así comprendida esta pretensión debe ser estimada toda vez que se habría producido una vulneración de normas esenciales del procedimiento generadora, por las razones que ya han quedado explicadas, de indefensión para la acusación particular, todo en los términos exigidos por los artículos 238,3 y 240,1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Debe destacarse al respecto, como se ha sugerido ya, que esa situación de indefensión no pudo ser oportunamente combatida por

la recurrente, en la medida en que el auto de apertura de juicio oral, tantas veces aludido, no le fue notificado, teniendo conocimiento por vez primera del censurable “sobreseimiento implícito” al inicio de las sesiones del juicio oral, sin que ya le fuera posible más reacción que la interposición del presente recurso de apelación.

Es obvio, para terminar, que al ser estimada la pretensión subsidiaria de la representación procesal de Estefanía, en los términos que han quedado expuestos, y declarada en consecuencia la nulidad de la sentencia recaiga en la primera instancia, queda sin contenido el recurso de apelación también interpuesto contra ésta por la representación procesal del acusado.

Sentencia 346/2010, AP MADRID, Sec. 27.ª, de 26 de febrero de 2010

NULIDAD DE ACTUACIÓN. VIOLENCIA EN EL ÁMBITO FAMILIAR: ABOGADO QUE SE DEFIENDE A SÍ MISMO

Arts. 153.1 y 2 Código Penal y 38 Estatuto General de la Abogacía

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Tardón Olmos**

SÍNTESIS

«Los abogados que se hallen procesados o encartados y se defiendan a sí mismos o colaboren con su defensor usarán toga y ocuparán el sitio establecido para los letrados». Así dispone el artículo 38 del Estatuto General de la Abogacía. Con base en este precepto pretende el recurrente que se declare la nulidad de las actuaciones.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...) d) Finalmente, alega la infracción de normas del ordenamiento jurídico, por la incorrecta aplicación de los artículos 153, 48, 110, 113 y 115 del Código

Penal, al haberse aplicado indebidamente el subtipo agravado del delito de maltrato, al haberse impuesto injustificadamente y sin motivación alguna las penas de prohibición de aproximación y comunicación con la denunciante impuestas, y al haberse acordado

su condena en responsabilidad civil por un importe no justificado conforme a ningún criterio legal ni fundado de forma mínimamente razonable.

Examinaremos el primero de los motivos alegados, que pretende la declaración de nulidad de las actuaciones, al estimar que se ha producido una vulneración de las normas procesales que le ha generado una verdadera indefensión, lo que debemos rechazar, por cuanto el recurrente parte de la pertinencia de que se apliquen los preceptos aplicables a quien, como Letrado, ejerce la defensa de la parte, en este caso, del acusado, o incluso cuando, como tal, hubiese asumido su propia defensa, o colaborase con ella, dado que el artículo 38 del Estatuto General de la Abogacía se refiere a este extremo estableciendo, en su apartado 3 que “Los abogados que se hallen procesados o encartados y se defiendan a sí mismos o colaboren con su defensor usarán toga y ocuparán el sitio establecido para los letrados.”

Sin embargo, no consta que se haya formulado ningún tipo de comunicación expresa en tal sentido al Juzgado de lo Penal ni en el propio acto del juicio oral se hizo una solicitud expresa para que el acusado aquí recurrente, quien comparecía en tal condición en el juicio oral, y sin portar toga, según se advierte en la grabación, asumiese, como Letrado, su defensa o colaborase, como tal en ella, limitándose el Letrado de la defensa a efectuar una petición genérica y eventual para que el imputado se sentase a su lado en el estrado, aludiendo, simplemente, a su condición de Letrado, y no formulando, ante la denegación de la Juzgadora de instancia, alegación, justificación o protesta de ningún género.

Resulta, por ello, correcta la decisión de la Juzgadora de instancia, al estimar que, como acusado, debía ocupar el banco reservado a dicha parte procesal, sin que pueda estimarse aplicable —por más que resulte razonable, y pueda llegar a compartirse el deseo expresado en la Sentencia del Tribu-

nal Supremo núm. 291/2005, de 2 marzo (RJ 2005\4111, Pte.: Joaquín Jiménez García) de que el legislador reforme los preceptos aplicables para unificar el modo de desarrollarse las audiencias penales— lo dispuesto en el artículo 42.2 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, ni resulte extensible el fundamento expresado en la STS n.º 644/2008, de 10 de octubre, que anula, en efecto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante recurrida, no por el lugar ocupado por los acusados en la sala donde se desarrollaba el juicio oral, sino, precisamente, por su no presencia en la misma, dado que el Tribunal de instancia, con base en la peligrosidad de los acusados, y los posibles problemas de seguridad que podrían generarse, resolvió que éstos permanecieran en el Centro Penitenciario en que se encontraban ingresados, siguiendo el desarrollo del juicio mediante el procedimiento de videoconferencia. De esta última sentencia se infiere, precisamente, que la adecuada y suficiente comunicación de los acusados y los Letrados que ejercen su defensa, se considera garantizada mediante la sola comunicación visual o auditiva derivada del hecho de encontrarse presentes en los lugares asignados en las salas de vistas a cada uno de los intervinientes que, eventualmente, y de resultar preciso por las incidencias derivadas del desarrollo del juicio oral, pueden llegar a la consulta que refiere el recurrente, previa la solicitud y justificación al Juez o Tribunal ante el que se celebre la vista.

Lo que no se produce en ningún momento del juicio, conforme resulta del visionado del soporte informático que contiene la grabación de su desarrollo, en el que la Sra. Magistrada pidió, una vez dado inicio del juicio, al Letrado de la defensa, que dejase de hablar con el imputado, mientras ella examinaba la documentación aportada por la acusación particular, quien acababa de solicitar su incorporación a la causa, como cuestión previa, para determinar si procedía o no su admisión como prueba documental, lo que no supone sino el obligado ejercicio,

por su parte, de las facultades de dirección de los debates durante la celebración del juicio oral que establecen los artículos 683 a 687 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y los artículos 190 a 194 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero no supone ningún

impedimento a la comunicación entre el Letrado y su defendido, ni la negación de la posibilidad de consultar con él cualquiera de los extremos que habían de resolverse, por cuanto la defensa no efectúa ninguna petición expresa, en tal sentido.

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

CIRCULAR 1/2010, SOBRE EL TRATAMIENTO DESDE EL SISTEMA DE JUSTICIA JUVENIL DE LOS MALOS TRATOS DE LOS MENORES CONTRA SUS ASCENDIENTES

[...]

VIII. CONCLUSIONES

1.^º Deben discriminarse los supuestos en los que el menor incurre en conductas de maltrato típicas, de aquellos otros que, reflejando un conflicto o crisis familiar, no son susceptibles de subsunción penal y correlativamente impiden cualquier intervención desde el ámbito de la justicia juvenil. En estos casos debe optarse por la derivación hacia las instituciones de protección de menores, evitando la confusión entre la esfera sancionadora educativa y la esfera protectora.

2.^º Cuando los ascendientes víctimas de maltrato acudan a la Fiscalía en demanda de orientación, sin voluntad de formular denuncia, se les orientará puntualmente sobre los programas desplegados en cada territorio autonómico para abordar, preventivamente y al margen del proceso penal, los problemas de agresividad de los adolescentes hacia sus ascendientes. La existencia de tales programas se tomará especialmente en consideración a la hora de remitir a la autoridad administrativa de protección de menores, testimonios de las denuncias formuladas contra menores de 14 años por violencia contra sus ascendientes, como indicador de su situación de riesgo.

3.^º El principio de celeridad es uno de los principios nucleares en la ordenación del sistema de justicia juvenil. Si tal principio puede entenderse aplicable a cualquier procedimiento sustanciado conforme a la LORPM, cuando los hechos investigados son relativos a violencia doméstica, el mismo debe alcanzar una tonalidad especialmente intensa en cuanto a su riguroso seguimiento, pues en este tipo de delitos habitualmente la denuncia es el corolario de una larga cadena de hechos que desembocan en situaciones familiares insostenibles necesitadas de una intervención inmediata.

A fin de preservar la celeridad en la tramitación deberá reflejarse en la carátula inicial que el delito investigado se refiere a violencia doméstica.

4.º La imperiosa necesidad de dar en estos supuestos de violencia familiar una respuesta rápida —sin perjuicio de la necesidad de analizar cada caso concreto— hace generalmente aconsejable adoptar alguna de las medidas cautelares previstas en la LORPM. La concreta selección de la medida a aplicar habrá de tamizarse a través del principio del superior interés del menor y de las necesidades de protección de las víctimas, conforme a los presupuestos y requisitos previstos en los arts. 28 y 29 LORPM.

5.º La solicitud de adopción de una orden de protección frente a un menor por presuntos malos tratos, pese a su ineficacia para abrir el procedimiento previsto en el art. 544 ter LECrim, es perfectamente admisible como vehículo transmisor de la *notitia criminis* a efectos de abrir el procedimiento de menores.

6.º La medida de convivencia con grupo familiar o educativo puede tener gran efectividad tanto en su dimensión cautelar como propiamente sancionadora-educativa para los supuestos de delitos de violencia doméstica cuando es necesario extraer al menor del domicilio, si no procede el ingreso en régimen de internamiento.

7.º Las medidas cautelares no privativas de libertad no están sometidas a un plazo límite de duración, pudiendo prolongarse hasta la sentencia sin necesidad de prórroga expresa. Por tanto, estas medidas podrán durar toda la instrucción y la fase de enjuiciamiento, así como durante la fase de impugnación si la sentencia es condenatoria, hasta la firmeza de la misma. Todo ello ha de entenderse sin perjuicio de dejarlas sin efecto en cualquier momento anterior en cuanto se desvanezcan los indicios o los factores socioeducativos y familiares que motivaron su adopción, a cuyo fin se torna esencial el riguroso control de las vicisitudes de la causa. Debe considerarse que la predeterminación temporal de la duración de la medida cautelar en medio abierto es incompatible con su carácter cautelar, provisional e instrumental y con su especial dimensión educativa.

8.º Las peticiones de alejamiento de los familiares, tanto en la modalidad cautelar como en la medida definitiva, deberán incorporar una cláusula para facilitar las terapias familiares, pieza básica en la ejecución de las medidas. A tal fin, cuando se solicite el alejamiento, ya como medida autónoma, ya como regla de conducta de la libertad vigilada, deberá simultáneamente interesarse que en la resolución acordándolo se haga constar la posibilidad de los contactos del menor con la familia cuando los técnicos encargados de la ejecución los consideren convenientes para el desarrollo de terapias familiares.

9.º La aplicación de la medida cautelar de internamiento, especialmente en su modalidad de cerrado, habrá de restringirse conforme a los principios de excepcionalidad, proporcionalidad, subsidiariedad y provisionalidad, que si ri-

gen en el proceso penal en general, en el especial de menores aún tienen mayor rango y operatividad.

10.^º La víctima de violencia doméstica en el proceso penal de menores tendrá derecho a estar informada de los actos procesales —y por ende de la adopción de medidas cautelares y de su cese— cuando puedan afectar a su seguridad.

11.^º Si el menor es detenido, su declaración no deberá tener lugar con asistencia de sus representantes legales (art. 17.2 LORPM), si éstos son los denunciantes, pues concurriría una situación de flagrante conflicto de intereses, debiendo suplirse tal asistencia conforme a las vías ordinarias.

12.^º No cabrá aplicar el desistimiento del art. 18 LORPM, teniendo en cuenta que normalmente concurrirá violencia o intimidación —lo que ya excluye la posibilidad de su utilización— y además a la vista de que en estos casos precisamente es la corrección en el ámbito familiar la que falla estrepitosamente.

13.^º Cabrá, residualmente y en los supuestos de menor entidad, aplicarse una reparación extrajudicial pues, acompañada de algunas obligaciones para el menor, en supuestos con pronóstico favorable, puede ser una solución idónea, siempre susceptible de ser revocada si el denunciado incumple sus obligaciones. En todo caso, tal solución deberá ir precedida y avalada por un riguroso estudio de la situación familiar.

14.^º Si los denunciantes-testigos son los progenitores del menor contra el que se dirige el procedimiento, no podrán estar presentes desde el inicio de la audiencia como acompañantes y representantes del menor (art. 35.1 LORPM), sino que habrán de aguardar fuera de la sala hasta tanto depongan como testigos.

15.^º Cualquiera que sea la medida que se imponga, puede ser combinada con la de privación de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas.

16.^º En la mayoría de los supuestos, los menores maltratadores no suelen cometer actos delictivos fuera de su entorno familiar, por lo que generalmente será aconsejable acudir a medidas no privativas de libertad como la convivencia con grupo familiar o educativo, libertad vigilada o alejamiento, siendo adecuado para muchos de estos supuestos complementar tales medidas con la de tratamiento terapéutico de tipo ambulatorio. A tales efectos debe recordarse que tras la reforma 8/2006 no existen obstáculos para imponer más de una medida por un mismo hecho.

17.^º La experiencia demuestra que este tipo de menores requieren recursos específicos para su educación y socialización. En los supuestos de carencia de tales recursos, sin perjuicio de optar por utilizar alguna alternativa avalada por el Equipo Técnico, habrán de ser puestos en conocimiento del Fiscal Supe-

rior de la Comunidad Autónoma, a fin de que se practiquen las gestiones precisas ante las autoridades respectivas para subvenir a las necesidades detectadas (art. 18.3 EOMF). En caso de que las gestiones sean infructuosas, tales deficiencias habrán de comunicarse al Fiscal de Sala Coordinador de Menores.

18.^º No deberá solicitarse la medida de convivencia con grupo educativo por un período de tiempo inferior a diez o doce meses. Será especialmente conveniente que se solicite junto con la medida de convivencia la de libertad vigilada, a ejecutar tras la finalización de la primera. Si el menor pasa, al finalizar la medida, sin un período transitorio o adaptativo, a integrarse de nuevo en su familia, núcleo donde precisamente se ha generado el conflicto, el riesgo de reincidencia se incrementa. La LORPM atribuyó una nueva función a la libertad vigilada, al concebirla como un último período de la medida de internamiento, partiendo de que no es conveniente que el menor se enfrente directamente a la vida en libertad sin ningún tipo de apoyo o de control. Se configura este segundo período como un puente o un tránsito controlado desde el internamiento hasta la plena reincorporación a su entorno. Este mismo esquema, *mutatis mutandis* sería aplicable a la medida de convivencia en grupo educativo, pues es conveniente contar, al finalizar la misma, con un refuerzo educativo a través de la libertad vigilada en orden a facilitar la más eficaz socialización del menor en el seno familiar.

19.^º Debe partirse de la conveniencia de que los programas individualizados de ejecución de las medidas impuestas tengan presente la peculiaridad del delito cometido de modo que se orienten a respuestas educativas o a terapias proyectadas sobre las relaciones familiares. Las Sras./Sres. Fiscales habrán de promover tales inclusiones en los programas individualizados y habrán de controlar con rigor la efectiva ejecución conforme al programa.

20.^º Si del informe final de ejecución previsto en el art. 53 LORPM y apartado 5 del art. 13 del Reglamento 1774/2004, de 30 de julio, se desprendiera que el menor sigue incurso en los factores de riesgo que le llevaron a cometer actos de violencia doméstica o, tales circunstancias habrán de ser comunicadas por el Juzgado a la víctima, a los efectos de que la misma pueda adoptar las medidas de autoprotección que estime oportunas.

En estos supuestos de pronóstico negativo, en tanto en cuanto pueden tener impacto en la estructura familiar, generando cuando menos una situación de riesgo, habrá también de activarse el mecanismo previsto en el art. 53.2 LORPM, comunicando la situación a la Entidad Pública de Protección de Menores.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de abordar eficazmente la problemática derivada de la comisión por menores de delitos de malos tratos contra sus ascendientes, las Sras. /Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Instrucción.

CRÓNICA LEGISLATIVA

MAYO

- ❑ Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía (BOE del 21).
 - ✓ Fija un marco normativo eficaz, que mejora y perfecciona el régimen disciplinario de los miembros de esta institución policial.
 - ✓ Define con claridad y precisión sus derechos y deberes, en el marco del respeto a los mandatos constitucionales.
 - ✓ Permite conciliar las reivindicaciones de los integrantes del Cuerpo Nacional de Policía con las garantías derivadas de la misión encomendada por la Constitución.
 - ✓ Contribuye a mejorar y perfeccionar el régimen estatutario de esta institución policial a la vez que reconoce la importancia, para tales fines, de sus solicitudes, reclamaciones y quejas.

JUNIO

- ❑ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (BOE del 23).
 - ✓ Objetivos:
 - Las obligaciones internacionales contraídas por España en el ámbito de la armonización jurídica europea exigen diversas adaptaciones de nuestras normas penales.
 - La experiencia aplicativa del Código Penal pone en evidencia algunas carencias que es preciso corregir.
 - La cambiante realidad social determina el surgimiento de nuevas cuestiones que han de ser abordadas.

✓ Principales novedades:

Nueva medida de seguridad: la libertad vigilada

- Cuando el pronóstico de peligrosidad del individuo se relaciona con estados patológicos.
- Se impone en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su ejecución posterior a la excarcelación.
- Duración: plazo máximo de cinco años y posibilidad de extenderse a diez años, en delitos contra la libertad e indemnidad sexual y de terrorismo.

Protagonismo a la pena de localización permanente

- Posibilidad del Juez de acudir a este régimen excepcional de cumplimiento.
- Aplicable a las faltas reiteradas de hurto.

Responsabilidad penal de las personas jurídicas

- Imputación de los delitos cometidos en su nombre o por su cuenta y en su provecho por las personas que tienen poder de representación y responsabilidad.
- Penas imponibles: multa por cuotas y proporcional e inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social.
- Cabe fraccionamiento del pago de las multas.

Delitos sexuales

- Nuevo Capítulo II en el Título VIII del Libro II, denominado “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”.
- Regulación del “child grooming”: se prevén penas agravadas cuando se utiliza coacción, intimidación o engaño.
- Prostitución y pornografía infantil. Se tipifican nuevas conductas.
- Pena de privación de la patria potestad o instituciones análogas previstas en las Comunidades Autónomas.

Estafas

- Se incorpora la modalidad consistente en defraudar utilizando las tarjetas de crédito o débito ajenas, o los datos obrantes en ellas.

Delitos sobre la ordenación del territorio y urbanismo

- Se amplía el ámbito de las conductas típicas a las obras ilegales o clandestinas de urbanización.
- Junto a la multa por cuotas diarias se añade la multa proporcional cuando el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante de la aplicación de aquélla.
- Se dispondrá el comiso de las ganancias provenientes del delito.
- Delito de prevaricación urbanística: se incluye a los instrumentos de planeamiento, los proyectos de parcelación y de reparcelación.

Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social

- Endurecimiento de las penas.
- Jueces y tribunales podrán recabar el auxilio de los servicios de la Administración Tributaria.
- Fraude de subvenciones: se unifica con el delito fiscal la cuantía para considerar delictivos los hechos.

Delito de asociación ilícita

- Las nuevas infracciones distinguen entre organizaciones y grupos: las penas son más graves en las primeras.

Conductas terroristas

- Se amplía el concepto de colaboración con organización o grupo terrorista.
- Tipificación expresa del delito de financiación del terrorismo.
- Aplicación de la nueva medida postpenitenciaria de libertad vigilada: por un tiempo de cinco a diez años.

Delitos contra la comunidad internacional

- Nuevo delito de piratería: ante los eventuales actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y aérea.

Prescripción del delito

- Inicio de la interrupción de la prescripción: cuando el procedimiento se dirija contra persona determinada que aparezca indiciariamente como penalmente responsable.
- Efectos en la interrupción de la prescripción de la presentación de denuncias o querellas: se suspende el cómputo de la prescripción por un máximo de seis meses o dos meses.
- Plazo mínimo de prescripción de los delitos: se eleva a cinco años, suprimiendo el plazo de tres años que hasta ahora regía para los que tienen señalada pena de prisión o inhabilitación inferior a tres años.
- Imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona.

Entrada en vigor

A los seis meses de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado.

- ❑ Instrumento de Ratificación por parte de España del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005 (BOE de 26 de junio de 2010).

✓ **Objetivos:**

- Necesidad de seguir una política penal común dirigida a la protección de la sociedad.
- La lucha contra los delitos graves requiere el uso de métodos modernos y efectivos a escala internacional.
- La creación de un sistema eficaz de cooperación internacional.

- ✓ Aspectos destacados:
 - La aplicación del Convenio a la financiación del terrorismo.
 - Medidas de decomiso: de bienes blanqueados, instrumentos y productos.
 - Medidas indagatorias y provisionales: para identificar, congelar o embargar los bienes.
 - Delitos de blanqueo: responsabilidad de las personas jurídicas.
 - Cooperación internacional: información en transacciones bancarias; adopción de medidas provisionales; pena de prisión sustitutoria y reconocimiento de resoluciones extranjeras.
 - Cooperación entre las UIF (Unidad de Inteligencia Financiera): para el aplazamiento de transacciones sospechosas.
- Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE del 26).
 - ✓ Comité clínico: define su naturaleza, composición, régimen de funcionamiento y el procedimiento de actuación a la hora de confirmar el diagnóstico de las enfermedades extremadamente graves e incurables del feto que puede originar la interrupción del embarazo.
 - ✓ Información previa al consentimiento de la mujer gestante en tres fases: sobre los métodos de interrupción, los centros donde se puede llevar a cabo, trámites y condiciones; información sobre las ayudas públicas y derechos vinculados al embarazo y a la maternidad así como la información médica inmediatamente anterior a la prestación del consentimiento por escrito.
 - ✓ Regulación específica del deber de información para mujeres de 16 y 17 años de edad: prestará su consentimiento acompañado de un documento que acredite el cumplimiento del requisito de información.
- Real Decreto 831/2010, de 25 de junio, de garantía de la calidad asistencial de la prestación a la interrupción voluntaria del embarazo (BOE del 26).
 - ✓ Objetivo: establecer un marco básico que asegure la igualdad y calidad asistencial de la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del

embarazo y garantice a todas las mujeres por igual el acceso a la prestación, con independencia del lugar donde residan.

- ✓ Sistema Nacional de Salud: la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo se realizará en centros de la red sanitaria pública o vinculados a la misma.
- ✓ Anexo: incluye el listado de requisitos que deberán cumplir los centros o establecimientos acreditados para realizar interrupciones voluntarias del embarazo que no impliquen algo riesgo para la mujer embarazada y no superen las catorce semanas de gestación.

JULIO

- Ley Orgánica 6/2010, de 27 de julio, complementaria de la Ley 31/2010, de 27 de julio, sobre simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE del 28).
 - ✓ Reconoce la competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional cuando se requiera de autorización judicial para el acceso a la información solicitada entre los servicios de seguridad de los Estados miembros.
 - ✓ Cuando la información forme parte de un procedimiento judicial abierto la competencia será del órgano judicial que esté conociendo de dicho procedimiento.
- Ley 31/2010, de 27 de julio, sobre simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea (BOE del 28).
 - ✓ Declara que el intercambio de información e inteligencia sobre la delincuencia y las actividades delictivas es la base de la cooperación policial y aduanera en la Unión Europea.
 - ✓ Señala como ámbito de aplicación las operaciones de inteligencia criminal (recogida de información sobre delitos) y las investigaciones criminales (adopción de medidas para el descubrimiento de los hechos).

- ❑ Instrumento de Ratificación del Convenio penal sobre la corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999 (BOE del 28).
 - ✓ Objetivos: necesidad de una política penal común encaminada a la protección de la sociedad contra la corrupción e intensificar la cooperación internacional en materia penal dotándola de rapidez y agilidad.
 - ✓ Distingue y regula la corrupción de agentes públicos nacionales y extranjeros, la de los miembros de las asambleas públicas, los funcionarios internacionales y jueces así como la corrupción en el sector privado.
 - ✓ Entrada en vigor: para España el 1 de agosto de 2010.

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL

I. TRATADOS, MANUALES Y COMENTARIOS LEGISLATIVOS

AGUSTINA SANHELLÍ, J.R. (Dir.), *Tendencias en prevención del delito y sus límites*, Madrid (Edisofer) 2010.

BAJO/BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, 2ª ed., Madrid (EURA) 2010.

LAMARCA PÉREZ, C. *Derecho Penal. Parte especial*, 5ª ed., Madrid (Colex) 2010.

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial*, 18ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch) 2010.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte general*, 8ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch) 2010.

ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho penal. Parte general*, Valencia 2010.

TIEDEMANN, K. *Manual de Derecho penal económico. Parte general y especial*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2010.

ZUGALDÍA, J.M. (Dir.), *Fundamentos de Derecho penal. Parte general*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2010.

II. LIBROS COLECTIVOS, HOMENAJES Y OTRAS OBRAS GENERALES

ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009, de modificación del Código Penal*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2010.

ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2010.

ANARTE BONALLO, E. (Dir.), *Tendencias de la justicia penal de menores*, Madrid (Iustel) 2010.

CGPJ, *La protección penal de los trabajadores. Tipos, instrucción y enjuiciamiento*, Madrid 2010.

GARCÍA GONZÁLEZ, J. (Coord.), *Ciberacoso. La tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2010.

ROBLES PLANAS/SÁNCHEZ-OSTIZ (Coords), *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, Barcelona (Atelier) 2010.

NUÑEZ CASTAÑO, E. (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2009.

ORTIZ BLASCO/MALILLO GARCÍA (Coord.), *La responsabilidad penal en la administración pública. Una imperfección normativa*, Madrid (Fundación Democracia y Gobierno Local) 2010.

QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *La reforma penal de 2010. Análisis y comentarios*, Pamplona (Thomson. Aranzadi) 2010.

TAMARIT SUMALLA, J.M. (Coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Barcelona (Atelier) 2010.

III. MONOGRAFÍAS DE PARTE GENERAL

DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El Derecho Penal como herramienta de la política migratoria*, Granada (Comares) 2009.

NAVARRO FRÍAS, I., *Mandato de determinación y tipicidad penal*, Granada (Comares) 2010.

RUEDA MARTÍN, M.A., *Delitos especiales de dominio y su relación con el art. 65.3 del Código Penal*, Granada (Comares) 2010.

IV. MONOGRAFÍAS DE PARTE ESPECIAL

DÍEZ LÓPEZ, J.A., *El delito de usurpación de estado civil*, Madrid (Dykinson) 2010.

HUSTER/GARZÓN VALDÉS/MOLINA, *Terrorismo y derechos fundamentales*, Madrid (Fundación Coloquio Jurídico Europeo) 2010.

LLOVET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, Madrid (La Ley) 2010.

MARTÍNÓN CANO, G., *El delito de secuestro*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2010.

MARTOS NUÑEZ, J.A., *El delito de contaminación acústica*, Madrid (Iustel) 2010.

MIR PUIG/QUERALT JIMÉNEZ, *La seguridad pública ante el Derecho penal*, Madrid (Edisofer) 2010.

MONGE FERNÁNDEZ, A., *El delito concursal punible*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2010.

MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad penal de los administradores: Delitos societarios y otras formas delictivas*, Barcelona (Bosch) 2010.

NOVA LABIÁN, A. J. de, *Delitos contra la propiedad intelectual en el ámbito de Internet*, Madrid (Dykinson) 2010.

V. DERECHO PENITENCIARIO

CESANO/REVIRIEGO (Coords.), *Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones*, Montevideo (B de F) 2010.

VEGA ALOCÉN, M., *El tercer grado con control telemático*, Granada (Comares) 2010.

VI. CRIMINOLOGÍA

CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2010.

RUBIO LARA, P.A. (Coord.), *Victimología forense y Derecho Penal*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2010.

DERECHO PROCESAL PENAL

I. MANUALES, COMENTARIOS Y OBRAS GENERALES

ASENCIO MELLADO, J., *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

ASENCIO MELLADO, J., *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

FERNÁNDEZ VILLAZALA, T. y otros, *Derecho Procesal Penal para la Policía Judicial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.

MORENO CATENA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. y otros, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Civitas, Madrid, 2010.

II. MONOGRAFÍAS

ABEL LLUCH, X./ RICHARD GONZÁLEZ, M., Estudios sobre la prueba penal. Vol. I. *Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*, Ed. La Ley, Madrid, 2010.

AITKEN, C./ TARONI, F., *Estadística y evaluación de la evidencia para expertos forenses*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G., *Detención policial y Habeas Corpus*, CGPJ, Manuales de Formación continuada, nº 48, Madrid, 2010.

ARANGÜENA FANEGO, C. (directora), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2010.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

CHOCRÓN GIRÁLDEZ, *Control judicial de las privaciones de libertad de los extranjeros en situación irregular*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

CHOZAS ALONSO, J.M., *El interrogatorio de testigos en los procesos civil y penal. Su práctica ante los Tribunales. Con las modificaciones introducidas por la Ley 13/2009*, Ed. La Ley, Madrid, 2010.

COLLADO MEDINA, J., (coord.), *Teoría y práctica de la investigación criminal*, Ed. Instituto Universitario “General Gutiérrez Mellado” (UNED), Madrid, 2010.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Derecho penal europeo, Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos*, Colección Estudios de Derecho judicial nº 155, Madrid, 2010.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J. (director), *99 Cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal*, Ed. CGPJ, Madrid, 2010.

HUSTER, S., Ernesto GARZÓN VALDÉS, E., y Molina, F., *Terrorismo y derechos fundamentales*, Madrid, 2010.

MARTÍNEZ ARRIETA, A., *Recurso de casación y de revisión penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MORILLAS CUEVA, L. y NÁQUIRA RIVEROS, J., *Derecho Penal de menores y adolescentes: una visión dual desde Chile y España*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.

OTÍN DEL CASTILLO, J.M., *Psicología criminal. Técnicas aplicadas de intervención e investigación policial*. 2ª Edición, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2010.

PEDRAZ PENALVA, E./ (coord.), *Protección de datos y proceso penal*, Ed. La Ley, Madrid, 2010.

SUAU MOREY, J., *Inmediación y apelación en el proceso penal. Jurisprudencia TC y Reformas procesales. (Contiene la LO 172009 y la L 13/2009, ambas de 3 de noviembre*, Ed. JM Bosch, Barcelona, 2010.

III. OTROS

BARRIENTOS, J./MELERO, J., *Prontuario procesal penal, Ed. Experiencia*, 2010.

CARAZO RUBIO, J. y RODRÍGUEZ HERMOSO, F., *Formularios procesales penales*, 10ª ed., Ed. Comares, Granada, 2010.

GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P., *Esquemas procesales civiles, penales y concursales. Adaptados a la reforma de la Nueva Oficina Judicial*, Ed. La Ley, Madrid, 2010.

ILUSTRE COLEGIO NACIONAL DE SECRETARIOS JUDICIALES, *Manual práctico de las reformas procesales*, Ed. Aranzadi, 2010.

MONTOYA MELGAR, A., *Cuestiones actuales de la Jurisdicción en España*, 2 vols., Ed. Dykinson, Madrid, 2010.

**TÍTULO: ESPACIO EUROPEO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA:
ÚLTIMOS AVANCES EN COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL**

*Autor: Coral Arangüena Fanego (dir.)
ISBN: 978-84-9898-212-1
Lex Nova, Valladolid, 2010, 410 páginas*

Los estudios elaborados en materia de derecho procesal de la Unión Europea, a partir de las iniciativas promovidas por profesores de la Facultad de Derecho y por miembros del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid, son material de consulta y referencia obligada para investigadores, académicos y profesionales jurídicos. Han publicado un buen número de obras en las que han sabido combinar de forma excelente el rigor que se exige a un trabajo científico con los requerimientos impuestos por la actualidad política y social. La obra colectiva que se presenta es un valor más que se añade al buen hacer de un equipo de personas dirigidas, esta vez, por la Profa. Dra. Coral Arangüena Fanego. En ella participan profesores universitarios y miembros del Ministerio Fiscal de España, Italia y Portugal, todos ellos especialistas en Derecho de la Unión Europea, Derecho procesal y Derecho penal con una trayectoria muy reconocida y consolidada.

El objetivo del libro es el de exponer, analizar y valorar los últimos impulsos en cooperación judicial penal operados en la Unión Europea con vistas a la consolidación del Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Dichas acciones se enfocan desde una triple perspectiva: institucional, procesal y penal, que es la guía que recorre el libro del principio al fin conectando todas sus partes.

FONSECA MORILLO realiza una singular introducción al libro combinando, con gran acierto, poesía y derecho lo que hace posible que el lector entre “con pie derecho” en materia. A través de “Algunas reflexiones sobre las perspectivas de la cooperación judicial penal en la Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa” anuncia con claridad y concisión los temas que serán desarrollados en los capítulos posteriores. No mantiene, sin embargo, una línea meramente descriptiva sino que explica, detenidamente, las razones por

las que el futuro del espacio judicial europeo va a depender de un pacto político que busque el equilibrio entre la confianza mutua y la aproximación legislativa.

De los aspectos institucionales se ocupa JIMENO BULNES en su estudio que titula “Las implicaciones del Tratado de Lisboa en la cooperación judicial europea en materia penal” y en el que se distinguen dos partes. La primera se centra en el análisis del Tratado de Lisboa: sus antecedentes, caracteres generales y la reforma que lleva a cabo en el Tratado de la Unión Europea y en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. La segunda parte se dedica a exponer el modelo de la futura cooperación judicial penal, describiendo los avances y las novedades respecto de la situación actual, cuya valoración no puede dejar de ser positiva. No obstante, la autora subraya que las concesiones, de carácter general y especial, hechas a los Estados miembros en función del grado de integración deseado (“frenos de emergencia” y cláusulas *opt-in/opt-out*), además de favorecer la creación de una multitud de modelos alternativos, puede llegar a convertirse en serios obstáculos a la construcción de un espacio judicial común.

La contribución de GUTIÉRREZ ZARZA es la primera de las tres que la presente obra colectiva destina al Eurojust. En “Delincuencia organizada, autoridades judiciales desorganizadas y el aún poco conocido papel de Eurojust”, la autora expone el marco jurídico, los objetivos, las competencias y la organización de Eurojust, recalcando la importancia de los sistemas de coordinación entre los miembros de Eurojust y las autoridades nacionales competentes en cooperación judicial penal. Finaliza su aportación, explicando en qué consiste el trabajo de Eurojust y qué clase de competencias, de conformidad con lo previsto en los arts. 85 y 86 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, deberían otorgarse a los miembros nacionales de Eurojust a fin de que dicho órgano consiguiera su máxima operatividad.

De las bases jurídicas para la instauración de una fiscalía europea a partir de Eurojust, arranca del trabajo de ALVES COSTA acerca de “La creación de la Fiscalía Europea”. Tras recordar las iniciativas emprendidas por la Unión Europea en punto a construir la figura del Fiscal Europeo, pasa a examinar su regulación por el Tratado de Lisboa. De ella infiere los retos de carácter técnico que se deberán afrontar para que la Fiscalía Europea sea un hecho y, en particular, para que pueda ejercer los poderes que se le atribuyen. Pero como también pone de relieve el autor, antes de enfrentarse a esos retos es crucial resolver si realmente existe el convencimiento de que es necesaria una autoridad supranacional para combatir la delincuencia transnacional grave.

La anterior cuestión no queda sin respuesta, pues ESPINA RAMOS recoge el “testigo” y comienza su estudio “¿Hacia una Fiscalía Europea” aduciendo razones que justifican la necesidad, oportunidad y viabilidad de la misma. De ahí que complete su colaboración con minuciosas referencias a la estructura,

competencia objetiva, funciones y control jurisdiccional de los actos del Fiscal Europeo que en su día se instaure.

El artículo de RAFARACI sobre “*Ne bis in idem* y conflictos de jurisdicción en materia penal en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea” da paso a las aportaciones de derecho procesal de la Unión Europea que se contienen en la obra colectiva. Partiendo de la premisa de que un sistema de justicia penal ha de ser plenamente respetuoso con los derechos fundamentales y sus garantías, el autor extrae las manifestaciones del principio *ne bis in idem*, en su faceta procesal, mediante el examen de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas cuando interpreta y aplica los arts. 54 a 58 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen. Como consecuencia de tales manifestaciones, así como de la fijación del alcance y los límites del *ne bis in idem* desde una perspectiva transnacional, constata que la prohibición ha de ser un remedio *extrema ratio* por lo que es prioritario establecer vías destinadas a prevenir y resolver conflictos de jurisdicción. Este aspecto es abordado en el último apartado del trabajo analizando, en especial, los objetivos y los mecanismos dispuestos para lograrlos en la Decisión marco 2009/948/JAI sobre conflictos de jurisdicción penal.

El principio de disponibilidad de la información constituye una de las bases en las que se asienta el trabajo de DE HOYOS SANCHO sobre la “Profundización en la cooperación transfronteriza en la Unión Europea: obtención, registro e intercambio de perfiles de ADN de sospechosos”. La evolución operada en el concreto tema elegido por la autora tiene un punto de partida ineludible sin cuyo análisis no es posible comprender el alcance de la cooperación: el Tratado de Prüm. De ahí que exponga las razones por las que se le considera un hito en la cooperación transfronteriza, abordando a continuación su fundamento, estructura, contenido, así como sus consecuencias respecto de las legislaciones nacionales. La Decisión 2008/615/JAI del Consejo constituye la segunda etapa de la evolución pues procede a integrar en el acervo comunitario las disposiciones de aquel Tratado. La autora estudia en profundidad las normas relativas al sistema de intercambio de información de perfiles de ADN de sospechosos y de protección de tales datos. La valoración positiva de la iniciativa legislativa en esta materia ha de conjugarse con el elemento negativo constituido por la inexistencia de una mínima armonización de las regulaciones nacionales. Es más, como indica la autora algunas de estas últimas vulneran derechos fundamentales consagrados en el CEDH y otras, por ejemplo, nuestra LO 10/2007 reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, padece una insuficiencia normativa que debilita las garantías de la intervención judicial.

Cuando la cooperación judicial y policial transfronteriza cuenta con la ayuda de avances científicos y técnicos, se pone especialmente de manifiesto la

necesidad de establecer un sistema de garantías que vele por el pleno respeto y ejercicio de los derechos fundamentales. Sin embargo, la Unión Europea ha fracasado, por el momento, en este ámbito pues ni siquiera ha conseguido enunciar los derechos básicos que han de ser reconocidos al sospechoso/imputado en un proceso penal. VIDAL FERNÁNDEZ en “El derecho a intérprete y a la traducción en los procesos penales en la Unión Europea. La iniciativa de 2010 de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la interpretación y traducción” explica, aportando infinidad de datos, por qué del catálogo de derechos procesales fundamentales existente en la propuesta de Decisión marco de 2004, en la actualidad sólo se ha conseguido el consenso para regular el derecho de interpretación y traducción. Analiza de forma pormenorizada el ámbito de aplicación de la citada iniciativa, el contenido, el significado de ambos derechos, relacionándolos con el derecho a la asistencia letrada y el derecho de defensa. Dos epígrafes finales resultan de gran interés: el relativo a los límites de los derechos al intérprete y a la traducción, y las conclusiones donde apunta las carencias que observa en la iniciativa de Directiva cuya incidencia en la efectividad de los derechos que procura salvaguardar ha de hacer reaccionar a las instituciones europeas.

ARANGÜENA FANEGO sostiene en “De «la orden europea de vigilancia» al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales sobre medidas sustitutivas de la prisión provisional: primera aproximación a la Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo” que el respeto al derecho a la presunción de inocencia y a la libertad personal de imputado de una parte, y la adopción de medidas cautelares de otra, hallan un equilibrio adecuado en las normas de la citada Decisión marco. Describe el camino que ha dirigido a su aprobación y expone los argumentos que la justifican. La autora facilita la comprensión de la razón de ser de la Decisión marco 2009/829/JAI al explicar sus objetivos, así como la naturaleza, las características y el funcionamiento de la resolución sobre medidas de vigilancia en el espacio judicial común. Precisa que con este instrumento se cubre la laguna legislativa en el campo de las medidas cautelares no privativas de libertad. Es un logro que se ha de sumar a los muchos alcanzados gracias al principio de reconocimiento mutuo que, no obstante, ha visto limitados sus efectos mediante la previsión de un excesivo número de causas de denegación de reconocimiento de la resolución que acuerda la medida cautelar.

En cuanto a la materia penal, las aportaciones se centran en las sanciones alternativas a la prisión. CID MOLINÉ con el fin de poder valorar el sistema penológico español parte de los principios que informa la política criminal europea en materia de sanciones. Siguiendo, en esencia, las Resoluciones y Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa extrae dos principios fundamentales y complementarios entre sí: la prisión como *última ratio* y la imposición de penas alternativas prisión como respuesta normal frente a la comisión de un delito. El resultado del método comparativo ya se anuncia en el

título de su estudio: “La política criminal europea en materia de sanciones alternativas a la prisión y la realidad española: una brecha que debe superarse” detallándose en el cuerpo del trabajo un conjunto de carencias que presenta nuestro ordenamiento jurídico-penal. La superación de tales carencias es, a juicio del autor, la condición previa para conseguir el grado de cooperación entre los Estados miembros de la Unión Europea que pretenden conseguir las diversas decisiones marco relativas al reconocimiento de resoluciones judiciales.

La Decisión marco 2008/947/JAI del Consejo, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas, es el núcleo de la aportación de SANZ MORÁN desde el que lleva a cabo una serie de “Reflexiones en torno a la idea de «libertad vigilada»”. Aun reconociendo que la Decisión marco 2008/947/JAI va a fomentar la cooperación judicial penal en la UE, argumenta, primero, su posición crítica a la primacía otorgada al principio de reconocimiento mutuo respecto de la armonización legislativa y, segundo, pronostica las consecuencias derivadas de las diferencias existentes entre las legislaciones nacionales en lo referente a la regulación de sanciones alternativas a la prisión y mecanismos de control de las mismas.

JIMÉNEZ VILLAREJO inicia su trabajo sobre la “Ejecución en la Unión Europea de las resoluciones que impongan sanciones pecuniarias. Comentarios a la Ley 1/2008, de 4 de diciembre” con referencias generales al origen y desarrollo del principio de reconocimiento mutuo, así como a su influencia actual en los sistemas legales de los Estados miembros de la Unión Europea, planteando los cambios que tal influencia puede experimentar a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. En la segunda parte del estudio, dirige su atención al reconocimiento mutuo de las resoluciones que contienen sanciones pecuniarias y afronta con detalle un buen número de cuestiones suscitadas por la Ley 1/2008 que incorpora al ordenamiento jurídico español la Decisión marco 2005/214/JAI.

Según dispone el art. 82 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la cooperación judicial penal no sólo se basa en el principio de reconocimiento mutuo sino que también incluye la aproximación de las normativas de los Estados miembros. La operatividad de este último mecanismo en la represión y sanción de un cierto tipo de delincuencia es puesta de manifiesto por BLANCO CORDERO en “Armonización-aproximación de las legislaciones en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito”. Entre los varios instrumentos elaborados por la Unión Europea sobre embargo y decomiso de bienes de origen delictivo, el autor destaca la Decisión marco 2005/212/JAI, en particular, los artículos que regulan el comiso ampliado. Este

instituto es evaluado a la luz de los postulados emanados de la presunción de inocencia y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos. Pone fin a su aportación proponiendo un conjunto de actuaciones tendentes a aumentar la eficacia de las estrategias que la Unión Europea diseña contra la criminalidad que obtiene beneficios del delito.

En el último capítulo de la obra colectiva que se reseña, “El decomiso: regulación en la Unión Europea y estado de aplicación en España”, su autora MORÁN MARTÍNEZ subraya la importancia que las nuevas tendencias de política criminal conceden a la restitución de efectos y reparación económica del daño. La intervención de la Unión Europea en este campo se configura a través de varias decisiones marco, centrándose la autora en la Decisión marco 2005/212/JAI y en la Decisión marco 2006/783/JAI. Así, orienta su estudio tanto desde el punto de vista del derecho sustantivo, pues la primera Decisión marco tiene como meta homogeneizar la definición y regulación del decomiso, como del derecho procesal ya que la segunda Decisión marco citada está encaminada a garantizar en todo el territorio de la Unión Europea la ejecución de las resoluciones que ordenan el decomiso y recuperación de los productos del delito.

Mercedes Serrano Masip

Profa. Titular de Derecho Procesal
de la Universidad de Lleida

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 recensiones deberán remitirse a la sede de la *Revista de Derecho Penal* (Lex Nova, C/ General Solchaga, 3, 47008 Valladolid), en caso de correo postal, o bien, a la dirección de correo electrónico: 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.