

ÍNDICE

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

- La influencia de la penalística italiana en la ciencia penal española.
Gonzalo Quintero Olivares 11
- Tutela penal de la propiedad industrial: Aspectos sustantivos y procesales.
M.^a José Jordán Díaz-Roncero e Ignacio Comes Raga 49
- Obtención y utilización de la prueba trasnacional.
Rosa Ana Morán Martínez 79

JURISPRUDENCIA

- ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA 105
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 113
- **Sentencia 206/2009, de 23 de noviembre:** Prescripción 113
- TRIBUNAL SUPREMO 117
- **Acuerdo de 20 de enero de 2010** 117
- **Acuerdo de 23 de febrero de 2010** 118
- **Sentencia 920/2009, de 18 de septiembre:** Apropiación indebida y simulación de delito 119
- **Sentencia 906/2009, de 23 de septiembre:** Delito fiscal 122
- **Sentencia 949/2009, de 28 de septiembre:** Expulsión tras el cumplimiento de la pena 124

	Página
— Sentencia 953/2009, de 30 de septiembre: Lectura declaraciones sumariales. Proposición de prueba al inicio del juicio oral	127
— Sentencia 1001/2009, de 1 de octubre: Robo violento y detención ilegal	130
— Sentencia 925/2009, de 7 de octubre: Principio acusatorio . . .	134
— Sentencia 984/2009, de 8 de octubre: Alzamiento de bienes .	137
— Sentencia 1020/2009, de 9 de octubre: Dictamen pericial	141
— Sentencia 997/2009, de 9 de octubre: Estafa	143
— Sentencia 1028/2009, de 14 de octubre: Coautoría	145
— Sentencia 982/2009, de 15 de octubre: Quebrantamiento de medida cautelar	150
— Sentencia 1017/2009, de 16 de octubre: Cosa juzgada	151
— Sentencia 1094/2009, de 19 de octubre: Declaración de coimputado en juicio oral posterior y lectura de la previa sumarial	155
— Sentencia 968/2009, de 21 de octubre: Responsabilidad del oligofrénico. Declaración de víctima menor. Dictamen pericial psicológico	159
— Sentencia 1032/2009, de 26 de octubre: Declaración de coimputado: corroboración	163
— Sentencia 1046/2009, de 27 de octubre: Delito contra la Seguridad Social	166
— Sentencia 1010/2009, de 27 de octubre: Atentado. Ejercicio legítimo del cargo	170
— Sentencia 1089/2009, de 27 de octubre: Homicidio imprudente	173
— Sentencia 1074/2009, de 28 de octubre: Difusión de pornografía infantil	176
— Sentencia 1076/2009, de 29 de octubre: Refundición de condenas	178
— Sentencia 1038/2009, de 3 de noviembre: Auto dictado en ejecución de sentencia. Sustitución de pena. Orden de prelación de pago de responsabilidades pecuniarias	183
— Sentencia 1103/2009, de 3 de noviembre: Circunstancia atenuante de reparación del daño	187

	Página
— Sentencia 1082/2009, de 5 de noviembre: Falsedad en documento oficial	191
— Sentencia 1130/2009, de 10 de noviembre: Intervenciones telefónicas	200
— Sentencia 1113/2009, de 10 de noviembre: Circunstancias agravantes de despoblado y disfraz	202
— Sentencia 477/2009, de 10 de noviembre: Violencia doméstica habitual	204
— Sentencia 1117/2009, de 11 de noviembre: Indefensión. Asistencia letrada efectiva	212
— Sentencia 1111/2009, de 11 de noviembre: Atenuante analógica de dilaciones indebidas	215
— Sentencia 1081/2009, de 11 de noviembre: Tráfico de drogas ..	218
— Sentencia 1110/2009, de 16 de noviembre: Difusión de pornografía infantil	225
— Sentencia 1097/2009, de 17 de noviembre: Publicidad engañosa	228
— Sentencia 1166/2009, de 19 de noviembre: Delito provocado ..	230
— Sentencia 1159/2009, de 19 de noviembre: Prueba testifical. Conclusión del sumario	234
— Sentencia 1199/2009, de 23 de noviembre: Dilaciones indebidas. Atenuante analógica	237
— Sentencia 1177/2009, de 24 de noviembre: Violencia de género	240
— Sentencia 1202/2009, de 26 de noviembre: Presunción de inocencia	245
— Sentencia 1246/2009, de 30 de noviembre: Relación de causalidad	246
— Sentencia 1240/2009, de 2 de diciembre: Multa proporcional. Inferior en grado	251
— Sentencia 1190/2009, de 3 de diciembre: Prueba de ADN. Recogida de muestras	252
— Sentencia 1263/2009, de 4 de diciembre: Principio acusatorio	257
— Sentencia 1209/2009, de 4 de diciembre: Conducción «suicida»	261

	Página
— Sentencia 1329/2009, de 4 de diciembre: Prescripción	270
— Sentencia 1391/2009, de 10 de diciembre: Abono de prisión provisional	275
— Sentencia 1338/2009, de 21 de diciembre: Falsedad documental	279
— Sentencia 1351/2009, de 22 de diciembre: Lesión de derechos sociales	282
— Sentencia 1375/2009, de 28 de diciembre: Prueba testifical anticipada	285
AUDIENCIAS PROVINCIALES	289
— Auto 409/2009, de 16 de septiembre (AP Barcelona): Jurado: necesidad, para acomodo del procedimiento a su ley reguladora, de evidencias suficientes para completar el juicio de verosimilitud de la imputación de hechos	289
— Sentencia 250/2009, de 1 de octubre (AP Madrid): Intrusismo: administrador de fincas	291
— Sentencia 635/2009, de 7 de octubre (AP Gerona): Sentencia absolutoria. Imposición del pago de las costas de la defensa a la acusación particular. Temeridad	293
— Sentencia 1183/2009, de 14 de octubre (AP Madrid): Lesiones: agravación por el uso de armas o instrumentos peligrosos. Arma que no funciona	295
— Sentencia 52/2009, de 15 de octubre (AP Soria): Asesinato. Animus necandi. Alevosía	296
— Sentencia 111/2009, de 21 de octubre (AP Madrid): Tráfico de drogas: utilización de menores	299
— Auto 730/2009, de 22 de octubre (AP Madrid): Hurto: valoración de efectos sustituidos para determinar su calificación como delito o falta; IVA	301
— Sentencia 58/2009, de 22 de octubre (AP Zaragoza): Agresión sexual: distinción entre el delito continuado y delito único manifestado en pluralidad de actos	303
— Sentencia 236/2009, de 27 de octubre (AP Albacete): Delitos contra la intimidad: examen de los mensajes electrónicos recibidos en el ordenador de la compañera sentimental	304

	Página
— Auto 785/2009, de 27 de octubre (AP Madrid): Intrusismo entre diferentes especialidades médicas	306
— Sentencia 204/2009, de 28 de octubre (AP Logroño): Homicidio. Legítima defensa	308
— Sentencia 461/2009, de 2 de noviembre (AP Tarragona): Delito contra la fauna: caza «con barraca»	309
— Sentencia 676/2009, de 5 de noviembre (AP Barcelona): Géneros falsificados. Decomiso. Imprudencia de responsabilidad civil ..	312
— Sentencia 237/2009, de 6 de noviembre (AP Burgos): Reconocimiento fotográfico en sede policial; no sustituye a una genuina prueba	313
— Sentencia 64/2009, de 6 de noviembre (AP Pontevedra): Depósito de armas de guerra hecho por una sola persona: el autor es tratado penalmente como «promotor»	314
— Sentencia 186/2009, de 17 de noviembre (AP Navarra): Profanación de cadáveres: amputación de un dedo de la mano del cadáver. Dolo	316

CRÓNICA LEGISLATIVA

— Crónica Legislativa	321
-----------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA

— Derecho Penal	327
— Derecho Procesal Penal	329

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA INFLUENCIA DE LA PENALÍSTICA ITALIANA EN LA CIENCIA PENAL ESPAÑOLA

GONZALO QUINTERO OLIVARES

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Rovira Virgili, Tarragona

“Nescire quid antea quam natus sis acciderit, id est semper esse puerum” (Cicerón, De Oratore)

RESUMEN

Este trabajo revisa un lugar común: dar por seguro que la ciencia penal italiana, de Beccaria a Ferri, tuvo una muy significativa influencia en la cultura penal española. Aun admitiendo que las influencias en materia intelectual se admiten con el solo hecho de que la obra de un autor o de una escuela haya tenido efectivamente resonancia en un tiempo y un lugar, y que sus ideas sean visibles en la obra de los influenciados, cuesta dar por cierta esa tan grande influencia. Hay mentalidades similares entre algunos juristas españoles e italianos del siglo XIX, como Rossi y Pacheco, que difícilmente se conocieron. Pero figuras de la ciencia penal italiana, como Filangieri en los inicios del s. XIX, apenas llegaron a ser conocidos fuera de círculos intelectuales hispánicos. Del mismo modo, obras como la de Valdés, Dorado o Silvela, de gran importancia en España, no pueden tenerse como versiones hispanas del pensamiento italiano. Pero pese a todo, la entidad relativa de la influencia del clasicismo de Carrara y Pessina, visible en Groizard, y en una amplia generación de docentes, como luego la del positivismo, presente en los correccionalistas, no pueden ser desdeñadas. Al espacio de lo inexplicable se traslada el visible e incomprensible alejamiento actual.

Palabras clave: Cultura jurídica italiana. Ilustración. Dogmática. Codificación. Clasicismo. Iusnaturalismo. Positivismo naturalista.

ABSTRACT

This work revises a common place: to take for granted that the Italian penology, of Beccaria A Ferri, had a very significant influence in the penal Spanish culture. Even admitting that the influences in intellectual matters are admitted with the single fact that the work of an author or of a school has really had repercussion at one time and in one place, and that their ideas are visible in the work of those influenced, it is not easy to assume that there are such a big influence. There are similar mentalities among some Spanish and Italian jurists of the XIX century, as Rossi and Pacheco who unlikely met each other. But important Italian penologists, such as Filangieri at the beginning of the XIX century hardly became well-known outside the intellectual Hispanic circles. In the same way, works like that of Valdés, Golden or Silvela, of great importance in Spain, cannot be considered as Spanish versions of the Italian thought. However despite everything, the relative weight of the influence of the classicism of Carrara and Pessina, visible in Groizard, and in a wide generation of teachers, as later on the positivism one, present in the correccionalists, cannot be disdained. The current visible and incomprehensible distance moves to the space of the inexplicable.

Key words: Artificial Italian culture. Illustration. Dogmatism. Codification. Classicism. Iusnaturalism. Naturalistic Positivism.

Reflexión previa:

Los que pertenecemos a la generación de penalistas “en activo”, lo que abarca un considerable número de personas, hemos crecido académicamente en una Universidad en la que el credo dominante era la adoración de la dogmática alemana. La contribución a la ciencia del derecho penal procedente del resto de Europa o de América Latina era despreciable o anecdótico, hasta el punto de generarse una élite de penalistas españoles de cultura germánica que, tal vez perseguidos por un complejo hispano, siempre miraron de soslayo cualquier construcción que no estuviera escrita en alemán. Paralelamente a esa altivez infundada se ha producido un empobrecimiento de las perspectivas del conocimiento. Entre los aficionados al cine se dice frecuentemente que si tal o cual actor español hubiera nacido inglés o francés habría sido mundialmente famoso. En la ciencia penal sucede algo parecido, y a la altura de mi edad puedo decir que si, por ejemplo, se hubiera escrito en alemán un Tratado como el de Manzini, o una obra como la de Silvela, gozarían de un respeto que la germanofilia les niega, a la vez que venera cualquier documento que cuente con la garantía de la lengua (alemana) en que esté escrito.

Nada más lejos de mi ánimo, y a mis pobres escritos me remito, que cuestionar la grandeza y transcendencia de la cultura jurídica alemana, en derecho penal, en derecho civil, en derecho público, en filosofía del derecho, en derecho romano: sólo podemos tener admiración. Otro tanto hay que decir de la fuerza histórica del Idealismo alemán, que contribuyó al fortalecimiento de la ciencia del derecho, en todas sus ramas, de lo cual nos hemos beneficiado todos, aprendiendo la importancia de creer sinceramente en que hay un espacio cultural y político entre las leyes y su glosa y el Derecho. El rigor del razonamiento germánico ha generado una manera de aproximarse a los problemas jurídicos que nadie puede poner en duda.

Dejando, pues, claro que sería absurdo cuestionar la magnificencia de la cultura penal alemana, de la que tanto hemos aprendido, puedo lamentar profundamente el penoso olvido al que las últimas generaciones de penalistas españoles han enviado a la literatura penal escrita en italiano —también a la escrita en francés, pero ese es otro problema y tiene otros análisis— porque en la mayor parte de los casos se debe a desconocimiento, y en otros a simple frivolidad, cuando no contagio de cierta prepotencia germánica más visible en germanófilos que en los propios penalistas alemanes. Hoy es común considerar que el conocimiento de la cultura penal italiana es meramente ornamental y prescindible. Pero lo deprimente no es eso, sino comprobar que quienes así opinan pueden a la vez ignorar lo escrito por españoles desde el siglo XVIII hasta nosotros, y así desconocer cuánto de “nacional” pueden tener muchas instituciones.

Los párrafos que siguen intentan, pues, ofrecer una somera visión de lo que ha sido la cultura penal italiana en la formación de nuestra propia cultura,

y sin duda no son más que brochazos incapaces de componer un paisaje nítido. Pero creo que es preciso recuperar un pasado irrenunciable.

Sé bien que muchos dirán que tan o más importante es el cabal conocimiento de nuestra cultura penal, desde Alfonso de Castro hasta nosotros, y no tengo la menor duda, y ojalá que todos lo sintamos como una obligación intelectual que debe llevarse a cabo yendo más allá de las usuales crónicas y relaciones de obras de penalistas españoles, entrando en la totalidad de sus ideas y discursos. Pero que las tareas sean muchas nada tiene que ver con lo que ahora nos ocupa.

Queda un último aspecto de la cuestión, al que volveré al final de estas páginas: muchos dirán, y tienen razón, que no hay motivo para tanta preocupación por recordar de dónde llegan las ideas que influyen en las nuestras, puesto que tanto la cultura germánica como la italiana —y por supuesto la francesa o la inglesa— “escritas” son esencialmente “autoreferenciales”, y para comprobarlo basta con abrir cualquier libro o artículo escrito en esas lenguas y comprobar cuáles son los textos que contemplan al escribir. Los españoles, en cambio, trufamos nuestros trabajos con citas alemanas, italianas y lo que venga al caso. ¿Será tal vez que los penalistas españoles somos personajes en busca de autor? ¿Será un complejo de inferioridad el que nos lleva a albardarnos con citas de doctrina extranjera a conciencia de que nuestra presencia en otras literaturas europeas es anecdótica?

No lo sabemos, y tal vez nadie puede saberlo, pero, en todo caso, conviene que expulsemos del alma los complejos y celebremos que somos unos penalistas capaces de elevar la vista más allá de nuestro sistema y estudiar y comprender el de los otros, y que podemos incorporar a nuestros trabajos ideas escritas en otras lenguas, y que es grotesco someter la circulación de ideas a reglas de bilateralidad y sinalagmatismo. Si de todo ello extraemos la conclusión de que la base intelectual de nuestro trabajo es más amplia, tanto mejor; pero sin olvidar que la preponderancia o abundancia de la cita extranjera, en muchos casos, no es sino una falsabraga que esconde limitaciones de formación en el propio derecho.

Con esa prudente actitud quiero hacer este pequeño recorrido por nuestra historia, sacando a la superficie datos y hechos que duermen en el fondo del mar del pasado de nuestra disciplina convencido de que el pasado, que ha de ser superado siempre, también enseña.

SUMARIO

- I. LA ILUSTRACIÓN Y LA INFLUENCIA DE BECCARIA EN ESPAÑA.
 - II. LOS REFORMADORES PENALES DESPUÉS DE BECCARIA Y SU INFLUENCIA EN ESPAÑA.
 - III. LOS PRECLÁSICOS EN ESPAÑA: CARMIGNANI Y ROSSI Y SU SUPUESTA INFLUENCIA.
 - IV. DE ROSSI A PACHECO.
 - V. LA LLEGADA DE CARRARA Y EL CLASICISMO.
 - VI. EL CLASICISMO EN EL CP DE 1870.
 - VII. LA LLEGADA DEL POSITIVISMO Y LA CONVIVENCIA CON EL KRAUSISMO.
 - VIII. EL PASO AL SIGLO XX Y LA EVOLUCIÓN HASTA LA ACTUALIDAD.
-

I. LA ILUSTRACIÓN Y LA INFLUENCIA DE BECCARIA EN ESPAÑA

Es común empezar la historia de nuestra disciplina partiendo de Beccaria, lo cual no deja de ser relativamente arbitrario; pero esa fue una decisión de historiadores del derecho penal tan reputados como Enrico Pessina, que además entendieron que era preciso diferenciar entre desarrollo de la legislación y desarrollo de la ciencia, pero en todo caso con una frontera situada en torno a la obra de Beccaria⁽¹⁾ y la Revolución Francesa.

⁽¹⁾ No ha faltado en España una tendencia a defender la tesis de que no es Beccaria, sino Alfonso de Castro, el fundador de la ciencia del derecho penal, autor del *De iusta haereticorum punitione* y *De potestate legis poenalis*. Esa tesis es equivocada por dos motivos: ante todo, porque nadie estima que Beccaria fundara la “ciencia”, sino que fue un revolucionario de las ideas, mientras que la “ciencia del derecho penal”, si se quiere hablar de eso, ha de buscar sus padres en Filangieri, Romagnosi, Feuerbach y Mittermaier. En segundo lugar, porque la obra de Castro es coherente con su tiempo y lo que era el Poder en su época, tanto del Rey como de la Iglesia, mientras que la de Beccaria comienza por negar esos poderes supuestamente naturales. Sobre esa absurda “reivindicación” hispana vid.: Eloy BULLÓN y FERNÁNDEZ, *Alfonso de Castro y la ciencia penal*, Madrid, Hijos de G. Hernández, 1900, y, más reciente, M. RODRÍGUEZ MOLINERO, *Origen español de la ciencia del Derecho penal, Alfonso de Castro y su sistema pena*, Madrid 1959.

Frente a esa tradición ha habido grandes críticos, como Italo Mereu ⁽²⁾, por cierto, recientemente desaparecido, que considera injusto suponer que antes de ese tiempo “nadie” fue capaz de pensar científicamente en los problemas penales; y que todos los elementos del concepto técnico-jurídico de delito estaban sobradamente estudiados por los criminalistas del siglo XVI (como Decianus y su *Tractatus Criminalis*). Pero lo cierto es que aunque en el siglo XVI o XVII se hubiesen llegado a utilizar conceptos similares a los que se empleaban en la penalística del siglo XIX su significado profundo no era ni podía ser el mismo que tuvo en su momento para los Carrara, Pessina, etc., pues lo que explica el modo de entenderse y aplicarse el Derecho penal no es el pensamiento de un autor, sino el marco político, legislativo y judicial en que se aplica. Esa vinculación del pensamiento penal a las fluctuaciones políticas de cada época no se da tal vez en otras ramas del Ordenamiento, que por ello mismo han propiciado un mejor desarrollo y aplicación del pensamiento metodológico historicista, como ocurre por ejemplo en el Derecho civil.

Antes de que en 1764 apareciera en Livorno su libro, se había publicado (1748) el libro de Montesquieu *L'esprit des lois*. La obra del francés recogía ya principios que estaban destinados a ser considerados posteriormente como sillares del Derecho penal moderno: la separación e independencia del poder judicial, la estructuración y pureza del proceso, la inutilidad de las penas largas, la proporción entre pena y delito, lo absurdo del tormento. Todo lo cual habría de recibir nuevo y más democrático impulso a través de la obra de J.J. Rousseau.

Sea como fuere, lo cierto y aceptado es que el primer pensador italiano cuyas ideas penales trascienden a su país es Beccaria, cuyo famoso *Dei delitti e delle pene* fue traducido tempranamente por Juan Antonio de las Casas en 1774 ⁽³⁾. Según Mollfulleda ⁽⁴⁾, aunque es algo discutible, “... el primer autor español que se refiere a la obra de Beccaria, aunque sin citar a su autor, es Alfonso María de Acevedo, a quien (...) puede considerarse como el adelantado de los autores españoles opuestos al tormento. Con el fin de desterrarlo de los tribunales escribió, en 1770, su obra *De reorum absoluteione*...”

(2) Italo MEREU, “*Storia del diritto penale del ‘500’*”, Napoli, 1961; del mismo, *La pena di morte a Milano nel secolo di Beccaria* Neri Pozza Editore, 1988.

(3) Hay una reedición de Alianza Editorial, Madrid, 2004, y otra precedida de un excelente estudio introductorio de Javier Álvarez García, de Comares, Granada, 2008.

(4) S. MOLLFULLEDA, Estudio preliminar, *Discurso sobre la tortura*, de Juan Pablo Forner, Barcelona, Crítica, 1990.

La influencia de Beccaria en España alcanzó a Jovellanos, Meléndez Valdés, Valentín de Foronda⁽⁵⁾, Juan Sempere y Guarinos⁽⁶⁾. Pero no hay que olvidar que la publicación del libro no fue fácil⁽⁷⁾ y los ataques a la obra de Beccaria fueron demoledores y lograron que se prohibiera su difusión⁽⁸⁾. Hay que añadir que Lardizábal, por tantos considerado el máximo penalista ilustrado, discrepaba de Beccaria en un punto esencial: el derecho a discrepar y criticar la voluntad del Soberano. Lardizábal era un personaje con criterio, pero con vocación de obediente. En cambio, Jovellanos sintió tanta admiración por Beccaria que en su drama teatral *El delincuente honrado* concluye el texto poniendo en boca del protagonista una frase de Beccaria⁽⁹⁾.

La posibilidad de que las ideas de Beccaria cuajaran en la sociedad española de aquellos tiempos eran muy pocas. Sin duda que serían permeables a ellas los liberales reunidos en Cádiz, pero con la breve excepción del Trienio Liberal, era imposible que nadie osara defender ideológica-políticamente aquellas ideas sin pagar un alto precio por ello.

(5) Sobre este fantástico personaje, vid. Valentín de Foronda, *Los sueños de la razón*, Biblioteca de visionarios heterodoxos y marginados, edición de M. Benavides y C. Rollán, Madrid, Editora Nacional, 1984.

(6) Vid. Luis PRIETO SANCHÍS, *La filosofía penal de la ilustración española*, Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.

(7) Sobre las vicisitudes por las que la obra de Beccaria pasó en España, vid. Joan ANTÓN MELLÓN, *Las reformas penales durante el reinado de Carlos III*, Pedralbes, Revista de Historia moderna, núm. 4, 1984, pp. 147-160. La publicación de la obra fue consentida tras un dictamen crítico de la Academia de la Historia, en donde el eje central era que en ningún caso se podía poner en cuestión la obediencia a las leyes. Tan fue así que el traductor, el abate Juan Antonio de las Casas tuvo que añadir un prologo advirtiendo que "... el autor ha protestado en muchas partes de la obra y su apología, la sumisión y respeto que tiene y predica que los demás deben tener a las leyes dominantes del País en que cada uno reside; ... el parecer de un filosofo con esta clase de materia podrá acaso servir e ilustrar a los príncipes y magistrados a cuyo cargo esta el gobierno de los hombres pero nunca fomentar la vana confianza de los que sin discurrir, deben obedecer...".

(8) Brutal fue el ataque que le dirigió un fraile jerónimo fanático, pero muy respetado en su tiempo, Fray Fernando de Cevallos, autor de *La falsa filosofía o El ateísmo, deísmo, materialismo, y demás nuevas sectas convencidas de crimen de Estado*, Madrid, 1774-1776.

(9) Cfr. L.L. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *Jovellanos: antropología y teoría de la sociedad*, UP Comillas, Madrid, 1991.

Es sabida la tendencia a considerar como el Beccaria español a Lardizábal; pero cuando apareció la obra de Lardizábal⁽¹⁰⁾ ya estaba en pleno apogeo la sacudida ideológica que provocó el libro de Beccaria. La obra de este último tenía un sesgo revolucionario, la de Lardizábal mucho menos. El iluminismo de Lardizábal se manifiesta netamente cuando dice que “... el conocimiento exacto de la justicia esencial y primitiva escrita en el código de la naturaleza...” es fuente y origen de toda legislación y de las relaciones entre la sociedad y sus individuos. *A ese conocimiento contribuirá la filosofía, toda vez que las leyes vigentes no constituyen tal fuente de razón y deben ser reformadas.* Reclama que las penas sólo puedan imponerse al hombre “por el acto propio y moralmente imputable...” y se acerca al contractualismo de Beccaria de dos maneras. La primera cuando admite que las penas se explican porque los hombres cedieron parte de su libertad para constituirse en sociedad; la segunda cuando afirma que a partir de dicho pacto social, el derecho a establecer leyes y penas corresponde exclusivamente al Príncipe, cuya figura y función es imprescindible para el funcionamiento de la sociedad. Ahí, en su idea del Príncipe, es donde se aleja abiertamente de los iluministas, pues Lardizábal estimaba fuera de discusión que *la potestad suprema del Príncipe de dictar y aplicar leyes, necesaria para la conservación de la sociedad, es de origen divino*, lo cual no era muy revolucionario, sino lo propio de un sumiso súbdito de Carlos III.

Es cierto que coincidía con Beccaria cuando reclama la necesidad de que las penas se proporcionen a los delitos, no sean innecesariamente duras y estén claramente expresadas en la ley, así como que los procesos sean pronto y públicos. El fin de prevención general que asigna a la pena requiere que ésta sea pública e irremisible, pero no cree claramente en el principio de legalidad, pues, en contra de Beccaria, y de todos los que propugnaban el imperio de la ley (Montesquieu, Rousseau) propugna un cierto arbitrio judicial para que el juez pueda resolver aquellos casos no descritos acudiendo al espíritu de la ley o a la *voluntad del legislador*, que puede ser la del propio Príncipe.

En cambio, en ciertas materias Lardizábal hace alarde de una profundidad jurídica que no se aprecia en Beccaria. Expone principios sobre la autoría y la participación, sobre los grados de ejecución del delito, sobre las circunstancias que han de influir en la determinación de la pena, sobre la diversa gravedad de pena que conviene al hecho intencional y al culposos. Se refiere a la conveniencia de arbitrar en las leyes escalas de penas, y de contar con una organización penitenciaria que cuente con varias especies de establecimientos de cumpli-

(10) El año 1776 Lardizábal recibió un encargo del Consejo Real, destinado a conectar y recopilar las distintas leyes penales entonces existentes, de ahí nació su *Discurso sobre las penas contrahído a la legislación vigente en España para facilitar su reforma*.

miento, en virtud de las diferencias de edad, sexo y condición de los presos. Igualmente aborda cuestiones como el error, la ignorancia, la enfermedad mental, etc. Esboza, pues, un sistema penal completo, inexistente en la obra de Beccaria. El juicio global que merece la obra del español es que supone, políticamente, una actitud conservadora respecto a Beccaria y otros ilustrados, aunque constituyese ya un progreso para España.

II. LOS REFORMADORES PENALES DESPUÉS DE BECCARIA Y SU INFLUENCIA EN ESPAÑA

A comienzos del siglo XIX, el influjo reformista de Beccaria se percibía en la obra de legisladores y científicos del Derecho penal, dando pie a la aparición de las obras de otros reformadores como eran Bentham, Filangieri y Romagnosi, cuyas obras son sin duda de superior categoría técnico-jurídica que la de Beccaria, pues suponen construcciones más o menos completas de un sistema de Derecho penal, si bien sus planteamientos no pueden inscribirse directamente en el Derecho penal “moderno”, hecho que, según opinión dominante no se producirá hasta la publicación en 1801 de la obra de Feuerbach *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*; pero esa es otra cuestión que nos alejaría del tema de la influencia italiana.

Veamos qué sucede con Romagnosi y Filangieri, este último tenido en Italia como padre de la ciencia penal⁽¹¹⁾. La obra de Romagnosi, que tuvo gran impacto en Italia, no tuvo prácticamente eco en la España de aquel tiempo, tal vez porque su obra *Genesi del diritto penale* no había sido traducida al español (no lo sería hasta 1956⁽¹²⁾), o tal vez porque sus ideas “defensistas” lo colocaban más cerca de lo que mucho tiempo después serían los positivistas naturalistas (que, por cierto, lo tuvieron como precursor). Pero lo cierto es que no se encuentra en la literatura de la época reflejo de sus ideas, a pesar de que hoy no se cuestione en modo alguno su importancia histórica, pues se ha llegado a decir⁽¹³⁾ que comparte con Feuerbach el título de fundador del Derecho penal científico. En todo caso, su prestigio, en su tiempo, fue enorme, y trabajó intensamente en el *Progetto di Codice Penale per il Regno d'Italia*, inspirado por Napoleón, en tanto que invasor dispuesto a unificar la península en una

(11) Cfr. Ugo SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, Roma 1925.

(12) G.D. ROMAGNOSI, *Génesis del Derecho penal*, trad. de González Cortina y J. Guerrero. Editorial Temis. Bogota, 1956.

(13) Así, J.A. SAINZ CANTERO, *El informe de la Universidad de Granada sobre el proyecto que dio lugar al Código Penal de 1822*, Anuario de Derecho Penal, F. I, 1967.

sola corona, que no llegó a entrar en vigor, pero que fue considerado “perfecto” por los juristas de la época, y que sin duda influyó en Carmignani y Carrara.

La significación de Filangieri para España fue bien otra. De Filangieri se dice que fue quien tradujo en conceptos técnico-jurídicos los principios del iluminismo y, partiendo de ello, construyó un completo sistema de Derecho penal. Su obra máxima fue la colosal *Ciencia de la legislación*, que estaba llamada a influir poderosamente en los penalistas españoles, portugueses y latinoamericanos, y es verdad, pues la obra fue traducida (y en parte, criticada) al español por Jaime Rubio en 1822⁽¹⁴⁾, y parcialmente por Bernaldo Latorre en 1839⁽¹⁵⁾. Hay que añadir que Filangieri no solo se ocupaba de problemas penales⁽¹⁶⁾ sino también mercantiles y económicos⁽¹⁷⁾ (por cierto, al igual que Jeremy Bentham), lo cual le concede un puesto fundador también en la historia del pensamiento económico, y hasta se considera por algunos que las primeras traducciones parciales de la obra de Filangieri no fueron una iniciativa de penalistas, sino de Victorian de Villava⁽¹⁸⁾; pero en todo caso su importancia como economista, y su conocimiento de la situación de Europa y de España eran muy

(14) *Ciencia de la legislación*, Escrita en italiano por Cayerano Filangieri y traducida al castellano por Jaime Rubio, Imprenta de Núñez, 3.^a ed. / corr. y añadida con discursos analíticos en cada libro, Madrid, 1822.

(15) *Compendio de la ciencia de la legislación/Compendio de la obra que escribió el caballero Filangieri, titulada Ciencia de la Legislación, con notas de los autores más clásicos, redactado en el año 1834* por Bernaldo Latorre, Madrid, Imprenta de I. Boix, 1839.

(16) La obra de Filangieri fue también traducida al inglés, al francés y al alemán. Se dice que fue uno de los pensadores que estudió Benjamin Franklin, y por él influiría en las ideas plasmadas en la redacción de la Constitución Americana.

(17) La concurrencia en unos mismos pensadores de las inquietudes por el Derecho penal y por la economía no debe atribuirse al azar o a la excentricidad. Al contrario: encierra una plena coherencia. Desde que en el siglo xvi se iniciara en Salamanca lo que luego se llamaría “liberalismo”, una preocupación central fueron los temas relativos al precio justo, la honestidad en el trabajo, el salario, la legitimidad de la esclavitud, las reglas del comercio, etc. La *base ética* que daba sustento a los argumentos sobre esas materias será la misma que se invocará, por los liberales de fin del siglo xviii y principios del xix para proponer orientaciones para las leyes criminales (sobre el origen del pensamiento liberal y su primitiva relación con la Escolástica, vid. Josep C. VERGÉS, *Corruptors i corruptes*, C. Crema, Barcelona, 1999.

(18) J. ASTIGARRAGA, “Victorián de Villava, traductor de Gaetano Filangieri”, *Cuadernos aragoneses de economía*, vol. 7, núm. 1, 1997.

notables, y dieron lugar a críticas tanto o más duras que las que recibió en su dimensión de penalista⁽¹⁹⁾.

Como no podía ser menos, en atención a sus ideas sobre el origen de las leyes, la necesidad de reformar la justicia, y la de abolir los privilegios de la nobleza y del clero, la Iglesia Católica prohibió su difusión y lectura incluyéndola en el “Índice de libros prohibidos”, para lo cual se tomó en cuenta un “informe” sobre los errores de Filangieri redactado por un canónigo de Tarragona, Félix Amat, que andando el tiempo sería premiado con un ascenso a Arzobispo. Hay que añadir que, como han destacado los estudiosos de la época, la inclusión en el Index sirvió para aumentar la difusión de la obra, especialmente durante el Trienio liberal.

Filangieri fue un autor plenamente impregnado por el pensamiento contractualista, por lo tanto convencido de que el derecho de punir corresponde a la sociedad, que lo hace por su seguridad y tranquilidad; su contractualismo es más sincero que el de Beccaria lo cual explica que siguiendo a Locke sostuviera que el derecho de punir, que a cada uno corresponde en el estado de naturaleza, ha sido heredado por la comunidad gracias al contrato social, apareciendo así un verdadero derecho a castigar. El delito es contrario a la ley; pero porque ésta es fruto de un consenso: el pacto social. Por eso el delito es contrario a la sociedad y a sus derechos (lo que era totalmente diferente de las ideas imperantes sobre el delito como desobediencia al soberano creador natural de la ley).

Si queremos contemplar sus ideas sobre el fundamento de la responsabilidad penal habrá que destacar que para Filangieri el delito no era tanto la violación de la ley, cuanto que era una acción que iba *acompañada de la voluntad de violarla*, lo que en lenguaje de nuestro tiempo supondría el rechazo de la responsabilidad objetiva⁽²⁰⁾. Pero no acaba ahí la gran construcción jurídica de Filangieri (dedica los volúmenes III y IV de su “Ciencia”, a las leyes penales), pues formuló un sistema completo, exponiendo tanto los principios de lo que

(19) Una excelente exposición de las ideas mercantiles y económicas de Filangieri, incluyendo sus críticas a la situación económica española, puede verse en Jesús ASTIGARRAGA: *La Ilustración napolitana imputada: críticas y censuras a la Scienza della legislazione de G. Filangieri en la España de finales del siglo XVIII*” *Revista Electrónica Nuevo mundo, mundos nuevos*, núm. 7, 2007; y del mismo autor, “*The great success of Filangieri’s Scienza della legislazione in Spain (1780-1839)*”, *Nuevo Mundo*, id., núm. 6, 2006.

(20) La exclusión de la responsabilidad objetiva, al menos en teoría, se propugna en el derecho inglés desde la famosa decisión de Enrique II (s. XII) a propósito de las condiciones subjetivas para apreciar delito de perjurio: “*actus non facit reum nisi mens sit rea*”. Por lo tanto se incorporó a la cultura jurídica básica de los anglosajones, y eso se ve también en Locke, a quien sin duda estudió Filangieri. No olvidemos que en la Europa continental la regla imperante era la del *versari in re illicita*, tan cara a la tradición penal española.

corresponde a la teoría del delito y de la pena como la relación de las acciones que debían ser delictivas y la razón que lo aconsejaba ⁽²¹⁾, así como los posibles modelos de organización judicial, con expresa observancia de las diferencias entre el sistema inglés frente a los de otras naciones europeas. Filangieri no criticaba especialmente las leyes vigentes en su tiempo, ya fuera en el Reino de Nápoles (su país) o en España, sino *cómo debieran* ser esas leyes; por lo tanto se trata de un sistema de estricta creación intelectual que expresa una ideología sobre el fundamento y el fin del derecho de penar, que, por cierto, no residencia en la omnímoda voluntad del Soberano.

Adviértase que, a diferencia de lo que pocos años después sostendrá Carrara, para Filangieri la única finalidad admisible de la pena es la *prevención*. La cárcel tiene que ser una “pena di correzione” y nada más. El retribucionismo iusnaturalista, que tanto habría de calar en España, no cabía en su propuesta.

Su carácter de creación intelectual de un ilustrado hace comprensible que su obra, en aquella España, no pudiera tener más que acogida intelectual, que no en la legislación, a pesar de que se aprecia su influencia en el Código penal de 1822. Entre los personajes influidos claramente por Filangieri creo que se puede destacar a Valentín de Foronda ⁽²²⁾, que fuera además traductor de la obra de Rousseau, y que, significativamente, compartía con el napolitano la dedicación intelectual a la economía y a las leyes criminales. Sus escritos varios los recogió en las *Cartas sobre los asuntos más exquisitos de la Economía-política, y sobre las leyes criminales*, Madrid 1789 y 1794. En ellas, Foronda se considera continuador del camino emprendido por Beccaria y Filangieri, aunque compartía también las ideas sobre las penas y su ejecución de Bentham ⁽²³⁾, pero en muchos puntos esenciales sobre la función y límites de las leyes criminales su coincidencia con Filangieri era cuasi literal.

Todo aquel ambiente alcanzó claramente a los redactores de nuestro primer y efímero Código penal de 1822. Al respecto escribió Antón ONECA ⁽²⁴⁾:

(21) Una exposición resumida pero interesante de las propuestas de Filangieri, puede verse en J. SÁNCHEZ OSÉS, “Gaetano Filangieri”, *Anuario de Derecho Penal*, 1966, III, pp. 413 y ss.

(22) Para conocer al personaje vid.: Valentín de FORONDA. *Escritos Políticos y Constitucionales*, ed. de Ignacio Fernández Sarasola, Ediciones de la Universidad del País Vasco, Clásicos del Pensamiento político y social en el País Vasco, Bilbao, 2002.

(23) Vid., M. de RIVACOBIA: “Últimos escritos penales de Foronda” en el *Libro Homenaje a Marino Barbero Santos*, Ed. de Arroyo y Berdugo, vol. I, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca 2001.

(24) J. ANTÓN ONECA, “Historia del Código penal de 1822”, *Anuario de Derecho Penal*, II, 1965

“... En cuanto a legislaciones extranjeras, la Comisión, por labios de Calatrava, —su principal animador y alma de los debates parlamentarios— confesaba ingenuamente «haber tomado muchas cosas del Código francés, pero no haberlo tomado por modelo». De fuentes doctrinales cita (las obras de Bentham, Filangieri, Beon) y de los demás que han tenido a mano...”.

III. LOS PRECLÁSICOS EN ESPAÑA: CARMIGNANI Y ROSSI Y SU SUPUESTA INFLUENCIA

Se considera que el período científico que llegó hasta comienzos del último tercio del siglo XIX coincide con el de predominio de la “Escuela Clásica”. Como es sabido, el nombre de “Escuela Clásica” no fue una auto denominación que se otorgara un grupo homogéneo de autores, sino, por el contrario, es el nombre que los partidarios del positivismo naturalista asignaron a un amplio conjunto de penalistas cuyas bases metodológicas e ideológicas repudiaban en general. El nombre de “clásica”, fue difundido por Ferri, si bien es cierto que Carrara habló en alguna ocasión del Derecho penal “clásico”, pero naturalmente, concediendo a la palabra un valor bien distinto. Pero hay que observar que también es corriente señalar al propio Carrara como padre del clasicismo, lo cual lleva a considerar la época que va desde Beccaria y sus seguidores casi coetáneos (Filangieri y Romagnosi) hasta Carrara como una *época pre-clásica*. O precursora del clasicismo; y es ahí donde se suele ubicar a Rossi y Carmignani, considerados como los “eclecticos” entre los ilustrados y los estrictamente clásicos.

Veamos cuál fue su influencia en España si es que la tuvieron.

Giovanni Carmignani, que fue el maestro de Carrara, tuvo poco impacto en España, a diferencia de lo que sucedió en Portugal, donde llegó a trabajar en un Proyecto de Código⁽²⁵⁾. Al igual que a Rossi, se le consideró un “eclectico”, entre el contractualismo y el iusnaturalismo. Carmignani seguía a Beccaria y a Romagnosi en tanto que partía de una concepción netamente política del Derecho. Según Carmignani, el derecho de punir *no se funda en la Justicia Moral*, sino en la necesidad política entendida como “necesidad de hecho”. Ese será desde entonces un importante punto de conflicto entre la justicia “laica” y la justicia inspirada en el pensamiento católico.

Los delitos no se castigan más que con el propósito de impedir que sea menoscabada la seguridad que los hombres persiguen por medio del “estado social”. Las acciones criminales se castigan, no porque se hayan realizado, sino

(25) Vid. Alberto CADOPPI, “*Il progetto di codice penale per il Portogallo di Giovanni Carmignani (1836)*”, L’Indice Penale, 2001.

para que no se realicen más; es decir, se persigue la *prevención* y no la *repre-sión*. Pero, y ahí aparece la parte iusnaturalista de Carmignani, entiende que la *imputabilidad moral* es una condición de la *imputabilidad política*, es decir, la fundada en el “estado social” (contractualismo más iusnaturalismo); y esto es así porque el hombre sólo puede ser sujeto a las leyes en la medida en que es libre y, por ello mismo, dirigible. Igualmente, las leyes penales, aun siendo políticas, han de proceder siempre de acuerdo con las leyes éticas y religiosas.

Como he dicho antes, Carmignani no fue especialmente conocido y estudiado en la España de su tiempo. En cambio, de Pellegrino Rossi (1787-1848) se opina mayoritariamente que fue nada menos que el *introduccionista en España del pensamiento clásico*, especialmente por la influencia que ejerció en alguien tan influyente a su vez como fue Joaquín Francisco Pacheco. El *Tratado de Derecho Penal* de Rossi fue traducido al español en 1839⁽²⁶⁾, acompañado de un Estudio introductorio de Pacheco, que poco después (en 1842) publicaría sus *Estudios de Derecho Penal*, absolutamente impregnados del pensamiento de Rossi.

Hay que adelantar que Rossi no fue un personaje “corriente”, sino casi de novela: tuvo hasta cuatro nacionalidades, pues fue toscano, suizo, francés y romano-vaticano. Toscano de nacimiento, en su juventud fue bonapartista, luego se unió a Murat en su desesperado intento por mantenerse como Rey de Nápoles, que acabaría con su fusilamiento. Después de aquello Rossi marchó a Francia y luego a Suiza, y allí impartió derecho romano y derecho constitucional, además de obtener la nacionalidad suiza. Pero como no se sentía suficientemente reconocido en Ginebra, abandonó la enseñanza y partió a París, aceptando la invitación de Guizot, ministro y luego jefe del Gobierno de Luis Felipe de Orleans, que le ofreció una Cátedra de Economía en el Collège de France. Rossi se nacionalizó francés, un año después, en 1834, pasó a enseñar derecho constitucional en la Sorbona. En 1845 fue nombrado Embajador especial ante la Santa Sede⁽²⁷⁾, y estando allí se produjo la caída de la monarquía de Luis Felipe. Nuevo cambio en su vida: Rossi se queda en Roma y llega a ser nombrado Ministro del Interior por el Papa Pío IX, cargo desde el que impulsó ideas cada vez más conservadoras, que causaron enorme insatisfacción entre el pueblo, lo que determinaría que Rossi fuera asesinado en el año 1848.

¿Cómo se produjo entonces la relación entre Rossi y Pacheco? El *Traité de droit pénal* de Rossi había sido publicado en 1825, por lo tanto, cuando Pacheco

(26) P. ROSSI, *Tratado de Derecho penal*, traducido al español por Cayetano Cortés, Madrid, Imprenta de don José María Repullés, 1839.

(27) Como curiosidad histórica hay que anotar que también Pacheco y Groizard fueron Embajadores ante el Vaticano.

tenía 17 años y estudiaba en Sevilla a la vez que ejercía el periodismo. Sea como fuere conoció esa obra, que cuadraría muy bien con su propia mentalidad, a la que luego me referiré, pero ahora ocupémonos de las ideas de Rossi. En síntesis, podemos adelantar que, mientras que en Carmignani prepondera un cierto contractualismo en la fundamentación del Derecho penal, con una presencia menor de los postulados iusnaturalistas, en Rossi ocurre justamente lo contrario; el iusnaturalismo se afirma con definitiva fuerza en la explicación de su doctrina. Hay que recordar, en este punto, que el clasicismo italiano al igual que el alemán iniciado por Feuerbach y Mittermaier, se había de caracterizar precisamente por *la utilización del Derecho Natural como base filosófica, que además cumplía la función de sustituir el viejo sistema criminal*, con un nuevo criterio que salvaguardara los derechos del hombre, finalidad a la que tendieron todos los juristas desde los primeros tiempos de la Ilustración. El Derecho Natural, conocido por la razón del hombre, quedaba a salvo de cualquier arbitrariedad u oscilación, y ahí residía su fuerza jurídico-política.

A juicio de Rossi —y, por supuesto, de Pacheco— hay un *orden moral preexistente a todas las cosas*. De él se derivan dos conceptos esenciales: el de ser “amoral” y el de responsabilidad “moral”. Como quiera que el orden moral superior es el que determina cómo ha de ser el orden terrenal, la justicia ha de aplicar leyes inspiradas en ese orden moral, para así ser una “justicia absoluta”. Los principios que rigen el orden moral son captados por la razón y la sensibilidad del hombre. El sujeto “moral” se caracteriza por el libre albedrío, y en la existencia de éste se funda su “responsabilidad moral”, que a su vez fundamentará la imposición de la pena. Como quiera que el fundamento de la pena es la responsabilidad moral, lógicamente la sanción ha de ser retributiva; es partidario “pues” de una concepción “absoluta” de la pena. Que la expiación sea la base de la imposición de la pena no impide que dentro de los límites de la retribución quepan otros fines de “utilidad”, como es el de prevención, de los cuales no puede prescindir el Derecho penal. Pero Rossi no cree, pese a todo lo anterior, que el delito tenga su esencia en la mera infracción del orden moral del cual las leyes humanas han de ser un reflejo, sino que el delito es el quebrantamiento de un deber con la sociedad o los individuos, requerible de suyo—por imperativo del orden moral—, y útil a la conservación del orden político. Pero esto no significa en manera alguna que el Derecho penal “derive” del contrato social: la existencia real de éste es por naturaleza algo aleatorio, y por ello, el Derecho penal no puede estar a su merced, sino que se apoya en su origen superior y seguro.

Todas esas ideas llegarían a Pacheco, que merece punto y aparte, pues reúne muchos títulos: introductor del clasicismo en España y supuesto autor intelectual del CP de 1848, lo cual se suma a su dilatada carrera política.

IV. DE ROSSI A PACHECO

Hemos de partir de un hecho irreversible; las construcciones científicas e ideológicas del Derecho penal tardaron bastante en llegar a España, en comparación con otras culturas europeas. Dejando de lado a los ilustrados y sus inteligentes y críticas propuestas, y a los estudiosos de la obra de Beccaria o Filangieri, lo cierto es que, con la discutible excepción de la vigencia fugaz del CP de 1822, la legislación penal se concentraba en la Novísima Recopilación⁽²⁸⁾, y, en la práctica de los Tribunales penales y en la enseñanza de las Universidades, no había otra formación que la iusnaturalista católica, y, para el conocimiento del derecho positivo, los trabajos de los prácticos.

Nuestro país había mostrado un cierto retraso en relación a las construcciones científicas del Derecho penal que se venían realizando a comienzos del siglo XIX en Alemania e Italia y es justamente ahí donde radica la notable importancia de Pacheco al ser, según muchos, el precursor en nuestro país de dicha dirección científica europea.

Joaquín Francisco Pacheco (Écija 1808-Madrid 1865) tuvo en su vida las más diversas actividades: periodista, abogado, poeta, dramaturgo, penalista, ministro de Estado, Presidente del Gobierno. Sus biógrafos lo consideran uno de los máximos exponentes del “romanticismo conservador”. Estudió Derecho en Sevilla, época durante la cual escribió y publicó diferentes poemas⁽²⁹⁾. Terminó sus estudios y ejerció durante un tiempo el periodismo en Sevilla, hasta que en 1833, coincidiendo con la muerte de Fernando VII, se trasladó a Madrid con el propósito de dedicarse a la abogacía y a la política, sin olvidar el periodismo.

Con una increíble capacidad de actividades diferentes entra en el Diario de la Administración a la vez que ejerce el periodismo en diferentes medios, todos considerados exponentes del “romanticismo conservador”, como fueron *La ley*, *La Abeja*, publicación que fundó con Bravo Murillo, *El Conservador*, que impulsó con Ríos Rosas. Aun tenido por liberal fundó un grupo político que sería conocido como los “Puritanos”, que eran sólo una facción del Partido Moderado.

(28) La obra de José MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica Criminal de España* (1804) 3.^a ed, Villalpando, Madrid, 1824, es la expresión completa del modo en que se entendían y aplicaban las leyes penales en la España de aquellos tiempos. Dicha obra fue objeto de numerosas ediciones. La 8.^a edición alcanzó los 6 volúmenes y se publicó en Madrid en 1825.

(29) Incluso entró en el terreno de la crítica literaria publicando un *Juicio crítico del primer volumen del Romancero general*.

En 1842 publica en Madrid sus *Estudios de Derecho penal*, que recogen las famosas lecciones del Ateneo. Es en esa obra donde proclama su particular eclecticismo entre las ideas de justicia y de utilidad. Por lo demás, asume sin fisuras los postulados clásicos sobre la libertad y el fundamento de la responsabilidad, el orden natural que distingue el bien y el mal, etc. Y ciertamente que le seguirían los penalistas españoles de su tiempo y posteriores, debiéndose destacar que las obras eran normalmente comentarios a las leyes penales, y nunca un Tratado o Manual (que no lo habría hasta Dorado Montero y Silvela, salvando la obra de Valdés).

Paralelamente a sus inicios en la abogacía el periodismo en la capital, inicia su carrera como dramaturgo con dos dramas consecutivos que merecieron elogios incluso de Espronceda: *Alfredo* y *Los Infantes de Lara*. Su actividad intelectual fue realmente enorme: académico de la Lengua, de la Historia, de Jurisprudencia, e incluso en 1865 fue elegido presidente de la Academia de Bellas Artes, pero murió en Madrid el 8 de octubre de 1865.

Sus decisiones públicas dan una imagen más precisa del personaje. En primer lugar, y frente a la desamortización de Mádoz, Pacheco defendió tenazmente la propiedad eclesiástica⁽³⁰⁾. Se presentó a diputado por el Partido Moderado en 1836, y dentro de él, como antes dije, creó una corriente, el grupo de los “puritanos”, aunque ciertas vicisitudes retrasaron su incorporación al Congreso hasta 1837. En 1840 resultó nuevamente elegido diputado. Hay que tener en cuenta que los puritanos no eran los reaccionarios, sino los que creían en el diálogo y en la convivencia, frente a los que permanentemente añoraban el golpe de cualquier espadón. En suma: creían en el Estado de Derecho liberal y respetuoso con la Iglesia y la tradición, y esas ideas se las transmitiría Pacheco a su más aventajado discípulo, que fue nada menos que Cánovas del Castillo.

Fue nombrado Presidente del Consejo de Ministros en 1847, e intentó sinceramente avanzar en dirección moderadamente progresista, pero su propio partido, obsesionado con el orden, se negó a cualquier desarrollo de las libertades. El mes de mayo de 1847 disolvió las Cortes y promulgó una amnistía, para así atraerse el apoyo de los progresistas sin lograrlo. Resistió en el cargo hasta finales de aquel verano de 1847, siendo sustituido por otro gran jurista, Florencio García Goyena. Tras abandonar el Gobierno Pacheco sería hasta tres veces Embajador de España en Roma, donde sin duda tuvo la oportunidad de conocer y estudiar en profundidad el pensamiento penal italiano de la época. Pero su etapa romana acabó bruscamente a raíz de la ley de desamortización de Mádoz, que dio lugar a la retirada del Embajador y del Nuncio, respectivamente.

(30) En el *Discurso sobre la dotación del culto y el clero*.

En 1849 publicó *El Código Penal concordado y comentado*, que sería su culminación como jurista, que sólo era una parte de su vida. ¿Cómo valorar al Pacheco penalista? Ante todo recordando que era un “hombre de orden” y, por supuesto, monárquico y católico, pero seguramente no se parece exactamente a la imagen que de él han creado entre unos y otros. Veamos:

Tal vez la semblanza más exacta sea la que hizo Antón Oneca en su trabajo *El Código penal de 1848 y Joaquín Francisco Pacheco*. Allí escribió: Pacheco “debió sentirse alma gemela a Rossi por su afición al eclecticismo y por su cultivo a la vez del derecho penal y el constitucional”. Luego cita a don Juan Valera, que opinaba de Pacheco “era hábil jurisconsulto y muy disertador, si bien carecía de lirismo poético y de raptos apasionados, y si bien su lenguaje se resentía más de lo justo de la constante lectura de libros franceses, su estilo terso y claro estaba dotado de una apacible fluidez...”, pero añadía “... rara vez en sus discursos y escritos hay novedad y hondura de pensamiento, pero los que él tiene o toma de otros autores salen expresados de sus labios o de su pluma con limpia nitidez y con cierto orden que da a cuanto Pacheco decía o escribía muy magistral solemnidad...”.

En 1941, Cuello Calón publica un artículo en la desaparecida *Revista de Información Jurídica* titulado “Pacheco penalista y legislador”⁽³¹⁾ en el que estudiaba la influencia de Rossi en Pacheco, afirmando que Rossi (como Kant) (i) encarnaba en Italia la “oposición decidida contra el hedonismo y el utilitarismo de Beccaria y de la filosofía penalística del siglo de las luces, que prescindían de las ideas de moral y de justicia; en pugna con aquel al que certeramente reprocha no ver más que el lado político de la justicia y sacrificar todo a este aspecto, fundamenta el Derecho penal sobre el orden moral y la justicia absoluta, exteriorizada en la idea de retribución”. ¿Era exactamente ese el pensamiento de Rossi y por ende el de Pacheco? No lo creo.

Se ha dicho, y es cierto, que Pacheco compartía con Rossi la convicción de que el delito era esencialmente una infracción del deber de obediencia a la ley natural. Claro está que en eso se aleja de los iluministas y contractualistas⁽³²⁾, pero tampoco se acerca al Derecho penal autoritario, que es el que ve al delito como desobediencia al Estado. No hay que olvidar que la comprensión del delito como ofensa a un bien jurídico tardará mucho en entrar en el Derecho penal, prácticamente hasta la filosofía de los valores. Continúa Antón: “Creo

(31) Citado encomiásticamente por GONZÁLEZ SERRANO en “Delincuencia de Omisión”, *Anuario de Derecho Penal*, 1951, II.

(32) Un trabajo interesante sobre el tema es el de C. *Conde-Pumpido Ferreiro*, “La crisis del contenido sustancial del delito”, *ADP*, 1960, III.

que la palabra expiación empleada por el penalista ecijano no tiene la significación de castigo purificador, como en los correccionalistas, sino que se identifica con la justicia absoluta”. Comparando las *Lecciones* y el Tratado de Rossi, se advierte cómo *en aquellas son aceptados los pensamientos del segundo*.

En Pacheco primaba un acendrado iusnaturalismo, pues entendía que la “ley natural” es el origen y fundamento del derecho de castigar, si bien ello no significaba que renunciase a otros fines “útiles” en la aplicación de las sanciones criminales; pero la utilidad nunca puede ser el fundamento. Dentro de los límites que impone al delito y a la pena la ley natural, de la que deriva ante todo la idea de expiación y de proporción entre el daño y la sanción, el legislador o el Juez pueden modular la pena en atención a la necesidad del orden social y del bienestar general, que en ocasiones no necesita de la aplicación de “todo” el castigo que prevé la ley. Pero la utilidad no puede ser el fundamento del Derecho penal; a juicio de Pacheco, ese es el error o el desacierto de la doctrina de Bentham, tan conocida a la sazón en España; la utilidad es, a lo sumo, un “complemento”. Metodológicamente Pacheco, en consonancia con su concepción de que las leyes han de derivarse del orden moral, tomaba partido en favor de un método lógico-abstracto en la línea de pensadores como Aristóteles y Leibnitz.

Del tono de aplauso a Pacheco y de su mérito por difundir la obra de Rossi se apartó radicalmente Dorado Montero⁽³³⁾. Para don Pedro las famosas “Lecciones” “solamente podían ser apreciadas por un auditorio ignorante e incapaz de apreciar su escasísimo mérito”, y que lo poco que de interés en ellas hubiera venía traído directamente del Tratado de Rossi, dando, entender abiertamente que lo copiaba, para luego exponer aquellas ideas en un tono “retórico y campanudo”, cuando según Dorado, Pacheco *estaba divulgando una teoría elitista* del mismo modo que otros importarían las doctrinas de la escuela positiva italiana a fin de siglo⁽³⁴⁾.

Sobre Dorado y su relación con Ferri y el positivismo ya volveré después; pero antes concluyamos la imagen de Pacheco y su *supuesta* intervención en el CP de 1848. Quienes mejor han estudiado aquella época, con Antón Oneca a la cabeza, concluyen que *no hubo tal intervención y no es verdad que fuera el autor intelectual*.

(33) En *De Criminología y Penología*, Madrid, 1906.

(34) ANTÓN ONECA, *El CP de 1848...*, cit.

El presidente de la Comisión de Códigos, Cortina, encargó ⁽³⁵⁾ a Manuel Seijas Lozano ⁽³⁶⁾ la redacción del Código penal. Seijas se informó de las técnicas seguidas por los Códigos de otros países de Europa, rechazando expresamente seguir el modelo francés y ponderando las virtudes del Código del Brasil ⁽³⁷⁾ y también el Código del Reino de Nápoles, aunque en menor medida. La influencia italiana, pues, viene marcada por esa inspiración napolitana y, en segundo lugar, pero de más difícil demostración, por la influencia que en el redactor del Código brasileño, Bernaldo Pereira de Vasconcelos, tuvo el afamadísimo Progetto di Codice Penale per il Regno d'Italia, de 1811, en cuya redacción tuvo un papel fundamental Romagnosi ⁽³⁸⁾.

V. LA LLEGADA DE CARRARA Y EL CLASICISMO

Tras la aparición del Comentario de Pacheco, y entre 1850 y 1870, no se producen hechos significativos pues todo lo que se publica es en el fondo repetición de lo ya conocido. Desde 1841 y hasta 1868 el panorama español se nutre de esos y otros Comentarios y de obras “centrales” como los *Elementos de derecho civil y penal de España*, escrita por Pedro Gómez de la Serna ⁽³⁹⁾ y Juan

(35) ANTÓN ONECA, op. y loc. u. cit. la atribución del encargo a Seijas y, en segundo término a Bravo Murillo, es reconocido por el entonces Ministro de Gracia y Justicia, Lorenzo de Arrazola, que se refiere a ambos como los “coautores del Código”.

(36) Seijas Lozano fue un político granadino que ocupó una relación interminable de cargos públicos: ministro de la Gobernación, de Comercio, Instrucción y Obras Públicas, de Hacienda, de Gracia y Justicia y de Ultramar. Además fue abogado y fiscal de la Audiencia Territorial de Albacete, de la de Valencia, y fiscal del Tribunal Supremo, y también Magistrado en Sevilla y Madrid. Ocupó la Cátedra de Filosofía del Ateneo de Madrid y fue Vocal de la Comisión General de Codificación, en cuya condición, efectivamente, fue redactor del Código Penal de 1848 y trabajó también en el proyecto de Código Civil de 1851 (Proyecto García Goyena).

(37) *Código Criminal do Imperio do Brasil* de 1830.

(38) Es de destacar que tanto el Código brasileño como el Progetto di Codice, alcanzaron una fama inusual, siendo traducidos al francés, lo cual no era normal para unos textos legales o prelegislativos.

(39) Gómez de la Serna fue sin duda uno de los juristas más admirados de su tiempo. Pese a ser esencialmente romanista, y partidario de Savigny, su enorme cultura jurídica, sumada a su período de exilio en Londres, le llevaron a ocuparse de temas de derecho romano, procesal, internacional y penal. Siendo Rector de la Universidad de Madrid fundó la Facultad de Jurisprudencia (que tal fue el primer nombre de nuestras casas, al estilo italiano), fundiendo las antiguas Facultades de Leyes y de Cánones.

Manuel Montalbán⁽⁴⁰⁾, quienes declaraban que lejos de reconocer influencias exteriores consideraban, y en lo que atañe a normas legales tenían bastante razón, que el “fundamento principal de nuestras leyes se halla en las costumbres godas y en los códigos romanos”⁽⁴¹⁾. No muy diferentes, en lo ideológico, son las otras obras que dominan el panorama de la época, normalmente como Comentarios al Código Penal, campo en el que hay que citar a los de Viada y Vilaseca⁽⁴²⁾. Por aquel entonces ya algunos profesores produjeron obras generales que merecen ser recordadas, como los *Elementos* de Ramón Ramiro Rueda⁽⁴³⁾ o la obra de un penalista *injustamente olvidado*, que fue José Valdés Rubio, Catedrático de la Universidad de Madrid y autor de un Manual de parte general, que por supuesto no llevaba ese nombre, pero que sintetiza el credo clásico de cuño italiano en la época en que el correccionalismo dominaba el

(40) Montalbán, discípulo de De la Serna, es uno de esos tantos españoles insignes y olvidados, en especial por los universitarios. Su ardiente defensa de la libertad de cátedra de Emilio Castelar frente a Narváez le costaron a él mismo ser depuesto de su cátedra el 7 de marzo de 1865. Un año después se jubiló a petición propia manifestando que era imposible enseñar libremente bajo el régimen final isabelino. El resto de su vida lo dedicó a la causa de la Primera República.

(41) Sobre esa actitud ideológica, vid. Clara ÁLVAREZ ALONSO: “La legitimación del sistema. Legisladores, jueces y juristas en España (1810-1870.)”, *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, núm. 4, junio de 2003.

(42) Del carácter eminentemente práctico de la obra de Viada, que llegaría a ser Fiscal del Tribunal Supremo, da idea esta noticia aparecida en el diario *La Vanguardia*, de Barcelona, el día 1 de mayo de 1881, que publicaba esta “nota bibliográfica”: “... Don Salvador Viada y Vilaseca, el ilustrado Teniente Fiscal de esta Audiencia, dedica las horas de descanso que le permite el desempeño de su cargo al estudio y examen del derecho penal español, y fruto de sus observaciones y de su amor a la ciencia son las obras con que de cuando en cuando enriquece la doctrina penal. Esto por sí solo habla muy alto en favor del funcionario, sin embargo es preciso conocer las obras del señor Viada para formarse una idea de la conciencia y detenimiento con que procede en tan intrincado laberinto, lo cual constituye el verdadero mérito. El Código penal de 1870 que hoy rige, sirvió al señor Viada para desplegar su actividad y talento melodizador publicando en 1874 los comentarios y concordancias que deberían tener presentes cuantos se dedican al estudio ó á la aplicación de este ramo del derecho, comprendiéndola jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en el decurso de aquellos cuatro años. Pero como desde 1874 hasta nuestros días la Jurisprudencia no ha permanecido estacionaria como dice el autor, en términos de que la *Gaceta* ha publicado mas de dos mil sentencias en materia de cesación criminal, de aquí el propósito del señor Viada de dar á la luz pública el *Suplemento al Código Penal*, que nos ocupa con las variaciones, modificaciones, reformas o interpretaciones establecidas en estos últimos seis años...”.

(43) R. RAMIRO RUEDA, *Elementos de Derecho penal*, 4.^a ed., Paredes, Santiago, 1898.

panorama de la penalística española ⁽⁴⁴⁾ a la vez que expone una teoría del delito y luego los delitos en especie.

Mientras tanto, paulatinamente, se extendía el conocimiento de la obra de Carrara, pero, lentamente y en círculos cultos. Lo primero que de él se conoció fueron unos trabajos “pequeños” publicados en Madrid en 1863 y 1864 por Cayetano de Estér en la Revista “La Escuela de Derecho”: “Ideas sobre el Derecho Penal” y “De la enmienda del reo como único fundamento y fin de la pena”. Años después, Romero Girón tradujo y publicó *La teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito* ⁽⁴⁵⁾. Pero la traducción del *Programma del Corso di diritto criminale* tuvo que esperar hasta que la acometió Luis Jiménez de Asúa en 1922, que lo publicó con unas fundamentales *Adiciones* ⁽⁴⁶⁾ de derecho español. Antes de ese año hubo ciertamente una buena traducción, la que hicieron en Costa Rica ⁽⁴⁷⁾ Octavio Béeche y Alberto Gallegos, traducción que en opinión de Jiménez de Asúa fue conocida en España, pero es de suponer, lógicamente, que tan solo en círculos académicos.

En todo caso, la obra de Carrara, en su versión original italiana, fue conocida en los medios académicos; lo que sucede es que en la segunda mitad del s. XIX y primer tercio del s. XX, son muy pocas las obras “generales” de derecho penal y el panorama está dominado por los diferentes “Comentarios” al Código penal, lo que explica la dificultad para comprobar la presencia de una determinada doctrina penal.

Siempre dentro del pensamiento penal clásico es importante destacar que tanta o más influencia que la obra de Carrara tuvo en España la de Enrico Pessina —al que en España se ha tenido a veces como continuador de Carrara, cosa incierta porque no era discípulo suyo sino de Pasquale Galluppi—. Sus *Elementos de Derecho penal*, fueron traducidos en 1892 ⁽⁴⁸⁾ por Hilarión González del Castillo, y, lo que es más importante, acompañados de un prólogo y

(44) José María VALDÉS RUBIO, *Derecho penal: su filosofía, historia, legislación y jurisprudencia* Madrid, Imprenta de San Francisco de Sales, 1903.

(45) CARRARA, F., “*Teoría de la tentativa y de la complicidad ó del grado en la fuerza del delito*” prologada y traducida por Vicente Romero Girón, Madrid, F. Góngora y Compañía, Editores 1877.

(46) CARRARA, Francisco, “*Programa del curso de Derecho criminal*”, trad. de la 10.ª edición italiana por la redacción de la RGLJ. Adicionada con el Derecho penal moderno y español por L. Jiménez de Asúa, 2.ª edición, RGLJ, Madrid, 1925.

(47) CARRARA, Francisco, *Programa del Curso de Derecho Criminal. Desarrollado en la Universidad de Pisa*, trad. de Octavio Béeche y Alberto Gallegos, Tipografía Nacional, San José, tomo I (1889), tomo II (1890).

(48) Se publicó en Madrid, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1892.

unas notas al final de cada capítulo escritas por Félix de Aramburu y Zuloaga. Años más tarde habría otra anotación hecha por Cuello Calón⁽⁴⁹⁾. El conocimiento de la obra de Pessina fue, sin duda, muy extenso y duradero, pues la última edición data de 1936.

VI. EL CLASICISMO EN EL CP DE 1870

El Código de 1870 se promulga en unas determinadas circunstancias políticas en las que lo que domina es el deseo de marcar la distancia con el de 1848-50. Pero no puede decirse que fuera un Código “totalmente nuevo”, supuso mejoras en la tutela de los derechos individuales y una cierta humanización de los castigos, pero sin llegar a aventajar técnicamente al anterior⁽⁵⁰⁾.

En lo ideológico, diría Silvela, que no se había movido del “eclecticismo de Rossi”, al que parecían atados los penalistas españoles. Lo cierto es que la autoría intelectual del Código está algo difuminada, pues la Comisión de Codificación, que años antes de la Revolución de 1868 había trabajado en la preparación de una revisión profunda del CP de 1848, dimitió en pleno en 1869. En su lugar, y ante la urgencia de presentar un Código acorde con la nueva Constitución, se encargó el trabajo de adaptación del Código de 1848 a un pequeño grupo de juristas encabezado por el progresista y pro-republicano Nicolás Rivero, que recabó la ayuda del ya entonces muy prestigiado Alejandro Groizard, de quien se reconocía su formación clásica, y que merece una consideración separada, pero antes hay que hablar de un autor que, aun siendo algo más joven, con su obra influyó en Groizard, que fue Luis Silvela.

En los últimos años del siglo XIX y primeros lustros del siglo XX, tenemos pues un panorama en el que, bajo diferentes orientaciones y grados de aceptación, estaría muy presente el pensamiento positivista, a lo que me referiré después, a la vez que el krausismo-correccionalista. Pero no quiere eso decir que el *pensamiento penal clásico “carrariano”*, hubiera desaparecido. Es más, en un krausista y correccionalista de la importancia de Silvela se puede apreciar la fidelidad esencial al clasicismo, aunque se abra al pensamiento correccionalista. Su obra *El Derecho Penal estudiado en sus principios y en la legislación*

(49) Enrique PESSINA, *Derecho Penal* segunda edición anotada conforme a la legislación vigente y adicionada con las doctrinas científicas modernas por Eugenio Cuello Calón, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, Madrid, Reus, 1913.

(50) Para un juicio crítico a aquel Código, vid. J. ANTÓN ONECA, “El Código penal de 1870”, *Anuario de Derecho Penal*, 1970, II.

vigente en España⁽⁵¹⁾ se presenta como manifestación de *un peculiar clasicismo*, de ascendiente krausista, por sus bases y por su método, si bien, como veremos, *defiende tesis en materia de antijuricidad y de pena que se alejan de los postulados clásicos*, adentrándose en la ideología correccionalista. El clasicismo se aprecia en el estudio del concepto de delito y en la formulación del sistema jurídico-penal, tanto en el plano de los principios —1.ª parte— como con arreglo a la legislación vigente en España —2.ª parte—. El correccionalismo que, según el propio autor, es la doctrina que informa su obra, se evidencia fundamentalmente en la “revisión de las teorías penales” y en su doctrina sobre el fin y la razón de las penas, mas también en el concepto de lo injusto, así como en la cuestión del castigo de la tentativa y de los actos preparatorios.

De Silvela dijo Dorado Montero, en lo cual le sigue Jiménez de Asúa, que no era en realidad un correccionalista. Ciertamente, desde la óptica de Dorado, algunos pilares del sistema de Silvela son insostenibles: *el libre albedrío ante todo, y las consecuencias que de él derivan para el principio de la culpabilidad*. Además, la tutela, corrección, “protección” del criminal, fundamentales en el pensamiento de Dorado, sólo alcanzan en Silvela el papel de “propósitos” de las penas, pero sin ocultar su primigenia naturaleza de reacción jurídica por el hecho cometido, que es lo que primordialmente empuja al Estado a aplicar la sanción penal.

Sin embargo, en Silvela merece destacarse una importante dualidad: por un lado, *el estudio del Derecho Penal, haciendo abstracción de la legislación concreta vigente*, en función de los principios racionales y naturales que rigen el orden universal y las relaciones entre los hombres, lo cual evidencia una *actitud metódica muy próxima a la de los clásicos, si bien con matices en el fundamento filosófico* (iusnaturalismo católico en Carrara e iusnaturalismo krausista en Silvela); por otro lado, el estudio del Derecho positivo vigente, que en buena lógica, según Silvela, no puede diferenciarse del que dicta la razón y el buen sentido sobre el orden del universo; no obstante, el derecho positivo no es más que una manifestación parcial del natural o filosófico, pues no todo lo que aquél considera reprobable tiene que serlo también para el derecho vigente, el cual es mutable por naturaleza, sin perjuicio de que el derecho natural nos muestra la imagen del “verdadero” derecho. Esta doble vertiente de la obra de Silvela es lo que le confiere un indudable valor, y hace de ella, sin duda, *el primer tratado científico de Derecho penal en España*.

Lamentablemente, la revisión del Código penal de 1870 que había acometido Silvela en solitario (Proyecto de 1884) no llegó a ver la luz, por diferentes

(51) Luis SILVELA, *El derecho penal estudiado en sus principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, 1874-1879.

avatares políticos, y, sobre todo, por la difícil personalidad del propio Silvela⁽⁵²⁾.

Ciertamente en España no aparece inquietud nueva hasta la irrupción del positivismo naturalista y el correccionalismo. Mientras tanto, los penalistas españoles oscilaban entre el historicismo, en busca de orígenes de nuestras instituciones penales hasta en el Fuero Juzgo o en la Novísima Recopilación, y la *defensa de un fundamento iusnaturalista para el derecho penal, compatible con el análisis minucioso del derecho vigente*. En esa línea destacó por encima de todos, Alejandro Groizard y Gómez de la Serna (1830-1919), personaje que merece atención por lo mucho que representó en su tiempo y después, y sobre todo, por su contribución a la difusión de las ideas de Carrara y de Pessina.

Groizard se doctoró en derecho en 1852⁽⁵³⁾, fue magistrado y fiscal, fiscal del Tribunal Supremo, Embajador ante el Vaticano —donde a buen seguro tuvo oportunidad de estudiar profundamente el pensamiento penal clásico— diputado, senador, y dos veces Ministro de Gracia y Justicia (y de Fomento). Políticamente se situó junto a Alonso Martínez, y defendió las posiciones del Vaticano como neto jurista católico que era. Tomó parte en la redacción de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, aunque su obra central fue los Comentarios al Código Penal de 1870, que llegaron a editarse durante casi cuarenta años.

El pensamiento de Groizard se ajusta fundamentalmente al patrón de Carrara, y sin duda fue el gran representante del clasicismo en España. Se muestra partidario del iusnaturalismo a ultranza; así entiende, que el derecho natural es la única fuente que puede y debe inspirar el Derecho positivo, y de no ser así, las leyes serían impropias de un pueblo civilizado. Corolario de este principio será que el “delito” tendrá siempre que vulnerar un interés o un principio abstracto de justicia, y sobre esa base se acumularán los demás elementos que constituyen la infracción penal. Esto no significa que la idea iusnaturalista permita calificar de delito a todo acto que ofenda al orden moral abstracto, pues entonces se confundirían la Moral y el Derecho, y no le está permitido eso al legislador, el cual sólo puede castigar como delito el acto injusto “en abstracto” cuando, además, ofenda a un derecho individual o social; la “justicia inútil” no es conveniente en la vida jurídica de las naciones.

Al igual que Carrara, se proclamaba decidido partidario de la existencia del libre albedrío y del indeterminismo —fundamental base metodológica— con-

(52) Vid.: J. ALVARADO PLANAS “El proyecto de Código Penal de 1884 de Silvela y el Código Penal del Protectorado Español en Marruecos” *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 1, 1992.

(53) Vid.: VVAA, *Enciclopedia de Historia de España*, vol. IV (Diccionario biográfico), Madrid, Alianza Editorial, 1991.

vencido de que las fuerzas exteriores que empujan al hombre a delinquir nunca son tan poderosas como para *anular la facultad de éste de elegir entre el bien y el mal*. No obstante, en un punto muy importante Groizard se distanciaba del clasicismo tradicional al *no compartir el menosprecio que aquellos sentían por el Derecho vigente*: la sumisión al derecho positivo y el estricto acatamiento del principio de legalidad tenían que situarse por encima de las ideas derivadas del derecho natural, pues sólo el derecho positivo podía servir para la “pública instrucción sobre los hechos punibles”, esto es, la prevención general, tan importante como la retribución, que era la función primaria de la pena.

En todo caso, el clasicismo quedó fuertemente arraigado en la cultura penal española, y eso se percibiría en una parte de los correccionalistas, como veremos después, y en importantes penalistas del primer tercio del siglo XX, en especial el P. Jerónimo Montes⁽⁵⁴⁾, agustino, profesor en El Escorial (donde murió en 1932), que escribió un excelente *Derecho penal español* (1.ª ed. 1917; 2.ª ed. 1929) en el que los ejes ideológicos son el libre albedrío como base de la imputabilidad, la pena como retribución y expiación, y sitúa la base del *ius puniendi* en la necesidad de que el derecho proteja la convivencia.

VII. LA LLEGADA DEL POSITIVISMO Y LA CONVIVENCIA CON EL KRAUSISMO

En opinión de Dorado Montero el siglo XIX español tuvo tres etapas. Una primera, la comenzada a fines del siglo XVIII, con la brillante lluvia de ideas que aportaron los ilustrados y los liberales al desolador panorama de la justicia y las leyes penales; una segunda, que se extiende desde el fracaso del Código de 1822 hasta las dos últimas décadas de siglo, etapa *que carece de interés y que puede considerarse vacía en todos los órdenes*, y, en fin, una tercera, determinada por la irrupción del *positivismo* en la que la ciencia penal vuelve a brillar en intensidad cultural, jurídica y política.

Prescindiendo de que tal vez, para algunos, la opinión de Dorado era más “ideológica” que objetiva —en realidad lo que califica de período insulso es sencillamente la larga época dominada por el conservadurismo de base iusnaturalista en una u otra versión— lo que no ofrece la menor duda es que la época que va desde fines del siglo XIX hasta el primer tercio del siglo XX, ha de calificarse, en relación con el problema penal, como *espléndida*, puesto que por empuje indudable del positivismo naturalista nacido, esencialmente, en Italia,

(54) Del padre Montes hay que recordar, además, su impresionante novela *La justicia humana*, que relata su convivencia “con tres pobres desgraciados” condenados a muerte durante las 24 horas previas a la ejecución. Existe una edición digital de la Fundación Saber, del Instituto Leonés de Cultura.

produjo efectos en España *que se manifestaron en la ciencia penal, en las ciencias sociales, en la literatura, en el nacimiento de la criminología y la penología*, con tal fuerza que puede afirmarse que más que la entrada de un pensamiento penal que fue acogido por una nómina impresionante de estudiosos *fue un fenómeno social y cultural*, que a buen seguro encontró en la adormitada o frustrada intelectualidad española un terreno fecundo en el que echar raíces. La fascinación por el “hombre delincuente”, la sociología criminal, el hampa de las grandes ciudades, las enfermedades mentales y su relación con el crimen, alcanzó a juristas, médicos, escritores, etc.

Ya sé que no es exacto ni atribuir la totalidad del ideario positivista a los autores italianos ni tampoco entender que la situación anterior en España⁽⁵⁵⁾ era de carencia absoluta de trabajos orientados a los mismos objetivos que persiguieron Lombroso y los positivistas.

En cuanto al positivismo y las ciencias de él derivadas, hay que recordar que no sólo llegaba de Italia la influencia, pues, por ejemplo, Gabriel Tarde (1843-1904), filósofo y sociólogo, reconocido referente como “fundador” para la psicología y la sociología criminal, había publicado trabajos fundamentales⁽⁵⁶⁾, alguno de los cuales había sido traducido incluso al español (concretamente, Adolfo Posada vertió *La criminalité comparée*, al igual que el médico Alejandro Lacassagne (1843-1924), fundador de la Escuela de Antropología Criminal, o Escuela de Lyon, que había publicado buena parte de su obra⁽⁵⁷⁾ incluso antes de la difusión del positivismo a España.

Si de Lombroso hablamos sería injusto e incorrecto olvidar a Mariano Cubí i Soler (1801-1875) promotor y divulgador de la frenología —y formulador del concepto de “criminal nato”— que había publicado en 1836 —bastante antes de que Lombroso diera a la luz su obra— la *Introducción a la Frenología* y en 1844 el *Manual de Frenología* y el *Sistema completo de Frenología*, obras que su autor debió editar en América antes que en España, donde era sañudamente

(55) Vid. entre otros, el interesante estudio de J. CALVO GONZÁLEZ, “Naturalismo y direcciones criminológicas a finales del siglo XIX en España”, *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 12, 2003, en el que se ofrece una excelente información sobre la época y el impacto del pensamiento positivista.

(56) *La criminalité comparée* (1886), y sobre todo su fundamental *Les lois de l'imitation* (1890) y la *La Philosophie pénale* (1890); y *Les transformations du droit* (1892).

(57) Como son *Les Tatouages, étude anthropologique et médico-légale* (1881), *Les Habitués des prisons de Paris: étude d'anthropologie et de psychologie criminelles* (1891), *Vacher l'éventreur et les crimes sadiques* (1899) y los *Précis de médecine légale* (1906).

perseguido por la Iglesia⁽⁵⁸⁾. Junto a él hay que recordar al brillante grupo de médicos mentalistas que lucharon por el reconocimiento de la anormalidad mental de muchos delincuentes como Mata i Fontanet y Esquerdo, que habían iniciado su lucha en pro de la ampliación del reconocimiento legal de las enfermedades mentales bastante antes de la llegada del positivismo⁽⁵⁹⁾, que tampoco acogieron con entusiasmo, y también es preciso advertir que la ideología positivista topó con importantes detractores, de la talla de Jaime Vera o Unamuno o Letamendi.

Pero lo cierto es que el positivismo causó un impacto “revolucionario” que fue mucho más allá de los círculos interesados en el problema penal. Alcanzó a toda la intelectualidad española de la época y sus efectos, y también las reacciones, se pudieron ver en la medicina “mentalista”, en los filósofos del derecho, en la literatura de la época, sin que ello quiera decir que todas las reacciones fueran de calurosa acogida —nada más lejos de la realidad— pero en todo caso forzó a posicionarse en pro o en contra de esa otra manera de ver o entender el crimen. Que no sería fácil el camino de los positivistas españoles lo prueba, por encima de todos, la persecución y represión con pérdida de su Cátedra que tuvo que sufrir don Pedro Dorado Montero, acosado por el padre Cámara, obispo de Salamanca. Pero ya volveremos a ello; sólo quería recordar que con la misma furia que ochenta o noventa años antes clérigos y conservadores se lanzaron contra los ilustrados y liberales —muchos de los cuales conocieron el destierro cuando no el paredón de fusilamiento— así también, aunque sin llegar a las brutalidades de Fernando VII, fueron las críticas a la “nueva ciencia”.

De la conmoción que supuso no se ha escrito especialmente en España, y los estudios que hay han surgido desde otras disciplinas⁽⁶⁰⁾. Sorprende la atracción que despertó en personalidades cuya vida se orientó a otras actividades.

(58) Vid. M. ARAÑÓ, *Biografía de D. Mariano Cubí y Soler*, Barcelona. Imprenta Roviralt, 1876. Sobre su condición de precursor, vid. P. Jerónimo MONTES: *Los precursores de la Ciencia Penal en España. Estudios sobre el delincuente y las causas y remedios del delito*, Madrid, 1911; y CASTEJÓN, *Mariano Cubí y Soler, antropólogo criminalista anterior a Lombroso*, Lisboa, 1928.

(59) Ampliamente sobre el tema, J. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *La imputabilidad en el derecho penal español: imputabilidad y locura en la España del siglo XIX*, Comares, Granada, 1994. También, QUINTERO, *Locos y Culpables*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

(60) De enorme interés es el ensayo de Litvak “La sociología criminal y su influencia en los escritores españoles de fin de siglo”, incluido en el libro *España 1900. Modernismo, anarquismo y fin de siglo* Barcelona, Anthropos, 1990 (Lily Litvak es una profesora norteamericana que no debe confundirse con la heroína de la aviación rusa en la II.ª Guerra Mundial, del mismo nombre).

José Martínez Ruiz, “Azorín”, publicó una *Sociología Criminal*⁽⁶¹⁾, Álvaro de Figueroa, Conde de Romanones, que se doctoró en Derecho en el Colegio Español de Bolonia, asistió⁽⁶²⁾, junto a Pedro Dorado Montero, a las clases que en aquella Universidad impartía Enrico Ferri, que había sido nombrado Catedrático de derecho penal de su Facultad de Jurisprudencia en 1879 con motivo de la jubilación de su maestro, Pietro Ellero⁽⁶³⁾.

De Ferri (1856-1929), tal vez el mayor ideólogo de la Sociología Criminal, puede decirse que fue tal vez el penalista italiano que más influyó en la cultura penal española, aunque no fuera el único, pero era el que abanderaba una nueva ideología que estaba en condiciones de prender con fuerza en una *intelectualidad cansada de pensamiento conservador*. Sus principales obras fueron traduciendo al español: *Negación del libre albedrío y la teoría de la imputabilidad*, *Nuevos horizontes del derecho y del procedimiento penal*, que luego sería la *Sociología Criminal*⁽⁶⁴⁾, *Estudios de antropología criminal*⁽⁶⁵⁾ *Principios de Derecho Criminal, Socialismo y ciencia positiva: Darwin-Spencer-Marx*⁽⁶⁶⁾, *Homicidio-Suicidio*⁽⁶⁷⁾, *Los delincuentes en el arte*⁽⁶⁸⁾.

(61) Que fue prologada nada menos que por Francisco Pi i Margall.

(62) Álvaro de Figueroa fue un brillante estudiante de derecho, y fue a Bolonia con la idea de dedicarse al Derecho político, aunque a su regreso a España se orientó como es sabido, a la política. De su paso por Bolonia y de Ferri habla en *Notas de una vida*, reeditado por Marcial Pons Historia, Madrid, 1999.

(63) Ellero es un personaje que hoy es casi desconocido, pero que en su momento, y mucho antes del “estallido positivista”, fue punta de lanza de las ideas penales más avanzadas del siglo XIX italiano. Libró una personal campaña contra la pena de muerte y de denuncia de la instrumentalización del derecho penal por los que tienen en sus manos el poder para usarlo a lo largo de todos sus trabajos —entre los que destacan *La questione sociale* (1874), *Opuscoli criminali* (1874), *Trattati criminali* (1875) y *La tirannide borghese* (1879)—. Su obra *Della pena capitale* fue traducida por Antonio Gómez Tortosa y prologada por José Canalejas (Madrid, Imp. de D. Blanco, 1907).

(64) E. FERRI, *Sociología criminal*, con prólogo de Primitivo González del Alba, trad. al español por Antonio Soto y Hernández, Madrid, Centro Editorial de Góngora, (1907).

(65) E. FERRI, *Estudios de antropología criminal*, 3.^a ed. Madrid, La España Moderna, 1895.

(66) E. FERRI, *Socialismo y ciencia positiva: Darwin-Spencer-Marx*; trad. por J. Verdes Montenegro, Madrid, La España Moderna, 1895, introducido por Roberto J. Payró, Buenos Aires, Impr. de “La Nación”, 1895.

(67) E. FERRI, *Homicidio-Suicidio*, trad. De Concha Peña, Madrid, Reus, 1934.

(68) E. FERRI, *Los delincuentes en el arte*, trad. de Constancio Bernaldo de Quirós, Madrid, 1900.

El alcance de las traducciones españolas del pensamiento positivista es impresionante. La obra colectiva de Ferri, Garofalo y Fioretti, “La escuela criminológica positivista”, fue traducida en 1894; *La Criminología*, de Garofalo, que fue traducida⁽⁶⁹⁾ por Pedro Dorado Montero, quien también tradujo *Indemnización a las víctimas del delito*⁽⁷⁰⁾.

En el conocimiento de la ideología positivista fue también fundamental la colección de ensayos que Pedro Dorado Montero publicó en 1889 con el título *La antropología criminal en Italia*, y posteriormente, en 1891, *El positivismo en la ciencia jurídica y social italiana*⁽⁷¹⁾.

Paralelamente a la difusión del positivismo, en España se difundía el pensamiento krausista, del que no me ocuparé en este lugar. El krausismo, como corriente filosófica no fue un movimiento unitario, toda vez que si bien es postulado por la que podríamos llamar corriente próxima al clasicismo, no todos los clásicos españoles fueron krausistas, ni tampoco todos los penalistas influenciados por el krausismo (como Silvela, Romero Girón y Dorado Montero) siguieron planteamientos “clásicos”. Es conocida la trascendencia que tuvo el pensamiento krausista entre la intelectualidad española, de ahí que no fuese un movimiento centrado exclusivamente en lo jurídico; pero en el ámbito de nuestra materia contribuyó a la aparición del llamado *correcionalismo* de C.A. Röder y Ahrens, ambos discípulos de Krause.

De ahí que se produjera una fusión entre ideas procedentes del positivismo naturalista y otras del krausismo, dando lugar a lo que se ha denominado *krausismo-positivismo*, cuyo máximo representante (y posiblemente uno de los más grandes penalistas de nuestra historia) fue Dorado Montero. Dorado estudió en Salamanca y se doctoró en Madrid con Giner de los Ríos, quien explicaba Filosofía del Derecho en la Universidad Central. De allí marchó a Bolonia, donde estudió con Ferri. De él se ha dicho que, junto con Bernaldo de Quirós, fue el máximo divulgador del positivismo. Se ha dicho también que profesaba un ideario cercano al anarquismo, en una época en la que el anarquismo era visto con fascinación por muchos intelectuales (Azorín entre ellos), y muchos sostienen, con bastante razón, que el éxito del positivismo se debió a la coincidencia con una época de interés por el delincuente *como personaje*.

(69) R. GAROFALO, *La Criminología, Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*. Incluye un estudio de L. Carelli sobre “Los términos del problema penal”, trad. de Dorado Montero, Madrid, La España Moderna, 1890.

(70) Apareció en La España Moderna, Madrid, 1890.

(71) Publicadas ambas obras en Imp. de la *Revista de Legislación*, Madrid, 1891 y en 1889 y 1890.

Pero sería incorrecto y reduccionista dejar a Dorado en la consideración de “el positivista español”, ante todo porque él mismo acompañó a las traducciones que hacía con severas críticas, tan fuertes que se incorporaron al debate que sobre el positivismo se libraba en Italia en aquellos años ⁽⁷²⁾. Tampoco es exacto tenerlo por seguidor del credo krausista, posiblemente porque para él tan solo merecía atención en tanto que doctrina contraria al iusnaturalismo católico oficial, y a la reivindicación del hombre como sujeto determinante de su propia historia, pero sin acoger aquel ideario como propio ⁽⁷³⁾, pero su doctrina sobre la causas del delito y el derecho criminal justo iban mucho más allá, lo cual le valió, como sabemos, la embestida del Obispo de Salamanca, a la que antes me he referido, que por cierto provocó la solidaridad con Dorado de Azorín y de Leopoldo Alas “Clarín”.

Dorado, pues, fue un divulgador del positivismo, *pero también denunció sus contradicciones y carencias*; y, por desgracia para la ciencia española, murió antes de observar la entrega de Ferri a Mussolini, paso que a buen seguro habría provocado su desprecio. Su posicionamiento frente al positivismo se aprecia, por ejemplo, cuando en el estudio que acompaña a su traducción de la Indemnización a las víctimas del delito de Garofalo señala que la obra está llena de contradicciones “.... Inevitables, porque mientras se vea en la pena un medio de retribución, de venganza, de expiación, de *satisfacción del daño causado, que es lo que supone el principio* quia peccatum, todavía arraigadísimo en los escritores de derecho penal, y sobre todo en el sentimiento público y en las legislaciones, pero indefendible «ya a los ojos de una ciencia humanitaria y razonable»; mientras se pida la aplicación de la pena como un medio de retorsión contra el delincuente del mal que él mismo ha causado, será imposible considerarla como uno, aunque no el único, de los medios con que deben renovarse las causas del delito, principalmente de los que radiquen en el organismo del delincuente...”.

A su juicio, y el tiempo demostró que tenía toda la razón, la Scuola Positiva tenía un fondo represivo muy superior al de la corrección y cura del delincuente (ideas esenciales del correccionalismo). Los positivistas asumían como última solución la “eliminación del miembro social enfermo”, fuera con la pena de muerte o con la deportación o con la prisión indefinida, y con facilidad abrieron

(72) Según indica Antón Oneca, desde el mismo inicio de *La utopía penal de Dorado Montero*, Salamanca, 1951.

(73) A juicio de Azorín en su *Sociología criminal*, cit., Dorado Montero no pertenecía a la “secta del krausismo degenerado y vergonzante”.

paso a la ideología de la Defensa Social: nada de aquello era compatible con las ideas de Dorado⁽⁷⁴⁾.

La influencia y el conocimiento del positivismo no sólo se debió a Dorado (que lo criticaba también), pues hay que recordar a otros juristas y no juristas, como fue Constancio Bernaldo de Quirós, que, además de traducir algunos trabajos de Ferri, publicó en 1898 *Las nuevas teorías de la criminalidad*, aunque su prioritaria atención fue el estudio de las realidades criminales de la España de su tiempo. Bernaldo de Quirós reconocía el magisterio de Tarde y el de Rafael Salillas, pero también acogía el credo positivista⁽⁷⁵⁾. Rafael Salillas es considerado como otro divulgador del positivismo en España. Salillas no era jurista, sino médico y penitenciario. A su impulso se debe, según muchos, el nacimiento del Cuerpo de Médicos Forenses, y la creación tras su reorganización en 1891, de la sección de Medicina mental y Antropología. No fue el único médico que dedicó su vida al problema penal. A los precursores en la lucha por la revisión de las ideas sobre la imputabilidad hay que sumar a Jaime Vera (uno de los fundadores del PSOE) y a Ángel Pulido⁽⁷⁶⁾.

Pero el positivismo y lo que supuso de despertar de una suerte de “*fascinación por el problema penal*” se manifestaría en dominios muy alejados del Derecho penal, significativamente en la literatura. De la notable atracción de grandes escritores por el tema ya he indicado algo, especialmente que Azorín escribiera una *Sociología criminal*, es un hecho notable, al que añadió la traducción de *Las prisiones*, de Kropotkin⁽⁷⁷⁾, que le sirvió para expresar su desprecio cuasi anarquista y por igual a las ideas de los clásicos y de los correccionalistas. Otros escritores, como Joan Maragall, en cambio, consideraban que las ideas de la Escuela Penal italiana eran un dislate y un desvarío que conducía a la injusti-

(74) Su obra es inmensa, pero indudablemente hay que recordar las *Bases para un Nuevo Derecho Penal*, Barcelona, Sucesores de Manuel Soler, 1909, *Los Nuevos Derroteros Penales*, Barcelona, Imp. de Henrich, 1905 y, como compendio máximo de su pensamiento, el *Derecho Protector de los Criminales*, Madrid, Victoriano Suárez, 1915. A estos libros se debe añadir *necesariamente* por todo lo que expone sobre las ideas penales de su tiempo, la *Voz Código penal*, publicada en la *Enciclopedia Jurídica Española*, ed. por Francisco Seix, Barcelona, 1910, y su obra póstuma, *Naturaleza y función del derecho*, con prólogo de Constancio Bernaldo de Quirós, Madrid, Reus, 1927.

(75) Véase el interesante estudio de J. NEBRED TORRES: “Debate sobre la normalidad del delito en los comienzos de la sociología española. Constancio Bernaldo de Quirós”. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 2003.

(76) Autor de *Conflictos entre la frenopatía y el Código penal*, Madrid, 1884.

(77) Cfr. LITVAK, op. cit. p. 141.

cia por el camino de la invención de locuras extrañas y explicaciones deterministas ⁽⁷⁸⁾.

Hay que recordar también que el positivismo llega en un tiempo en que todavía es visible una importante presencia del naturalismo en la literatura. Ese movimiento, inspirado por Zola, tiene en España manifestaciones en algunas obras de Pío Baroja (*La lucha por la vida*) y de Blasco Ibáñez (*La horda*) ⁽⁷⁹⁾. La atracción por el sujeto delincuente empuja a otro fenómeno de la época: la aparición de la novela negra o policíaca, hasta entonces desconocida en España ⁽⁸⁰⁾. Lo primero que creo que ha de abordarse en lo que atañe a esa literatura en España ⁽⁸¹⁾ es la propia *imaginabilidad* de todas las notas características del género, que, a diferencia de lo que sucede en Inglaterra, Estados Unidos o Francia, tarda mucho más en llegar a España. Pero creo que las claves sociológicas que explican en otros pagos el éxito de esas novelas no pueden considerarse transportables a la sociedad española del último tercio del siglo XIX y primera mitad del siglo XX, si bien, los que se han acercado al tema con profundidad entienden que pueden encontrarse en esa época los inicios del género, entendido como literatura en torno al asesinato, en obras de Benito Pérez Galdós como *La sombra* y de Emilia Pardo Bazán, como *La Piedra Angular* (1891) o *Un destripador de antaño y otros cuentos* (1900), al margen de que esas obras creo que *desbordan el "canon"* de la novela policíaca o de crímenes e intriga, aunque esos ingredientes también concurren.

Otro ámbito de impacto de las ideas de la sociología criminal y el positivismo sería el del ensayo o el periodismo dedicado al crimen y a los bajos fondos. La relación de trabajos es larga, pero se pueden destacar los de Salillas, diferen-

(78) MARAGALL, "Degenerados", en *Obres Completes*, II, Barcelona, 1960. Su enfado venía provocado por la absolución del asesino de Jose Bofill, un industrial del ramo del carbón asesinado por un proveedor angustiado por sus problemas económicos, que fue declarado inimputable (se puede leer una crónica del juicio en *La Vanguardia*, edición del 17 de abril de 1894) En opinión de Maragall aquella absolución fue una consecuencia perversa de las doctrinas positivistas.

(79) Cfr. LITVAK, op. cit., p. 134.

(80) Del tema de las diferentes visiones del crimen en la literatura me ocupé en G. Quintero, "Los papeles del crimen en la literatura", en *Arte y Derecho*, Publicaciones de la Diputación de Cádiz, 2007.

(81) Sobre ello, COLMEIRO, José F.: *La novela policíaca española. Teoría e historia crítica*, Barcelona, Anthropos, 1994. Salvador VÁZQUEZ DE PARGA, "La novela policíaca en España", Barcelona, Ronsel, 1993; Patricia HART, "Spanish Sleuth: The Detective in Spanish Fiction", Rutherford, N.J., Fairleigh Dickinson University Press, 1987.

tes trabajos agrupados en *El delincuente español*, *La vida penal en España*, también de Salillas⁽⁸²⁾, o *Vagabundos de Castilla*, de Díaz Caneja⁽⁸³⁾.

VIII. EL PASO AL SIGLO XX Y LA EVOLUCIÓN HASTA LA ACTUALIDAD

El cambio de siglo no trajo especiales consecuencias en relación con el tema que nos ocupa, que es el de la influencia de la penalística italiana en la española. El clasicismo tenía una fuerte presencia, en los comentaristas y en el gran tratadista, que era Silvela, cuya obra seguía viva. El positivismo, en la deriva sociológica, penitenciaria y criminológica, que no en la estrictamente penalista, también tenía una presencia señalada. Y, en fin, la obra de Pedro Dorado Montero, que era un poco de muchas cosas, positivista, utópica, correccionalista, anarquista, brillaba con fuerza, y siguió haciendo hasta que acabaron con él.

Estaba bien entrado el siglo xx cuando Jiménez de Asúa ultima la traducción del *Programma* de Carrara —a lo que antes me he referido—. El mismo Asúa, junto con Saldaña, acomete la traducción y anotación del *Tratado* de Von Liszt, lo cual marca la primera entrada significativa del pensamiento alemán en España, que hasta entonces sólo había tenido presencia en la filosofía del derecho, excepción hecha del *Derecho penal*⁽⁸⁴⁾ de Adolf Merkel, traducido por Dorado Montero, y la *Teoría del delito* de Beling, que tradujo en 1913 Faustino Ballvé⁽⁸⁵⁾ (condiscípulo de Asúa con Von Liszt, y como Asúa, exiliado en su momento).

(82) Ed. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1887.

(83) Juan DÍAZ CANEJA, “Vagabundos de Castilla”, serie de artículos en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1902-1903.

(84) Madrid, La España Moderna, 1906.

(85) Faustino Ballvé (1887-1958) había estudiado con Von Liszt, y fue entonces cuando conoció a Jiménez de Asúa. En 1913 tradujo la teoría del delito de Beling: *La teoría jurídica del delito según Beling*. (Abogado y profesor en Barcelona fue diputado de Izquierda Republicana. El 17 de abril de 1935 fue elegido presidente del “Partit Republicà d’Esquerra” en su exilio mexicano publicó *Función de la tipicidad en la dogmática del delito*, México, UNAM, 1951. Sobre su personalidad vid. Manuel PELÁEZ, “Faustí Ballvé Pallisé”, en *Diccionario crítico de Juristas españoles, portugueses y latinoamericano*, vol. I, Zaragoza-Barcelona, 2005.

Quintiliano Saldaña⁽⁸⁶⁾ fue esencialmente criminólogo y antropólogo criminal, pero no puede incluirse en la relación de los próximos al pensamiento italiano, pues él mismo se consideraba cercano a escuelas francesas⁽⁸⁷⁾ y alemanas.

Se dice que la *Terza Scuola* italiana, representada por Carnevale y Alimena, tuvo su representante español en Eugenio Cuello Calón (1879-1963), que, pese a haber sido discípulo de Dorado Montero nada tenía en común con el pensamiento del maestro⁽⁸⁸⁾, y asumió las ideas de la *Terza Scuola* tras su paso por Bolonia. Cuello tradujo los *Principios de Derecho Penal* de Alimena⁽⁸⁹⁾. Posteriormente abandonaría también la moderación de la *Terza Scuola* y pasó al credo de la defensa social, que rápidamente arraigó en la Europa del primer tercio del siglo XX, y que en Italia abanderaron penalistas como Grispigni, que procediendo del positivismo llegó con facilidad al nazismo⁽⁹⁰⁾. Pero no puede decirse que esa fuera una influencia visible en España: tampoco era preciso, pues bastaba con la evolución que había hecho Ferri.

Recordemos también que Víctor Manuel III entregó el gobierno a Mussolini el 29 de octubre de 1922. Apenas once meses más tarde, el 13 de septiembre de 1923, Primo de Rivera, con el consentimiento del Rey, había dado un golpe de Estado e instaurado la Dictadura. Las similitudes y diferencias entre ambos regímenes son materia enjundiosa que no se puede tratar en estas notas; pero hay un punto común en relación con el problema penal. Ambos Dictadores *necesitan un Código penal propio que se acomode a su ideario*, para el que no servía ni el Código Penal de 1889 (el llamado de Zanardelli) ni el Código penal de 1870, reformado, especialmente, en 1876.

(86) Su obra fundamental, *La antropología criminal y la justicia social*, Madrid, Reus, 1915. Saldaña era un criminólogo muy conservador, lo cual no puede justificar su terrible y vergonzoso final, pues al inicio de la Guerra Civil se tuvo que refugiar en una Embajada con otros muchos, donde murió de inanición a causa de su avanzada edad y sus dolencias; su casa y su biblioteca fueron incendiadas.

(87) Publicó en Francia, *La Criminologie Nouvelle*, Presses Universitaires de France, París, 1929.

(88) Vid. ANTÓN ONECA: “La Generación Española de la Política Criminal” en *Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho. Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, 1970.

(89) ALIMENA, Bernardino, *Principios de derecho penal*, trad. de E. Cuello Calón, Librería General de Victorino Suárez, Madrid, 1915. Antes se había traducido la obra de Carnevale *Crítica penal: estudio de filosofía jurídica*, Madrid, La España Moderna, 1894.

(90) Sobre esa evolución, vid., F. MUÑOZ CONDE, “El derecho penal fascista y nacionalsocialista y la persecución de un penalista judío: el caso de Marcello Finzi”, en *Nueva doctrina penal*, núm. 1, 2005, pp. 1001-1006.

¿Y cuál era ese ideario? De haber alguno, en el Código de 1928, sería algo de correccionalismo español, algo de Terza Scuola, y algo de Defensa Social, así como, posiblemente, ideas tomadas del Proyecto de Código penal italiano de 1921, obra de Enrico Ferri, como correspondía a la mano de Cuello Calón y la de Quintiliano Saldaña, y, en todo caso, un fuerte autoritarismo que era lo que deseaba el Dictador y así lo hizo llegar a los redactores a través del Ministro Galo Ponte. La dureza de aquella ley puede verse, sin más, en la agravación de penas respecto al Código de 1870 y en el aumento notable de las causas de agravación de la pena. Su único aspecto “innovador” fue la entrada de las medidas de seguridad postdelictuales.

Pero no creo que pueda tomarse como ley a contrastar al Código de 1928, ante todo por la muy breve vigencia que tuvo. El Código italiano de 1930, que aún hoy está vigente, merece un análisis ideológico más profundo, y que excede el objetivo de estas páginas. Pero la *ideología fascista* —por ejemplo, persecución de homosexuales y prostitutas— habrá de verse en la legislación penal que en España comienza, tal vez con La Ley de Vagos y Maleantes de 1933 y prosigue sin duda con la legislación penal que va de 1940 a 1975.

La ciencia penal española de los años 30 del pasado siglo ofrece una doble perspectiva. Por una parte, importantes penalistas como Jiménez de Asúa, Antón Oneca, Rodríguez Muñoz, Cuello Calón, acogen y difunden la doctrina penal alemana; otros penalistas más jóvenes acuden a recibir lecciones de Arturo Rocco y de Vincenzo Manzini, como por ejemplo Pérez Vitoria y Ferrer Sama. Por supuesto que la Guerra Civil rompe la normalidad, y hemos de contentarnos con el estado de la cuestión hasta 1936, pero sin olvidar que algunas influencias fueron perdurables, como, por ejemplo, la de Manzini en Ferrer Sama, que motivó un ácido e injusto comentario de Jiménez de Asúa.

Fue posiblemente Asúa quien marcó un cambio de tendencia en la penalística española. Inicialmente fue gran admirador de Dorado Montero y asumió planteamientos abiertamente vinculados al positivismo, lo que se plasmaría en su primera obra importante: *La sentencia indeterminada: el sistema de penas determinadas a posteriori*⁽⁹¹⁾, trabajo con el que se doctoró en 1913. El tema había sido ya expuesto por Dorado en su artículo, también llamado “La sentencia indeterminada”, de 1909, que incluyó en *El derecho protector de los Criminales*.

(91) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *La sentencia indeterminada*. Madrid, Reus, 1913, con Prólogo de Bernaldo de Quirós, al que Asúa admiraba. Posteriormente volvió al tema en “Nueva juventud de la sentencia indeterminada” *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 1928. En 1948 publicó en Buenos Aires una nueva edición puesta al día.

Pero, tras su paso por Berlín, donde estudió con Von Liszt, aun sin abandonar las ideas del positivismo, entró abiertamente en el mundo de la dogmática de cuño germánico, lo que se plasmó ante todo en su traducción del Tratado de Liszt⁽⁹²⁾, lo que permitió el acceso de los estudiosos españoles a la que sin duda será siempre una obra central en la cultura penal europea.

Su entusiasmo por la dogmática le llevó a pronunciar y publicar *La teoría jurídica del delito*, originariamente discurso de apertura del curso académico 1931-1932 en la Universidad de Madrid. Esa obra estaba llamada a ser considerada *justamente* como el *inicio de la dogmática penal en lengua española*⁽⁹³⁾. Sin duda que la obra de Asúa, tanto sus trabajos como la traducción del Tratado de Liszt supuso un punto de inflexión, al que se sumó la traducción del Tratado de Mezger que José Arturo Rodríguez Muñoz hizo en 1935, y al que añadiría sus extraordinarias *Notas* de derecho español ampliadas en sus sucesivas ediciones hasta llegar a la que ampliada y puesta al día, con notas adicionales de Quintano apareció en 1957. En 1956 Del Rosal y Cerezo tradujeron la *Allgemeine Strafrechtslehre* de Sauer. En 1962 Juan Córdoba tradujo el Tratado de Maurach⁽⁹⁴⁾. En 1956 Fontán Balestra tradujo la Parte General de Welzel, cuya 11.ª edición sería traducida por Juan Bustos⁽⁹⁵⁾, y ese proceso de traducciones ha continuado hasta hoy con la de las obras de Jescheck, Roxin, Tiedemann y otros.

Pero de esa fortísima influencia germánica y sus consecuencias posteriores para la ciencia penal española, no me voy a ocupar, pues ahora se trata de ver cuál ha sido y *cuál es* la influencia italiana. Es evidente que tras la II Guerra Mundial fueron muy pocos los penalistas españoles que tomaron la ruta de Italia. Mas ese es un dato que no debe llevar a engaño, pues durante los años transcurridos desde entonces es patente que en todos los Seminarios y Departamentos de derecho penal de las Facultades españolas obraba toda la bibliografía italiana esencial, tanto la del siglo XIX, como la del XX: Rocco⁽⁹⁶⁾,

(92) LISZT, *Tratado de derecho penal*, trad. de la 20 ed. alemana por L. Jiménez de Asúa, adiciones de Q. Saldaña, Madrid, Reus, 1916.

(93) Vid. JESCHECK, “El significado de don Luis Jiménez de Asúa en el desarrollo de la dogmática española en el campo de la teoría jurídica del delito”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. Extra 11, 1986.

(94) R. MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, traducido por J. Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962.

(95) H. WELZEL, *Derecho Penal alemán*, traducción de la 11.ª ed. alemana por Juan Bustos y Sergio Yáñez, Santiago de Chile, 1997.

(96) Como es sabido su obra esencial es *L'Ogetto del reato e della tutela giuridico-penale*. Hay versión española: A. ROCCO *El Objeto del Delito y de la Tutela Jurídica Penal*, trad. de G. Seminara, BdeF (Buenos Aires-Montevideo), 2001.

Manzini⁽⁹⁷⁾, Maggiore⁽⁹⁸⁾, Petrocelli, Antolisei⁽⁹⁹⁾, Bettiol⁽¹⁰⁰⁾, Pisapia, Nuvolone, Pettoello, Pagliaro, Bricola, Marinucci⁽¹⁰¹⁾, Mantovani, etc.

¿Se leen hoy? ¿Se leen los excelentes trabajos de muchos criminalistas italianos de nuestro tiempo? Esa es la pregunta que hay que hacerse y responder, y en su caso justificar, con sinceridad y honestidad intelectual. Sabemos, y esa es una respuesta fácil, que los penalistas de los demás Estados europeos, sean italianos, alemanes, franceses, salvando excepciones, no prestan particular atención a lo que se escribe en España: eso ya lo he dicho antes y todos asumimos que no somos tan “auto referenciales” como los demás. En nuestro modo de trabajar no es imaginable relegar los estudios penales extranjeros, y aceptamos que en eso tal vez tengamos una *superior* amplitud de miras intelectuales y en modo alguno un “complejo” de ser despreciados en otras culturas jurídicas, porque eso, además, no es cierto. Sin duda, también o antes podemos lamentar la falta de estudio de la propia ciencia penal española histórica por parte de los jóvenes aspirantes a penalistas e incluso de muchos que ya no son tan jóvenes⁽¹⁰²⁾; pero nada de eso obviará la realidad de que en las actuales generaciones de docentes e investigadores no se presta a la ciencia penal italiana *actual* la atención que se merece, y de nada vale escudarse en una absurda “reciprocidad” que en el discutible supuesto de ser cierta, no mitigaría la gravedad que supone el olvido propio.

(97) El *Tratado de Derecho Penal* de Manzini fue traducido por Sentís Melendo y Ayerra y prologado por Ricardo C. Núñez y Ernesto Gavier, Ediar, S.A. Editores, Buenos Aires, 1949-1957. Su *Tratado de derecho procesal penal*, fue traducido por los mismos y prologado por Niceto Alcalá-Zamora (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951-1954).

(98) Maggiore, que con De Marsico, fueron los más representativos penalistas católicos de la época fascista, conservó tras la Guerra un relativo prestigio. Su obra fue traducida: G. MAGGIORE, *Derecho penal*, 5 vols. Trad. por el P. José J. Ortega Torres, Temis, Bogotá, 1989.

(99) ANTOLISEI, Francesco, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Traducción por Juan del Rosal y Angel Torío, UTHEA Argentina, Buenos Aires, 1960.

(100) Hay trad.: Giuseppe BETTIOL, *Derecho Penal*, Parte General, trad. de J. León Pagano, Bogotá, Temis, 1965; también, BETTIOL, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*, trad. Gutiérrez Alviz, Barcelona, Bosch, Casa Editorial S.A., 1977; también, BETTIOL, Giuseppe, *El problema penal*, traducción J.L. Guzmán Dalbora, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1995.

(101) Una de sus obras esenciales ha sido traducida: Giorgio MARINUCCI, *El delito como “acción”: crítica de un dogma*, traducción de José Eduardo Sainz-Cantero Caparrós, 1998.

(102) Del grave problema de la formación del profesorado español en las Facultades de Derecho, en nuestro tiempo, opino en mi reciente libro *La enseñanza del Derecho en la encrucijada*, Madrid, Civitas, 2010.

TUTELA PENAL DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL: ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES

M.^a JOSÉ JORDÁN DÍAZ-RONCERO

D.E.A. en Derecho Procesal

IGNACIO COMES RAGA

Abogado y D.E.A. en Derecho Penal

RESUMEN

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, ha modificado algunos preceptos del Código Penal, reguladores de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, así como determinados aspectos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Dicha reforma introduce importantes novedades en la persecución de estos delitos y en la legitimación activa en los procesos derivados de ellos. Se logra así con estas nuevas medidas una mayor eficacia tanto en la tarea investigadora por los Juzgados de Instrucción como en su posterior enjuiciamiento. Por otro lado, y en un plano sustantivo, la nueva regulación del Código Penal suscitó una ávida discusión en torno al objeto de protección de este tipo de delitos, posicionándose claramente tanto en el ámbito doctrinal como jurisprudencial dos opiniones doctrinales: la que cifra el objeto de protección en la titularidad del derecho y la que lo extiende al mercado y a los consumidores.

Palabras clave: Propiedad industrial, bien jurídico protegido, perseguibilidad, legitimación procesal, diligencia de entrada y registro en lugar cerrado, depósito, agentes encubiertos, juicio rápido.

ABSTRACT

The Organic Law 15/2003, of November 25, has modified some rules of the Penal Code, regulators of the crimes relative to the intellectual and industrial property, as well as certain aspects of Law of Criminal Prosecution. The above mentioned reform introduces important innovations in the pursuit of these crimes and in the active legitimization in the processes derived from the same ones. A major efficiency is achieved this way by these new measures so much in the investigative task by the Examining Magistrate's Courts like in his later prosecution. On the other hand, and in a substantive plane, the new regulation of the Criminal Code provoked an eager discussion around the protection object of this type of crimes, two doctrinal opinions being positioned clearly so much in the doctrinal as jurisprudential area: the one that codes the protection object in the ownership of the right and the one that extends it to the market and the consumers.

Key words: Industrial property, a protected legal right, prosecution, legal standing, diligence of entry and record in closed place, warehouse, concealed agents, summary trial.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
 - II. ARQUITECTURA PENAL DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL.
 - 1. Aspectos político-criminales de la reforma de la Ley Orgánica 15/2003.
 - 2. El problema del bien jurídico en los delitos contra la propiedad industrial.
 - A) Opinión doctrinal que cifra el contenido esencial del objeto protegido tanto en el derecho exclusivo del titular de la propiedad industrial como en el interés patrimonial del consumidor.
 - B) Opinión doctrinal que cifra el contenido esencial del objeto protegido en el derecho exclusivo del titular registral.
 - III. ESPECIALIDADES PROCESALES EN LA TUTELA PENAL DE LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL.
 - 1. Perseguibilidad y legitimación.
 - 2. Consideraciones en torno a la fase de instrucción: entrada y registro en lugar cerrado, peritaciones, depósito y destino de los efectos intervenidos.
 - 3. Novedades en los actos de investigación.
 - 4. Acomodamiento al procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos.
 - IV. CONCLUSIONES.
 - V. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.
-

I. INTRODUCCIÓN

Existe desde antiguo un cierto acuerdo doctrinal en cifrar la legitimidad del Derecho Penal en la protección de los bienes jurídicos. Hasta aquí reina un relativo consenso⁽¹⁾; con todo, más que ante *la solución final*, nos damos de

(1) No obstante la primacía axiológica del bien jurídico en el Derecho penal como síntesis normativa de un derecho o interés merecedor de tutela, es para JAKOBS “la contribución que el Derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas”. Con lo cual, para el brillante penalista alemán, se suscita una suerte de debate dialéctico entre la firmeza de las expectativas normativas esenciales y su decepción; firmeza “frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito

bruces con el principio de un problema, paradigma del Derecho penal, esencia y aroma que lo distinguen de las demás ramas del ordenamiento. Ello no obstante, no ha sido óbice ni cortapisa —especialmente en el tema que nos ocupa— a un peligroso maridaje entre el contenido esencial de los sintagmas penales y los conceptos normativos que, procedentes de las legislaciones sectoriales, en no pocas ocasiones, desdibujan el concepto mismo de bien jurídico y su función crítica. O lo que es lo mismo: nos hurtan el concepto mismo de Derecho penal, esa herramienta conceptual infinita, pura e inagotable, para hundir el nódulo del debate en el análisis aséptico de los tipos. En esta tesitura discursiva, resulta innegable que la nueva tutela penal de la propiedad industrial ha contribuido a retroalimentar un debate que, a nuestro juicio, irradia tanto a cuestiones sustantivas como adjetivas. Y de ahí, ni qué decir, el título que rubrica el presente trabajo.

La tutela penal de la propiedad industrial es ciertamente un fenómeno complejo por sus infinitas aristas dogmáticas y político-criminales; de todo lo cual daremos buena cuenta en el estudio del bien jurídico empero, conviene matizar *prima facie*, que muy a menudo se percibe este fenómeno únicamente desde la óptica crematística o de aprovechamiento de otra índole, cuando lo cierto es que la tutela que debe merecer nuestra atención ha de prestar cuidado a los intereses individuales y supraindividuales que colman el objeto protegido. *Ergo* el protagonismo que cobra el bien jurídico en esta figura —y en cualquiera— justifica con mucho su análisis pormenorizado.

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre⁽²⁾, de modificación del Código Penal, constituye el paradigma del uso del instrumento esencial de coacción del Estado como una suerte de bien de consumo para la sociedad. Esta perversión del Código Penal, desdibuja —y la hace en ocasiones insostenible— la teoría jurídica del delito. Amén de lo cual, no podemos preterir las modificaciones de evidente calado procesal que ha concitado esta reforma, pues entre las novedades principales que incorpora ésta, destaca el giro operado en los requisitos de perseguibilidad de los delitos contra la propiedad industrial, por cuanto

que la vigencia de la norma puesta en práctica”. JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Cuello Contreras, J., Serrano González de Murillo, J.L., Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 44 y 45; del mismo autor JAKOBS, G., *Fundamentos de derecho penal*, trad. Cancio Meliá, M. y Peñaranda Ramos, E., Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, pp. 102 y 103; JAKOBS, G., “¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en JAKOBS, G. y CANCIÓ MELIÁ, M., *El sistema funcionalista del derecho penal: ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho penal* (Lima, 29, 31 de agosto y 01 de setiembre del 2000), Ed. Instituto Peruano de Ciencias Penales, Piura, 2000, pp. 46-50.

⁽²⁾ BOE núm. 283, de 26 de noviembre.

deja de poseer un carácter netamente patrimonial y semiprivado, para conformar un tipo de carácter público, perseguible a instancia del Ministerio Fiscal.

Ante tamaño viraje procesal, la dogmática del bien jurídico protegido no puede restar impávida, manteniendo *sine die* el mismo objeto de protección; si en cierto modo el Estado entra en posesión del precitado bien jurídico por razones de índole político-criminal⁽³⁾, los intereses dignos de tutela estarán, qué duda cabe, en consuno con aquéllas. En este sentido, se atisban una serie de novedades tanto sustantivas como procesales en la tutela penal de esta clase de delitos, con la clara intención de lograr una mayor eficacia en la investigación y posterior enjuiciamiento de los hechos criminales cometidos en el ámbito de la propiedad industrial.

Éste será precisamente el objeto de nuestro estudio, el cual tiene como pretensión principal analizar estas nuevas piezas “postizas” introducidas por la Ley Orgánica 15/2003 y su relación con el objeto de tutela. Siendo que tanto el Derecho penal como el procesal están íntimamente unidos por unos objetos aparentemente diversos, no puede obviarse que la *praxis* reclama una participación activa de ambas instancias a fin de dotar de una mínima seguridad y credibilidad al sistema. Tampoco se nos oculta la enorme repercusión mediática y criminológica de este tipo de actividades ilícitas, que en muchas ocasiones no son más que la “fachada humana” de actuaciones delictivas perpetradas por las asociaciones criminales de carácter organizado. Precisamente, ello nos obliga a hacer “tabla rasa” de todo este tipo de fenómenos, discriminando todos y cada uno de ellos en razón de la lesividad de la conducta y el ataque al bien jurídico. Nunca la realidad criminológica fue más elocuente y el recelo de los poderes públicos tan devastador para los que aún creemos que el Derecho penal ha de ser el garante de la desmesurada expansión del Código Penal.

II. ARQUITECTURA PENAL DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

1. Aspectos político-criminales de la reforma de la Ley Orgánica 15/2003

Hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del hoy vigente Código Penal, el panorama sustantivo de la protección penal de

(3) Sobre la relación entre el Estado y las funciones y fines del Derecho penal, cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte General*, Ed. Reppertor, Barcelona, 2008, pp. 137-138; especialmente interesante resulta el estudio entre la función del Derecho penal y la forma de Estado en MIRA BENAVENT, J., “Función del Derecho penal y forma de Estado”, en AA.VV., *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. II, Ed. Universitat de València, Institut de Criminologia, Valencia, 1997, pp. 393 a 417.

los derechos de propiedad industrial no se compadecía con la función y límites de un Derecho penal democrático; efectivamente, la regulación anterior se mostraba cuanto menos confusa y caótica en algunos de sus pasajes, trayendo causa *prima facie* en la Ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo de 1902⁽⁴⁾, y de forma parcial, de la previsión en el capítulo dedicado a las falsedades con expresas referencias a la propiedad industrial. En esta tesitura, el nuevo Código Penal pondría fin a los parches legislativos, pasajes caóticos y reliquias ancestrales en una regulación que a la postre no alcanza el fin preventivo de toda norma penal: la protección del bien jurídico que nutre de sentido a la propia norma.

Con la entrada en vigor del llamado “Código de la democracia” en el año 1995, las líneas político-criminales del nuevo legislador alzapriman la efectiva protección de los derechos de propiedad industrial, mediante la expansión de los diferentes mecanismos de protección, hasta entonces fragmentada en tres cuerpos legislativos —y en parte iusprivatísticos— y avocada a la inaplicación de muchas de sus previsiones⁽⁵⁾. Por otro lado, y en consuno con la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de los límites del legislador a la hora de apoyarse en las Leyes penales en blanco, el legislador optó por regular el contenido esencial del injusto de los delitos de propiedad industrial en la propia norma penal, en lugar de reenviarlo a una ley especial de naturaleza extrapenal. Por último, y con no poco acierto, se deslindaron en los propios tipos los derechos que integran el derecho a la titularidad de los derechos relativos a la propiedad industrial.

En este orden de cosas, la protección penal del texto punitivo se refiere, actualmente y exclusivamente a las siguientes manifestaciones:

- a) Usurpación de patentes y modelos de utilidad (art. 273.1 y 2 del CP).
- b) Usurpación de modelos, dibujos industriales o artísticos, o topografía de productos semiconductores (art. 273.3 del CP).
- c) Marcas y signos distintivos (art. 274 del CP).
- d) Usurpación ilegítima de denominación de origen o indicación geográfica (art. 275 del CP).
- e) Divulgación de patente secreta (art. 277 del CP).

(4) Gaceta de Madrid núm. 138, de 18 de mayo de 1902.

(5) En concreto en la Ley 11/1986, de 20 de mayo, sobre patentes de invención y modelos de utilidad (BOE núm. 73, de 26 de marzo de 1986); en la Ley 32/1988, de 10 noviembre, de Marcas (BOE núm. 272, de 12 de noviembre de 1988); y en la Ley 3/1991, de 10 enero, de Competencia Desleal (BOE núm. 10, de 11 de enero de 1991).

No obstante ello, será en el año 2003 con la “exasperación reformista” del legislador, cuando con ocasión de una de las revisiones más “cumplidas” de nuestro Código, se culmine tanto sustantiva como procesalmente la plena protección penal de esta materia. Así las cosas, desde la óptica puramente material, llama la atención la introducción de nuevos tipos penales: la importación de productos falsificados y los derechos sobre obtenciones vegetales. En este sentido, también nos merece singular importancia la no supresión del término “confundible” que tantos problemas de interpretación ha suscitado, y la eliminación de la aplicación del artículo 129 del Código Penal; con todo, hay que recordar que el puro y simple hecho de que un infractor que actúe en nombre de una persona jurídica no empece a que esta última sea responsable solidaria y directamente del pago de la pena de multa impuesta al autor del delito a los efectos del artículo 31.2 del Código Penal ⁽⁶⁾.

Asimismo, es de apreciar una agravación de las penas previstas, incrementando el límite inferior de la pena de multa a 12 meses en los artículos 273 y 274 del Código Penal así como en el supuesto agravado que aloja el artículo 276.

⁽⁶⁾ En el apdo. II, letra “L” de la Exposición de Motivos de la LO 15/2003, se indica que la inclusión del nuevo art. 31.2 del CP viene referida a la regulación de “la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al establecerse que cuando se imponga una pena de multa al administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica por hechos relacionados con su actividad, ésta será responsable del pago de manera directa y solidaria”. La cuestión que se plantearía en primer término, es la de si las personas jurídicas pueden cometer delitos y en consecuencia responder penalmente. En caso afirmativo se estaría certificando que ciertos hechos no precisan para su ejecución acciones finales humanas, lo cual es en sí mismo un contrasentido. Aunque existan determinadas actividades realizadas por personas jurídicas, que se puedan estimar típicas y antijurídicas, las personas jurídicas no poseen una inteligencia propia, como es obvio, sólo un ser humano puede componer la voluntad final de un ente jurídico, y esa actuación final es decidida por una persona física. No se puede omitir el contenido del “principio de culpabilidad” penal en un sentido estricto: el hecho ha de ser el resultado de una motivación racional. En conclusión no es susceptible de imputarse a una persona jurídica las acciones realizadas por personas físicas, pues entonces se estaría infringiendo el carácter personal de la responsabilidad penal. En todo caso, creemos que la inclusión de este precepto no obedece precisamente al espíritu indicado en la exposición de motivos de la LO 15/2003 de abordar la responsabilidad penal de las personas jurídicas; consideramos que la verdadera *voluntas legislatoris* era constituir un sistema de responsabilidad objetiva para asegurar el cobro de la pena de multa. MIR PUIG, S., “Límites del normativismo en derecho penal”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 7, 2005, disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf> (fecha de consulta: 18 de agosto de 2009); SILVA SÁNCHEZ, J.M. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “El art. 31.2 del Código Penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2006, disponible en: http://www.indret.com/pdf/343_es.pdf (fecha de consulta: 18 de agosto de 2009).

A tenor de la nueva reforma, es dable significar la ampliación del sujeto activo del delito operada. De esta forma “igualmente, incurrirán en la misma pena los que importen intencionadamente estos productos sin dicho consentimiento, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquéllos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos de dicho Estado, o con su consentimiento” (art. 274.1 del CP). A nuestro juicio la oportunidad del ensanchamiento del sujeto activo es tributario —y con acierto— de la libertad de circulación de personas, capitales, bienes y servicios que, de esta suerte, aconseja estrechar el cerco de punibilidad excepto en el caso de la adquisición directa del titular del derecho o con su consentimiento cuando el producto provenga de un Estado miembro de la Unión Europea.

En cuanto al tipo agravado del artículo 276, es de matizar que mantiene en esencia la redacción originaria del año 1995 salvo modificaciones coyunturales en sede penológica ⁽⁷⁾, añadiendo empero una serie de requisitos de naturaleza objetiva determinantes de la agravación, cuales son:

- a) Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica.
- b) Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo al valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados.
- c) Que el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad industrial.
- d) Que se utilice a menores de 18 años para cometer estos delitos ⁽⁸⁾.

En esta coyuntura, nos es dable siquiera brevemente matizar una serie de reflexiones acerca de la no desaparición del criterio “confundible”. Históricamente, se ha venido concibiendo éste como un elemento normativo del tipo, en

⁽⁷⁾ Se ha rebajado el límite inferior de la pena de prisión de dos a un año, y se ha incrementado el límite inferior de la pena de multa al igual que en los tipos generales de 8 a 12 meses.

⁽⁸⁾ Especialmente significativa y plausible nos parece la introducción de esta agravante. Lamentablemente, ha aumentado considerablemente una nueva modalidad de comisión de delitos por parte de las organizaciones criminales: el empleo de menores de edad como autores materiales de hechos criminales. Estos menores son instrumentados dolosamente con motivo de la menor punibilidad que poseen las acciones típicas ejercitadas por ellos que las llevadas a cabo por adultos. En la ejecución de los delitos contra la propiedad industrial se aprecia este *modus operandi* tan deleznable, y es por este hecho que se decidió insertar la mencionada agravante.

cuya esencia la jurisprudencia opera con el criterio de la “impresión de conjunto” dejada por la marca alterada en el espíritu de un “cliente medio” o en el de un “consumidor de atención media”⁽⁹⁾. Es de observar cómo el legislador indirectamente alude a criterios nomológicos para fundamentar la tipicidad de la acción; con ello, el operador jurídico se topa con eventuales consumidores que acaso poseen una mayor capacidad discernidora que el consumidor medio. ¿Qué hacer en tales casos si nos encontramos ante un sujeto alta y netamente informado que, en abstracto, se aparta de la experiencia de un sujeto medio? En nuestra opinión, la cuestión debe ser analizada por el juzgador *ad casum* y en atención a la especie del tipo penal.

Al igual que en el supuesto anterior, tampoco se ha modificado el Código Penal respecto a la introducción de términos valorativos propios de la propiedad industrial, que obligan a acudir a la legislación de índole jurídico-privada, en aras a completar el tipo normativo.

Como hemos advertido *ut supra*, con la entrada en vigor del Código Penal de 1995, se introducen tipos penales con la pretensión de acoger la totalidad de conductas punibles en materia de propiedad industrial. Con lo cual, se ponía punto y final a la técnica normativa utilizada por la regulación predecesora, esto es: la de la remisión a la ley penal en blanco. Ello no obstante, no ha eliminado la necesidad de acudir a la Ley de Patentes, a la Ley de Marcas o la Ley de Competencia Desleal, cuyos cuerpos jurídicos regulan el régimen de la propiedad industrial, al encuentro de los llamados “términos normativos de valoración jurídica”. En concreto, consultaremos en tales normas jurídicas de índole privado los supuestos de signo distintivo o de invención de patente, para poder delimitar con claridad cuál es el contenido de los derechos de explotación exclusiva.

En esta tesitura, se puede poner en tela de juicio la autonomía del Derecho penal a la hora de interpretar y definir cuál es precisamente su objeto de protección en la regulación de los delitos contra la propiedad industrial. Algún autor ha ido más allá de esta nebulosa cuestión, sosteniendo que la ilicitud civil es presupuesto necesario para la concurrencia de una ilicitud penal⁽¹⁰⁾. Esta aseve-

(9) SSTS núm. 1842, de 8 de abril de 2007; núm. 5942, de 11 de noviembre de 2008 y núm. 1689, de 11 de marzo de 2009.

(10) PORTELLANO DÍEZ, P., “Los nuevos delitos contra la propiedad industrial: reflexiones de un mercantilista”, en *Revista de derecho mercantil*, n.º 221, 1996, pp. 758-759.

ración implicaría ir en contra de toda práctica forense, pues el Derecho penal bajo ningún concepto puede quedar sometido al yugo del Derecho privado⁽¹¹⁾.

Esto sería tanto como afirmar que el Derecho penal ha dejado de lado una de sus finalidades prioritarias: la consecución de los objetivos propios de protección de los bienes jurídicos que se estimen han de ser amparados. Queda claro, que éste no realiza la misma función que desempeña el Derecho civil o el Derecho mercantil, y precisamente porque cumple sus propias finalidades y posee sus objetivos específicos, ha de tener una capacidad autónoma, respecto del resto de disciplinas existentes en un ordenamiento jurídico, para delimitar los presupuestos penales de ilicitud, con la única limitación del principio de unidad y coherencia del ordenamiento jurídico⁽¹²⁾.

Preciso es expresar que otra solución hubiese sido deseable. A la sazón, entendemos que con la reforma de 2003 se perdió la oportunidad de introducir un concepto a efectos penales que determinase con precisión y exactitud el elemento incidental del tipo; de esta suerte, tal y como ocurre en otros preceptos que existen en el Código Penal —éste sería el caso del art. 24 que explica qué se entiende por autoridad o funcionario a los alcances del código, o el del art. 25 que establece qué se reputa persona incapaz a fines penales—, nos parecía más oportuno y dogmáticamente más correcto, que se consignase “el contenido de la explotación de carácter industrial” a los efectos del Código Penal.

Como conclusión final a este apartado diremos que con carácter general, en materia penal, se han efectuado, en nuestra opinión, una serie de reformas en sede de propiedad industrial, de forma muy acertada, a excepción del último aspecto analizado. Gráficamente: delimitando previa y conceptualmente determinados elementos del tipo, no habría sido necesario acudir a normas extra-penales en busca de conceptos jurídicos equivalentes de carácter privado. Como hemos podido apreciar, muchas son las contingencias que se plantean en la regulación de los delitos contra la propiedad industrial, pero sin lugar a dudas, el problema que más dificultades presenta es el de la determinación del bien jurídico protegido en este tipo de delitos.

(11) En plena concordancia con Del Rosal Blasco, esa concepción de subordinación del Derecho penal a los postulados del Derecho privado, no tiene ni tan siquiera fundamento en las teorías modernas que asignan al Derecho penal un papel secundario dentro del ordenamiento jurídico. Esto es así porque el Derecho penal dentro de un sistema jurídico posee “su propio objeto de regulación y su propia posición específica, para la cual debe de realizar sus propias valoraciones”. DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 50.

(12) SEGURA GARCÍA, M.J., *Los delitos contra la propiedad industrial en el Código Penal español de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 34.

2. El problema del bien jurídico en los delitos contra la propiedad industrial

El presente trabajo como se ha venido apreciando hasta el momento, toma como argumento esencial de estudio los delitos contra la propiedad industrial cobijados en los artículos 273 a 277 del Código Penal bajo el Título XIII regulador de los delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico. Empero lejos de constituir nuestra tarea un prolijo análisis del tipo y de los demás elementos del delito, pretendemos examinar la cuestión del bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad industrial en la inteligencia del objeto protegido como elemento esencial de discusión. Semejante método, a nuestro juicio, alzaprima el concepto de bien jurídico en el Derecho penal no sólo en el movedido terreno político-criminal, sino también en la fisionomía del ilícito penal ⁽¹³⁾.

En las últimas décadas se han levantado voces críticas contra el Derecho penal “moderno”. Esta vuelta a la consideración de la persona y de su libertad como finalidades primarias del ordenamiento jurídico-penal constituye un “topos argumentativo de peso” que sirve de protección contra los bienes jurídicos universales cuya indeterminación les hace susceptibles de una carga ideológica latente ⁽¹⁴⁾.

La inteligencia conceptual de la propiedad industrial nos la proporciona el artículo 1 del Estatuto de la Propiedad Industrial de 26 de julio de 1929 ⁽¹⁵⁾, en cuya virtud se presume como aquella “que adquiere por sí mismo el inventor o descubridor con la creación o descubrimiento de cualquier invento relacionado con la industria, y el productor fabricante o comerciante con la creación de signos especiales con los que aspira a distinguir de los similares los resultados

(13) La importancia del bien jurídico para el Derecho penal cobra significación no sólo en el terreno político-criminal, sino también en el ámbito de la dogmática jurídico-penal, y específicamente dentro de la teoría del delito, en el interior del sistema punible. FERNÁNDEZ, G.D., *Bien jurídico y sistema del delito*, Ed. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2004, p. 1.

(14) NESTLER, C., “El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes”, en *La insostenible situación del Derecho penal*, Ed. Comares, Albalote (Granada), 2000, p. 64.

(15) Gaceta de Madrid núm. 127, de 7 de mayo de 1930. Acudimos a este precepto al no existir actualmente ninguna norma que defina la propiedad industrial.

de sus trabajos”⁽¹⁶⁾. A saber, la propiedad industrial a la que se refieren estos delitos es aquella parte de la actividad económica empresarial que atiende tanto a la creación o invención de técnicas y objetos de uso industrial, como a su explotación, pero también determinados signos o marcas que los empresarios utilizan para distinguir sus productos de otros similares que se ofertan en el mercado⁽¹⁷⁾.

En esta coyuntura, la tutela penal de los derechos de propiedad industrial ha experimentado tras la reforma del año 2003 del Código Penal un especial auge al son de la expansión penal en sede de propiedad intelectual, lo que constituye una política legislativa coherente, pues en ambos casos estamos ante derechos de propiedad que comparten la característica común de tener como objeto bienes inmateriales⁽¹⁸⁾. Los delitos contra la propiedad industrial vuelven a estar de actualidad no sólo legislativa sino mediáticamente. Lejos quedan aquellas figuras contempladas desde el Código Penal de 1822 en el ámbito de las defraudaciones hasta la actual residencia en los delitos contra el orden socioeconómico⁽¹⁹⁾. No es baladí la nueva ubicación sistemática ni el rótulo adoptado pues, sin perjuicio de las reservas doctrinales en torno a la poca información que revela el macrotítulo XIII, entendemos con parte de la doctrina que el precitado título anida en su seno una serie de figuras en cuya esencia aparece el consumidor y el mercado como intereses prioritarios a proteger⁽²⁰⁾. De ahí, la importancia que le damos a la dogmática del bien jurídico como termómetro del sistema y baricentro del ilícito.

(16) Matiza en este sentido VALLE por boca de URÍA, que dicha definición no se “compadece con la realidad” pues “los derechos de propiedad industrial son derechos de uso o explotación exclusiva, derechos absolutos o de exclusión, que solamente se adquieren por virtud de la inscripción en el Registro Especial de la Propiedad. VALLE MUÑIZ, J.M., “De los delitos relativos a la propiedad industrial”, en AA.VV., *Comentarios al Código Penal* (dir. Quinterio Olivares, G., coord. Morales Prats, F.), vol. II, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 865.

(17) MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 497.

(18) GIMBERNAT ORDEIG, E., “El bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad industrial”, en *Libro Homenaje al Profesor Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 1412.

(19) MAPELLI CAFFARENNA, B., “Consideraciones en torno a los delitos contra la propiedad industrial”, en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Ed. Tecnos, Madrid, 2003, p. 1401.

(20) *Ibidem*.

Prima facie, ocurre apuntar en la génesis del debate doctrinal el papel predominante del bien jurídico en la configuración material del injusto, cuestión espinosa y compleja en cualquier estructura delictiva del Código Penal, y particularmente en este delito. Los delitos contra la propiedad industrial se recogen en el Capítulo XI del Título XIII del Libro II del Código Penal, en cuyo seno alberga los artículos 273 a 277. En la tarea de la determinación del objeto protegido interesa subrayar las dos posiciones de la doctrina que a día de hoy se han posicionado en esta cuestión, sin perjuicio de la jurisprudencia transversal que jalone el hilo argumental de nuestro discurso.

A la sazón, tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995 existen dos corrientes doctrinales enfrentadas acerca del bien jurídico-penal ínsito en la norma, cuales son: por un parte, las tesis que mantienen que estos delitos protegen tanto el derecho exclusivo del titular del bien jurídico como el interés patrimonial del consumidor; por otro lado, las tesis que mantienen que los delitos de la propiedad industrial protegen únicamente el derecho exclusivo del titular de la marca. Ni qué decir que la jurisprudencia menor ha prohiado —con algunas matizaciones— el cuerpo doctrinal de cada una de ellas, conformando un cuerpo doctrinal que baila al socaire de la sensibilidad de los magistrados de lo Penal y de las diversas Secciones de la Audiencia Provincial de Valencia en el conocimiento y fallo de los recursos de apelación. Profundicemos en este doble binario doctrinal sin mayor dilación⁽²¹⁾.

A) Opinión doctrinal que cifra el contenido esencial del objeto protegido tanto en el derecho exclusivo del titular de la propiedad industrial como en el interés patrimonial del consumidor

Parte de un sector doctrinal, entiende que el nódulo del objeto de protección no puede propender únicamente a la dimensión individual del interés merecedor de tutela, ya que la pluriofensividad del delito suscita que otros intereses de cariz supraindividual implementen el eventual daño irrogado al acervo patrimonial del titular de la propiedad industrial preterida.

El legislador penal pretende reprotger la identificación de los productos y servicios que se ofrecen al mercado; con ello, la vulneración de la propiedad industrial protege tanto un derecho de propiedad, singularmente en materia de patentes y modelos de utilidad como de protección del mercado y de los consumidores al castigarse determinados ataques a las marcas, habida cuenta de que éstas también son susceptibles de propiedad como identificadoras ante terceros de productos y servicios, en la medida en que la marca, modelo o dibujos

(21) Bien entendido que ese doble binario atiende a la doble vertiente de antijuridicidad y lesividad que convierte el comportamiento en disvalioso y merecedor de pena.

industriales sea de tal similitud con los originales que induzcan a los compradores a inclinarse por los defraudativos, de suerte que estos delitos exigen, amén de lo anterior, una distorsión del mercado y esta distorsión no se dará si el público no resulta engañado por la aparente pretendida similitud de las marcas ⁽²²⁾.

De tal suerte, este autor no hace más que apuntar la naturaleza pluriofensiva de este tipo de delitos, doble binario de ataque al bien jurídico que testimonia, por un lado, el respeto al patrimonio individual de las personas físicas y jurídicas y, por otro, los intereses de los consumidores en el ámbito de una economía libre de mercado, en cuyo seno el consumidor elija los bienes y servicios en unas condiciones idóneas de transparencia, libertad y sin (pérdida) de costes de oportunidad asociados a las confusiones y equívocos de las más graves infracciones en esta materia. Tal y como recientemente ha apuntado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 2.^a, de 2 de julio de 2009, siendo ponente de la misma D. José María Tomás y Tío:

“Esta doctrina jurisprudencial resulta totalmente aplicable al nuevo texto del artículo 274 del Código Penal. Hay que descartar la existencia de tipo penal y remitir a quien se crea perjudicado a la jurisdicción civil cuando no cabe error en el consumidor sobre la autenticidad del producto, bien sea debido a las deficiencias o baja calidad de éste, al lugar de venta, al precio, a las restantes condiciones en las que se ofrece al consumidor, desproporcionado en relación a lo que puede costar una prenda o producto auténtico, ni hay tampoco error en su potencial clientela que no se satisface con un producto falsificado o imitado y acudirá a comprar lo auténtico a los circuitos oficiales, por lo que no se irroga tampoco un perjuicio al fabricante o al titular de la marca” ⁽²³⁾.

Del mismo parecer es MUÑOZ CONDE, para quien en última instancia lo que el Derecho en esta materia es una competencia entre los empresarios que, al mismo tiempo posee un interés patrimonial privado, tiene igualmente un contenido socioeconómico en la medida en que incide también en los derechos de los consumidores ⁽²⁴⁾.

⁽²²⁾ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal. Parte Especial*, Ed. Atelier, Barcelona, 2002, p. 529.

⁽²³⁾ También, en el mismo sentido, entre otras, SSAP de Valencia núm. 15, Sección 5.^a, de 25 de enero de 2002; núm. 90, Sección 5.^a, de 17 de marzo de 2004; núm. 105, Sección 2.^a, de 24 de febrero de 2005; núm. 63, Sección 2.^a, de 8 de febrero de 2007; o núm. 1, Sección 3.^a, de 5 de enero de 2009.

⁽²⁴⁾ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal...*, cit., p. 497.

B) Opinión doctrinal que cifra el contenido esencial del objeto protegido en el derecho exclusivo del titular registral

Este segundo grupo de autores cifran el bien jurídico tutelado por la norma penal en la propiedad industrial, esto es, el derecho de uso y explotación en exclusiva que el ordenamiento jurídico confiere al titular de cada una de las modalidades de dicha propiedad especial⁽²⁵⁾. A esta corriente de opinión se adhieren, si bien con ciertas matizaciones periféricas gran parte del sector doctrinal, y con un carácter absoluto GIMBERNAT. Estos autores glosan como principio general, que el bien jurídico protegido por los delitos contra la propiedad industrial es únicamente el derecho al titular registral si bien excluyen la aplicación del tipo cuando el derecho del comprador no resulte vulnerado ni amenazado⁽²⁶⁾. Escribe VALLE MUÑIZ que el hecho de que los delitos relativos a la propiedad industrial se ubiquen en el mismo capítulo, pero en diferente sección, a los delitos relativos al mercado y a los consumidores no debe pasar desapercibido. Este tratamiento autónomo propende a una necesaria delimitación del objeto jurídico de tutela con respecto al más genérico del mercado o los consumidores. Por lo tanto, si se quiere que el bien jurídico desempeñe las funciones propias que le corresponden, debe optarse por una configuración concreta, tangible y claramente perfilada. Esto es: postular que bienes jurídicos cercanos a la macroeconomía, como el correcto funcionamiento del mercado o los intereses genéricos de los consumidores, priva al concepto de su capacidad de rendimiento en la labor hermenéutica del intérprete. En suma, reivindica este autor que el bien jurídico protegido debe identificarse con el derecho de uso o explotación exclusiva de los objetos amparados por un título de propiedad industrial previamente inscrito en la Oficina Española de Patentes y Marcas⁽²⁷⁾.

El profesor GIMBERNAT se ha posicionado sin complejos en la protección única y unidireccional del objeto de tutela: el derecho del titular registral, y no el patrimonial de los consumidores que, si resultara amenazado o vulnerado, daría entrada —en concurso con aquéllos— a un delito de estafa. En su aserto late a su juicio la nueva redacción del artículo 274.1, segundo inciso, ya que la conducta delictiva ahí tipificada parte inequívocamente de que la importación paralela de productos genuinos es punible sin el consentimiento de quien tiene el derecho exclusivo de la marca dentro del territorio nacional —y todo ello a pesar de que en estos casos el consumidor no resulta perjudicado en nada, pues

(25) JORDANA DE POZAS, L., “De los delitos relativos a la propiedad industrial”, en AA.VV., *Código Penal: Doctrina y Jurisprudencia* (dir. Conde-Pumpido Ferreiro, C.), vol. II, Ed. Trivium, Madrid, 1997, pp. 2954-2955.

(26) GIMBERNAT ORDEIG, E., “El bien jurídico protegido...”, cit., pp. 1422-1423.

(27) VALLE MUÑIZ, J.M., *Comentarios...*, cit., p. 791.

está adquiriendo mercancía original—, de donde se sigue, una vez más, que el único bien protegido por el artículo 274 es el derecho exclusivo del titular registral, siendo indiferente para que concurra el delito que además el consumidor resulte o no engañado, y sufra o no un perjuicio u obtenga un beneficio ⁽²⁸⁾.

Después de dibujar con ligeros trazos el paisaje doctrinal que reina en la materia, ha llegado la hora de que nos posicionemos en este punto. Hemos anticipado *supra* que la construcción de un sistema en razón del bien jurídico-penal como *ratio essendi* del hecho punible ⁽²⁹⁾ no puede despojarse del *ecosistema* que legitima su presencia: el Derecho penal económico en su vertiente patrimonial. Si tomamos como válido el aserto que el tipo no se agota en la acción, sino que más allá de ella es continente de una relación social especificada objetiva y subjetivamente mediante elementos descriptivos, normativos y psíquicos, obtenemos una situación social dotada de sentido y significación. Esto es, la relación entre norma y tipo es una relación dialéctica de afirmación y negación de una relación social concreta. En un Estado social y democrático de derecho la determinación de los bienes jurídicos se habrá de hacer considerando los individuos y sus necesidades antes que la conservación y funcionamiento del sistema social ⁽³⁰⁾. *Ergo* la plasticidad de la protección que el ordenamiento jurídico otorga al fomento y a la investigación del desarrollo tecnológico que tiende al aprovechamiento mercantil de quienes invierten su capital en el hallazgo de productos y generación de intangibles, no significa que la protección haya de ser exclusivamente penal. El principio de intervención mínima informa que sólo las infracciones más graves han de tener una relevancia penal que las haga acreedoras del reproche social de la pena. De ahí que estemos en plena sintonía con la dignidad del bien jurídico y su elevación al “mirador” de la dogmática y de la justicia penal, pues los bienes jurídicos no pueden únicamente girar en torno a una persona individual o de una colectividad considerada como globalidad, sino que están en función de las bases de existencia o de

(28) GIMBERNAT ORDEIG, E., “El bien jurídico protegido...”, cit., pp. 1434-1436.

(29) Ciertamente es que el hecho punible, cualquiera sea la concepción que adoptemos, es el “campo de batalla” de la relevancia penal de un comportamiento humano, donde se suscita el debate dialéctico entre la Dogmática y la Política Criminal, y donde el bien jurídico ostenta un papel estelar; a nuestro entender, este hecho punible se nos antoja como el momento estelar de la acción humana, y de ahí que tanto el hecho punible como el bien que protege la norma sean la verdadera esencia de un sistema.

(30) HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias (PPU), Santiago de Chile, 1991, pp. 153-154.

funcionamiento de un sistema democrático de relaciones sociales, esto es, de vínculos entre personas entrelazados en condiciones de libertad y dignidad⁽³¹⁾.

A la sazón, sostenemos plenamente la tesis de la pluriofensividad de los delitos contra la propiedad industrial, de manera que a nuestro juicio se protege el derecho del empresario a que sus bienes o servicios sean identificados sin género de dudas tanto en el mercado como en el ámbito de una economía libre de mercado. De tal suerte, es claro que la introducción en el mercado de bienes o servicios que generen confusión en el consumidor, omitiendo la posibilidad de identificarlo bajo su *código genético primario*, es el desvalor de la acción que entendemos colma el contenido de injusto de este tipo de hechos punitivos, ocasionando graves problemas al comercio y su transparencia.

III. ESPECIALIDADES PROCESALES EN LA TUTELA PENAL DE LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

Como hemos venido advirtiendo hasta ahora, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, ha llevado a cabo una amplia reforma del Código Penal vigente en España, con la finalidad de profundizar en la regulación de los delitos relativos a la propiedad industrial.

De esta suerte, se han previsto una serie de novedades procesales que implementan especialidades ya existentes en la persecución de los delitos contra la propiedad industrial; en sustancia, vienen referidas básicamente a la perseguibilidad, a la legitimación así como al procedimiento aplicable, siendo que *a priori* en este último supuesto, caso de que exista flagrante delito, se enjuiciarán los hechos a través del procedimiento del juicio rápido.

Dicho lo cual, nos es dable explicar con mayor detenimiento en qué consisten estos tratamientos procesales para la persecución, investigación y posterior enjuiciamiento de los delitos contra la propiedad industrial.

1. Perseguibilidad y legitimación

El art. 287 del CP establece las condiciones de perseguibilidad para actuar contra los delitos previstos en la Sección 3.^a, siendo de suyo necesario denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales, salvo que la comisión del delito afecte a los intereses generales o una pluralidad de personas.

El precitado artículo se refiere a los delitos relativos al mercado y a los consumidores, erigiéndose la denuncia para este tipo de hechos criminales como condición objetiva, necesaria e ineludible de procedibilidad al tiempo que

(31) Ibídem.

presupuesto *orgánico* para la viabilidad del proceso ⁽³²⁾, al ser preceptiva aquélla para su persecución.

Sin embargo, tras la reforma del año 2003, tanto para la Sección 1.^a “De los delitos relativos a la propiedad intelectual” como para la Sección 2.^a, “De los delitos relativos a la propiedad industrial”, ya no es necesaria la denuncia como requisito de procedibilidad, pues serán perseguibles de oficio.

Esta nueva condición o *marca* de delitos públicos implica, qué duda cabe, un gran avance en la lucha contra el fenómeno criminal con una herramienta procesal hasta ahora inédita. Recordemos, que con la anterior redacción del precepto, al exigirse denuncia previa del agraviado, se impedía así la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que presenciaban transacciones *extra commercium* y claramente antijurídicas; en esta tesitura, la impotencia —procesal— de no poder intervenir al no existir denuncia previa del ofendido por el delito, se traducía en una absoluta impunidad de los infractores de los derechos de propiedad industrial ante la imposibilidad material de vigilancia en los lugares susceptibles de perpetrarse este tipo de actividades. La única excepción que legitimaba la intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad era el supuesto de que la conducta delictiva afectase a una “pluralidad de afectados” o a los “intereses generales”; con todo, conviene matizar que en muchas ocasiones la interpretación irresoluta de qué se entiende por “pluralidad de afectados e intereses generales” ⁽³³⁾, hacía excesivamente volátil la actuación de la fuerza pública. A la sazón, la persecución de estos hechos únicamente se verificaba cuando se hubiese presentado previamente denuncia por el agraviado a fin de que las actuaciones que se habían iniciado no resultaran declaradas nulas, y ser por ello la actuación policial absolutamente inane.

No obstante ello, existían casos siquiera excepcionales en cuya virtud la Policía Judicial practicaba una serie de actuaciones preliminares desde la *notitia criminis*, averiguaciones que no ostentaban una mera cobertura formal —pues no se tenía noticia del hecho criminal por la denuncia del ofendido—, sino por otro tipo de eventualidades tales como la pura y simple observación visual de los funcionarios policiales o controles preventivos, sólo que una vez iniciadas estas diligencias, el perjudicado interponía denuncia, suscitándose una controversia en cuanto a la legalidad de dichas actuaciones.

(32) ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, J.R., *El atestado policial completo: pieza clave en los juicios rápidos y delitos contra la seguridad del tráfico, relativos a la propiedad intelectual e industrial y a la violencia doméstica y de género*, Ed. Tecnos, Madrid, 2007, p. 227.

(33) A este extremo se refiere la SAP de Córdoba, Sección 2.^a, de 16 de junio de 2004. En ella se exponen todas las interpretaciones sobre los términos “intereses generales” y “pluralidad de afectados” empleados en el art. 287 del CP.

Frente a dicho anatema, las Audiencias Provinciales tomaron el camino más corto entre dos puntos: prohijar la añeja doctrina del Tribunal Supremo sobre la falta de denuncia previa subsanable con la denuncia posterior, referida empero a otros ambientes criminógenos diferentes a éste que nos ocupa⁽³⁴⁾. En esta coyuntura, se inclinaron por estimar que esas primeras actuaciones encaminadas a la averiguación de los delitos se encuadraban en el marco de las “diligencias de prevención”, adoptando la denuncia posterior efectos *ex tunc*, y sanando por ende el defecto de la ausencia de denuncia de que pudieran adolecer las prácticas judiciales instructoras obradas con anterioridad a su interposición. Con dicho proceder, estas prácticas no podían ser declaradas nulas sino anulables, toda vez que la denuncia posterior no era susceptible de ser incardinada en la esfera de la vulneración de derechos por obtención ilícita de la fuente de prueba⁽³⁵⁾.

Para evitar esta laguna procesal, esta situación se resolvió a través de la Ley Orgánica 38/2002, de 24 de octubre, sobre procedimiento de enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas⁽³⁶⁾, modificando el art. 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Con esta nueva redacción, se otorga a la Policía Judicial la prerrogativa de realizar las primeras diligencias de prevención y aseguramiento respecto a los delitos relativos a la propiedad industrial⁽³⁷⁾, aun en el supuesto de ausencia de denuncia. Las precitadas diligencias

(34) Si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a la que se acogieron las Audiencias Provinciales, hacía referencia a otros hechos criminales diferentes, no obstante existía un nexo común entre todos ellos, el tratarse de delitos semipúblicos, ostentando todos estos tipos de delito la misma problemática forense, la iniciación de actuaciones policiales de averiguación del delito antes de que se presente la denuncia del ofendido por él. La doctrina del Supremo existente en esta materia se recoge básicamente en las siguientes sentencias: SSTS núm. 2542, de 15 de noviembre de 1993; núm. 168, de 14 de febrero de 1995; y núm. 709, de 19 de abril de 2000.

(35) Entre otras pueden consultarse las siguientes, todas ellas referidas a investigaciones por delitos contra la propiedad industrial: SAP de las Islas Baleares, Sección 2.^a, núm. 209, de 23 de noviembre de 2001; SAP de Barcelona, Sección 2.^a, núm. 269, de 20 de marzo de 2002; o la SAP de Barcelona, Sección 2.^a, núm. 382, de 8 de mayo de 2003.

(36) BOE núm. 258, de 28 de octubre de 2002, corrección de errores en BOE núm. 281, de 23 de noviembre de 2002.

(37) Tal y como establece el art. 13 de la LECRIM, se consideran como “primeras diligencias” las de consignar las pruebas de delito que puedan desaparecer, recoger y poner en custodia cuando conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por él, a sus familias u a otras personas.

son la recogida de pruebas e instrumentos del delito, así como la detención de los presuntos responsables⁽³⁸⁾.

Con la mentada reforma, tal y como hemos venido reiterando, se permite —y se constriñe— la actuación de oficio de la Policía Judicial, afianzando aún más la legalidad de las diligencias de prevención en esta materia con la nueva regulación del art. 287 del CP, y convirtiendo a la sazón los delitos contra la propiedad industrial en delitos públicos y, por tanto, perseguibles de oficio. *Ergo* los Juzgados de Instrucción tienen la potestad —y la obligación— de abrir diligencias penales sin hallarse subordinados a la denuncia del damnificado, dándose un salto de calidad en las herramientas procesales para la lucha contra los delitos relativos a la propiedad industrial.

En esta tesitura argumental, la iniciación de un proceso de oficio ha de cumplir con las exigencias previstas en el art. 771 de la LECRIM. A saber: A la mayor brevedad posible y, en cualquier caso, durante la detención si ésta se practicara, la Policía Judicial tiene el deber de informar al ofendido y al perjudicado por el delito de forma escrita de los derechos que les asisten de acuerdo con lo establecido en los artículos 109 y 110 de la LECRIM. Asimismo, se instruirá al ofendido de su derecho a mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querrela, se les informará sobre la eventualidad de su no personación en el proceso, y salvo renuncia expresa o reserva del ejercicio de acciones civiles, el Ministerio Fiscal las ejercitará si fuere el caso.

Amén de todo ello, en el ofrecimiento de acciones a los agraviados por los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el art. 771.1.II de la LECRIM añade una especialidad: la citación o emplazamiento en los distintos trámites del proceso se realizará a aquellas personas, entidades u organizaciones que ostenten la representación legal de los titulares de dichos derechos.

De esta suerte, se realiza un reconocimiento expreso de legitimación propia en el supuesto de la propiedad intelectual, sin la necesidad de acreditar en cada

(38) Ya en el Reglamento CEE 3295/94, de 22 de diciembre, (DOL núm. 341, de 30 de diciembre de 1994), en su art. 4 se permitía a las Aduanas suspender el levante y retener una mercancía en la que se encontraran indicios de usurpación de marca o que se pudiera tratar de una mercancía pirata, con arreglo a las normas vigentes en el Estado miembro de que se tratara, durante un plazo de tres días laborables, con el objetivo puesto en la notificación de este extremo a los titulares de los derechos, para que realizaran las acciones oportunas. Este extremo ha sido mantenido en el Reglamento 2003/1383/CE, de 22 de julio (DOL núm. 196, de 2 de agosto de 2003), el cual derogó al anterior.

caso la representación otorgada por los titulares de los derechos de la propiedad intelectual ⁽³⁹⁾.

Así las cosas, las sociedades encargadas de proteger y defender los derechos e intereses inherentes a la propiedad intelectual no poseen la obligación legal de acreditar la representación de todos y cada uno de sus miembros o socios. Para ello, basta la autorización administrativa que habilite la gestión y los Estatutos debidamente aprobados ⁽⁴⁰⁾, a diferencia de lo que sucedería en los delitos contra la propiedad industrial, que serán los propios afectados los que se constituyan como parte procesal y no una entidad que gestione sus derechos. Con lo cual, será necesario aportar Certificados del Registro de la Marca, o de la titularidad del derecho, una prueba de los productos falsificados, y en el supuesto de actuar a través de representación legal, un documento público con o sin intervención de fedatario público que así lo acredite.

2. Consideraciones en torno a la fase de instrucción: entrada y registro en lugar cerrado, peritaciones, depósito y destino de los efectos intervenidos

Bien es cierto que la realidad criminológica de los delitos contra la propiedad industrial tiene su hábitat natural en la vía pública y lugares destinados a la compraventa de productos varios, que no empece a que, en no pocas ocasiones, se realicen grandes operaciones —de numerario en el ámbito de la criminalidad organizada— en lugares en los que se tenga conocimiento de manufacturación de productos explotados sin licencia, o de aquéllos en los que se falsea la marca registrada.

Para tal envite, se llevará a cabo una diligencia de entrada y registro en lugar cerrado, contando con la preceptiva autorización judicial ante el hipotéti-

⁽³⁹⁾ Se incluirían en este caso, la cesión de los derechos intelectuales a un tercero, o la concesión a entidades creadas al efecto de su representación legal para la defensa de sus derechos dentro y fuera del ámbito judicial, sin que por ello, los titulares de los derechos dejen de serlo, ni que pierdan las facultades de capacidad y legitimación para defenderlos individualmente cuando lo estimen conveniente (art. 150 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, anterior 135 de la Ley de Propiedad Intelectual de 12 de abril de 1996, BOE núm. 97, de 22 de abril de 1996, que pasó a esta enumeración por Ley 5/1998, de 6 de marzo, BOE núm. 57, de 7 de marzo). Con ello no venimos más que a describir el fenómeno de las adhesiones obligatorias a las entidades de gestión de la propiedad intelectual, constituyendo el caso más paradigmático de este tipo de entidades la SGAE.

⁽⁴⁰⁾ En este sentido vid., entre otras, las SSTS núm. 954, de 18 de octubre de 2001; núm. 851, de 24 de septiembre de 2002; núm. 928, de 15 de octubre de 2002; núm. 40, de 31 de enero de 2003; núm. 439, de 10 de mayo de 2003; núm. 1334, de 12 de diciembre de 2006; o núm. 961, de 20 de septiembre de 2007.

co hecho de encontrarse los efectos en un domicilio en el que se proyecte su vida privada. El derecho a la inviolabilidad del domicilio consagrado en el art. 18 de la CE, no es un derecho que ostente un carácter absoluto desde una óptica constitucional, pudiendo ser restringido lícitamente cuando la limitación se autoriza para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, cual es la represión de un delito grave en atención a la pena u otras circunstancias que justifiquen tal calificación. Ni que decir tiene que la decisión sobre su limitación se deja en manos del Poder Judicial, concretamente del Juez de Instrucción, a quien corresponde la ponderación de los intereses en juego mediante un juicio acerca de la proporcionalidad y necesidad de la medida, que deberá efectuar teniendo en cuenta los elementos y datos disponibles en el momento en que se adopta.

Sin embargo, si el lugar en el que se practica esta diligencia tiene la condición de almacén, este lugar no puede ser objeto de la protección constitucional prevista en el art. 18 de la CE. Para una jurisprudencia más que consolidada del Tribunal Constitucional, el contenido esencial del concepto de “domicilio” abarca lo siguiente: aquel espacio apto para desarrollar la vida privada, considerándose como “domicilio” a efectos de protección constitucional, aquel lugar en el que las personas poseen un legítimo acceso y uso, sin estar sujetos necesariamente a los usos y convenciones sociales, ejerciendo su libertad más íntima⁽⁴¹⁾, categoría que no puede apreciarse en un local destinado a almacén. Aquellos lugares cerrados que, por su afectación, tengan un destino o sirvan a cometidos incompatibles con la idea de privacidad, tales como almacenes, fábricas, oficinas y locales comerciales⁽⁴²⁾ quedan excluidos de la garantía constitucional del art. 18.2 de la CE.

En los registros de estos lugares se aprehenderán todos los productos falsos o falsificados y se incautará toda la documentación contable. Será aconsejable que se halle presente un perito de marcas, para ilustrar a los miembros de la Policía Judicial acerca de qué artículos son falsos y cuáles no, pues en no pocas ocasiones la *praxis* demuestra que, como táctica elusiva de cualquier responsabilidad criminal, los autores del delito confunden mercancías auténticas y falsas, poseyendo incluso facturas del distribuidor oficial, para presentarlas como justificante autorizador de distribución de la marca.

Para ello, a nuestro juicio conviene no romper la cadena de custodia, con el objetivo de no albergar ninguna duda acerca de los artículos que han de constituir el objeto de una ulterior diligencia pericial. Lo habitual en estos casos será

(41) Entre otras muchas vid. SSTC núm. 22, de 17 de febrero de 1984 y núm. 94, de 31 de mayo de 1999.

(42) En este sentido vid., entre otras, SSTC núm. 228, de 16 de diciembre de 1997 y núm. 283, de 27 de noviembre de 2000; SAP de Barcelona, Sección 2.ª, núm. 707, de 18 de septiembre de 2007.

que, una vez aprehendidos los efectos del delito, y etiquetados cuáles son falsos o falsificados y cuáles auténticos, se seleccione y separe una muestra de cada artículo. Esta acción selectiva se hará constar en un acta, firmada y rubricada por todos los intervinientes, siendo conveniente que el Secretario Judicial dé fe de ello si estuviera presente en el acto de entrada y registro.

Con la anterior regulación, una vez incautados los efectos y realizada la separación de éstos para la peritación, se dejaba el material requisado en depósito en los mismos almacenes en que se practicaron las diligencias de entrada. Es claro que, no existiendo dependencias policiales o judiciales suficientes para garantizar su custodia, se corriese el peligro de destrucción o pérdida de pruebas, como sucediese en incendios dolosos o robos para sustraer los efectos del delito.

Para solventar esta contingencia, la LO 15/2003 añadió un nuevo párrafo al art. 338 de la LECRIM, autorizando la destrucción de los efectos intervenidos en relación con la comisión de delitos contra la propiedad intelectual e industrial, una vez que hubieran sido examinados pericialmente; y posteriormente, la disposición final primera de la Ley 18/2006, de 5 de junio, sobre eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, modificó el citado art. 338 y añadió un nuevo capítulo, en concreto el II bis, al Título V del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “De la destrucción y la realización anticipada de los efectos judiciales”.

Con esta nueva reforma, el art. 338 de la LECRIM deja de ocuparse de la destrucción de los efectos intervenidos, para que este asunto lo contemplen los arts. 367 bis a 367 sexies de la LECRIM.

De esta guisa, actualmente se podrá decretar la destrucción de los efectos judiciales intervenidos en relación con la comisión de delitos contra la propiedad intelectual e industrial, una vez que tales efectos hayan sido examinados pericialmente, dejando muestras suficientes, cuando resultare necesaria o conveniente por la propia naturaleza de los efectos intervenidos o por el peligro real o potencial que comporte su almacenamiento o custodia, previa audiencia al Ministerio Fiscal y al propietario, si fuere conocido, o a la persona en cuyo poder fueron hallados los efectos cuya destrucción se pretende.

En todo caso, se extenderá la oportuna diligencia y, si se hubiera acordado la destrucción, deberá quedar constancia en los autos de la naturaleza, calidad, cantidad, peso y medida de los efectos destruidos. Si no hubiese tasación anterior, también se dejará constancia de su valor cuando su fijación fuere imposible después de la destrucción.

El examen pericial previo a la destrucción de los artículos incautados deberá efectuarse en virtud del art. 797.2 ante el juez de guardia, con la participación de todas las partes para garantizar la posibilidad de contradicción entre ellas, y no incurrir en ninguna clase de indefensión, preconstituyéndose esta diligencia

pericial en prueba. Para ser valorada como prueba en el acto de juicio oral, durante la práctica de la diligencia, se documentará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario Judicial, con expresión de los intervinientes, invocándose en la vista por la parte a quien interese la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia, en los términos del artículo 730.

Estas nuevas disposiciones normativas se introdujeron, amén de por las mencionadas dificultades para conservar y custodiar con absoluta seguridad los efectos incautados, por el hecho de que se hiciera acopio de una gran cantidad de mercancías falsas, pues con la introducción de las nuevas tecnologías, se acortan los plazos para su fabricación, y ello implica la existencia de un gran material falso o falseado en el mercado, llegando a intervenir la fuerza instructora de la Policía una cantidad exorbitante de dichos productos. En consecuencia, con esta nueva regulación se ponen fin a estos inconvenientes pero, sin embargo, se añaden otras cuestiones controvertidas y complejas de resolver:

- a) Con la práctica de una diligencia pericial preconstituida⁽⁴³⁾, cuyos objetos sometidos a pericia son posteriormente destruidos, puede suceder que en ese momento procesal, uno de los sujetos no tuviera la condición de imputado sino de testigo, y que con posterioridad se decida por el Juez instructor imputarle. Así, en este supuesto, nos surge la duda más que razonable de si no se habría incurrido en indefensión por no haber estado presente en aquella diligencia de imposible reproducción el que en ese momento procesal era testigo, pero que posteriormente pasa a tener la condición de imputado.
- b) Por otro lado, esta diligencia pericial no se puede constreñir a la determinación del valor de los materiales aprehendidos a los efectos de la responsabilidad civil acumulada a la penal (art. 109 del CP), solamente podrá invocarse como prueba de cargo en el acto de juicio.

(43) Debemos reseñar que los informes periciales actualmente son realizados por un Grupo de Trabajo Especializado, creado por la Comisaría General de la Policía Científica del Cuerpo Nacional de Policía, para solventar el inconveniente manifestado por no contar con los peritos suficientes en la materia, obligando a acudir la mayoría de las veces a los propios facultativos de las marcas, con lo cual los Abogados de la defensa alegaban vicios en los informes periciales, por falta de imparcialidad, impugnando los mentados dictámenes.

- c) Por último, la prueba pericial preconstituida puede presentar unas peculiaridades técnicas muy espinosas, pues no va a poseer la misma trascendencia procesal una pericial referida a la venta ambulante de un *Compact Disc*, que la referida a una patente de invención⁽⁴⁴⁾.

3. Novedades en los actos de investigación

Esta clase de hechos criminales se halla entre las actividades más desarrolladas por el crimen organizado, que ha visto como aliado perfecto o instrumento para este tipo de delitos la gran bolsa de inmigrantes ilegales que se encuentran en España. Ciertamente es que los inmigrantes son una mano de obra abundante, barata, a la que se puede explotar en condiciones de semi-esclavitud, convirtiéndose éstos al socaire de su situación de marginalidad en autores de delitos contra la propiedad industrial, al tiempo que víctimas del propio delito, o lo que es lo mismo, simples marionetas en manos de las mafias.

Con esta finalidad, se ha introducido en el art. 282.bis.4 de la LECRIM, como delitos cometidos habitualmente por la delincuencia organizada, los relativos a la propiedad intelectual e industrial, otorgando legitimación de esta manera para su persecución e investigación cuando estemos en actividades propias del crimen organizado a los “agentes encubiertos”, cuando así se estime conveniente por el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez.

Por su parte, en el ámbito comunitario, para hacer frente a esta nueva problemática criminal, se ha incluido dentro de la enumeración del art. 9 de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre Orden Europea de Detención y Entrega, los delitos contra la propiedad industrial, en cuya esencia se llevará a término la extradición de un sujeto autor de este tipo de hechos criminales sin la necesidad de contrastar el requisito de punición del país de la autoridad judicial de ejecución, extralimitándose la pena máxima de prisión que se establece en España en el mencionado precepto.

4. Acomodamiento al procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos

La LO 15/2003 también introdujo un apartado h) en el art. 795.1.2.^a de la LECRIM, para una mejor persecución de estos hechos típicos, de modo que en caso de flagrancia, los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial

(44) PONS VIVES, A., “Protección penal de la marca en la LO 15/2003”, en *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, núm. 83, 2004, p. 50.

previstos en los arts. 270, 273, 274 y 275 del CP, serán enjuiciados por el procedimiento de los juicios rápidos.

El término flagrancia debe entenderse en el sentido del art. 795.1 de la LECRIM, es decir: “El que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente *in fraganti* aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él”.

A nuestro juicio, este precepto es sumamente criticable por lo siguiente: Si bien se han excluido de este ámbito de enjuiciamiento los arts. 271 y 276 del CP, no ya por exceder del límite penológico competencial —5 años de privación de libertad o 10 de diferente naturaleza—, sino por la investigación compleja que se llevaría a cabo, no quiere decirse con esto que el resto de delitos que se pueden juzgar a través de este procedimiento sea de “instrucción sencilla” ⁽⁴⁵⁾. En los supuestos del *top manta* —venta de CDs y DVDs— y de comercialización de mercadería falsa como gafas, bolsos, y productos de marroquinería similares, asuntos que a simple vista parecen ser susceptibles de practicarse diligencias urgentes, al requerirse siempre una serie de pruebas periciales, hacen que los juicios fijados en estos delitos sean prácticamente inoperantes.

IV. CONCLUSIONES

Los derechos relativos a la propiedad industrial, en la mayoría de países —incluido el nuestro—, han sido escasamente considerados, careciéndose hasta la fecha de políticas públicas que garanticen su protección.

Esta ausencia de protección ha generado en este punto la proliferación de organizaciones criminales, perfectamente estructuradas en sus labores de fabricación, distribución y venta de productos falsos.

⁽⁴⁵⁾ La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2003, de 7 de abril, sobre Procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado, entiende que “estaremos ante un delito de sencilla instrucción siempre que se prevea, en atención al hecho y sus circunstancias, que será posible llevar a cabo dentro del plazo del servicio de guardia la práctica de las diligencias de instrucción necesarias para formular calificación, atendiendo a su número y a su complejidad, y que podrán llevarse a cabo igualmente los trámites procesales (comparecencia con las partes y resoluciones de la audiencia de los artículos 798 y 800) del enjuiciamiento rápido”.

Para combatir este fenómeno criminal, en nuestra opinión, se debe actuar principalmente desde varios frentes: mediante una mayor información y sensibilización ciudadana dirigida a los consumidores, un mayor control y vigilancia de las actividades desarrolladas en el sector privado y el empleo de medios legales que hagan efectivo el ejercicio de estos derechos industriales.

Con la finalidad de garantizar dichos derechos, se verificó un cambio de política legislativa, encaminada a mejorar la tutela penal de estos delitos a través de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Con las reformas operadas por dicha Ley en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, nos parece que se ha mejorado mucho en la tutela penal de los bienes jurídicos protegidos en los delitos contra la propiedad industrial.

Con todo, y aun cuando la introducción de estas nuevas medidas legales, son un elemento imprescindible para erradicar esta clase de hechos criminales, creemos que existe un componente social en los países desarrollados, que hace difícil la desaparición de este fenómeno criminal: el consumo voraz y exacerbado que existe hoy en día —y que en cierto modo ha tenido un papel relevante en el origen de la actual crisis económica mundial—.

A esta sociedad consumista y malgastadora, se le debe poner punto y final. A la inmensa mayoría de ciudadanos les gusta lucir y presumir de artículos de lujo, pero a su vez, no están en disposición del poder adquisitivo suficiente para realizar su compra.

De este modo, adquiriendo un artículo de marroquinería imitador de una determinada marca, además de poseer un precio más que atractivo, y bajo el consuelo de no estar cometiendo ninguna inmoralidad —pues la gran mayoría de ciudadanos tiene en mente que la calidad de la marca acreditada no es proporcional al precio desorbitado que se paga—, lo que se hace es “estafar al estafador”. Empero a veces el árbol impide ver el bosque, y se desconoce que detrás de esa compra ilícita existe toda una organización criminal que explota a seres humanos, incluidos a menores de edad. Ante tal comportamiento social intolerable sería del todo deseable el desarrollo de campañas de sensibilización ciudadana, promovidas por las instituciones públicas, con la finalidad puesta en una mayor concienciación sobre los bastidores que hay detrás de la compra de ese bolso, gafas de sol o cartera imitadora de una marca comercial de prestigio.

En este orden de cosas, consideramos que las nuevas herramientas de persecución contra este tipo de delitos eran necesarias pero, sin embargo, existe una serie de problemas que no se han tomado en consideración.

Nos estamos refiriendo al colectivo de inmigrantes ilegales, que se hallan absolutamente desprotegidos, trabajando para estas mafias en condiciones inhumanas, y que en definitiva serán los condenados por la comisión de este tipo de delitos —pues son los fabricantes o vendedores de los productos ilícitos—, sin alterar en lo más mínimo a la estructura organizativa criminal. Si se actuara contra un almacén en el que se fabricaba y distribuía artículos falsos o

falseados: se incautaría el material ilícitamente manufacturado y todos los utensilios operativos destinados al efecto; serían responsables criminalmente las personas que trabajaban para los mandos de la asociación delictiva de tipo organizada; se alquilarían locales nuevos y se adquirirían nuevas máquinas; se procurarían nueva mano de obra a la que poder explotar; y volverían a emplear las mismas redes de comercialización que ya disponían. En suma, el perjuicio económico para estas tramas criminales será poco menos que inane.

Por todo ello, consideramos esencial la adopción de mecanismos suficientes para erradicar este tipo de asociaciones criminales que explotan un perfil criminológico de sujetos en principio maleable y que, que aunque parezca difícil de imaginar, proporciona unas ganancias muy superiores a las que pudieran generar el contrabando, el tráfico ilícito de drogas o el tráfico ilícito de seres humanos.

V. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

AA.VV., *Propiedad industrial II* (dir. FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M.), Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, J.R., *El atestado policial completo: pieza clave en los juicios rápidos y delitos contra la seguridad del tráfico, relativos a la propiedad intelectual e industrial y a la violencia doméstica y de género*, Ed. Tecnos, Madrid, 2007.

ARNAIZ SERRANO, A.; MORENO CATENA, V.; LOREDO COLUNGA, M.; LÓPEZ JIMÉNEZ, R., *Derecho procesal penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

ARRIBAS, J. y LLORET, L., “La protección de patentes esenciales para estándares mediante la intervención de las autoridades aduaneras”, disponible en: <http://www.togas.biz/articulos/Prop-Industrial-e-Intelectual/Propiedad-Industrial--Patentes-y-Marcas/La-proteccion-de-patentes-esenciales-para-estandares-mediante-la-intervencion-de-las-autoridades-aduaneras.html> (fecha de consulta: 10 de junio de 2009).

BACIGALUPO ZAPATER, E., “La protección penal de los derechos industriales”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 3, 2001, disponible en: http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_03-07.html (fecha de consulta: 18 de agosto de 2009).

CABAÑAS GARCÍA, J.C., “Legislación aplicada a la práctica: especialidades procesales en la persecución de los delitos contra la propiedad industrial e intelectual”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 6, 2004, pp. 87-93.

DEL ROSAL BLASCO, B., *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

FERNÁNDEZ, G.D., *Bien jurídico y sistema del delito: un ensayo de fundamentación dogmática*, Ed. Julio César Faira, Montevideo, 2004.

GIMBERNAT ORDEIG, E., “El bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad industrial”, en AA.VV., *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Ed. Civitas, 2005, pp. 1412-1438.

GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Curso de derecho penal de los negocios a través de casos: reflexiones sobre el desorden legal*, Ed. Colex, Madrid, 2001.

HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Bien jurídico y Estado Social y democrático de Derecho*, Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Santiago de Chile, 1992.

JAKOBS, G., *Fundamentos de derecho penal*, trad. Cancio Meliá, M. y Peñaranda Ramos, E., Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.

— *Derecho penal. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Cuello Contreras, J. y Serrano González de Murillo, J.L., Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

— “¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en JAKOBS, G. y CANCIO MELIA, M., *El sistema funcionalista del derecho penal: ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho penal* (Lima, 29, 31 de agosto y 01 de setiembre del 2000), Ed. Instituto Peruano de Ciencias Penales, Piura, 2000, pp. 43-60.

JORDANA DE POZAS, L., “De los delitos relativos a la propiedad industrial”, en AA.VV., *Código Penal: Doctrina y jurisprudencia* (coord. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.), vol. II, Ed. Trivium, Madrid, 1997, pp. 2952-2977.

LARRIBA HINOJAR, B., *La tutela penal del diseño industrial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

MAPELLI CAFFARENA, B., “Consideraciones en torno a los delitos contra la propiedad industrial”, en AA.VV., *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo: Libro Homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir* (coord., DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.), Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 1401-1422.

MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte General*, Ed. Reppertor, Barcelona, 2008.

— “Límites del normativismo en Derecho penal”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 7, disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf> (fecha de consulta: 18 de agosto de 2009).

MIRA BENAVENT, J., “Función del Derecho penal y forma de Estado”, en AA.VV., *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. II, Ed. Universitat de València, Institut de Criminologia, Valencia, 1997, pp. 393-417.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional III*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

NESTLER, C., “La protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes”, en *La insostenible situación del derecho penal*, Ed. Comares, (Albolote) Granada, 2000, pp. 63-78.

PONS VIVES, A., “Protección penal de la marca en la LO 15/2003”, en *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, núm. 83, 2004, pp. 48-55.

PORTELLANO DÍEZ, P., “Los nuevos delitos contra la propiedad industrial: reflexiones de un mercantilista”, en *Revista de derecho mercantil*, núm. 221, 1996, pp. 721-772.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal. Parte especial*, Ed. Atelier, Barcelona, 2002.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., “La protección penal de los derechos de propiedad industrial”, en *Diario La Ley*, núm. 7033, 2008, disponible en: <http://diariolaley.laley.es> (fecha de consulta: 18 de agosto de 2009).

SEGURA GARCÍA, M.J., *Derecho penal y propiedad industrial*, Ed. Civitas, Madrid, 1995.

— *Los delitos contra la propiedad industrial en el Código Penal español de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, J.M. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “El art. 31.2 del Código Penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2006, disponible en: http://www.indret.com/pdf/343_es.pdf (fecha de consulta 18 de agosto de 2009).

VALLE MUÑIZ, J.M., “De los delitos relativos a la propiedad industrial”, en AA.VV., *Comentarios al Código Penal* (dir. QUINTERIO OLIVARES, G., coord. MORALES PRATS, F.), vol. II, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 865-901.

OBTENCIÓN Y UTILIZACIÓN DE LA PRUEBA TRANSNACIONAL

ROSA ANA MORÁN MARTÍNEZ

*Fiscal. Coordinadora de la Sección de Cooperación Judicial Internacional
de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado*

RESUMEN

La obtención y la validez de la prueba obtenida en el extranjero es un tema emergente en relación con las investigaciones relativas a delincuencia organizada transnacional. Los Convenios internacionales tienen cada vez más en cuenta el problema de las diferencias entre las garantías procesales del lugar donde se obtienen y donde se valoran las pruebas. El TS español mantiene un criterio amplio, sobre todo en la admisión de la prueba procedente países de la UE. Otros países realizan una doble valoración teniendo en cuenta su propio sistema de garantías además de las del país donde fueron obtenidas. La conclusión general es que en este momento la regla más común es realizar ese doble control. El futuro, sobre todo en la UE, pasa por la vía del reconocimiento mutuo y por la armonización de las garantías procesales.

Palabras clave: Prueba transnacional.

Exhorto europeo. Cooperación judicial penal. Armonización de garantías procesales.

ABSTRACT

Obtaining evidence abroad and its subsequent validity in Courts is today an important problem in relation to organized transnational crime. International Treaties must increasingly take into account the differences between the procedural guarantees in the country where the evidence is obtained and the country where it is to be used. The Spanish Supreme Court has a broad criteria, above all, when the evidence originates in a EU member state. Others countries take into consideration the guarantees system in both countries. A general conclusion at present is to apply this double control. In future the solution, above all in the EU, will be to extend mutual recognition and harmonize procedural guarantees.

Key words: Transnational evidence.

European evidence warrant. Mutual legal assistance in criminal matters. Common criminal standards.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
 - II. SOLICITUD DE LA PRUEBA TRASNACIONAL.
 - III. NORMAS QUE REGULAN LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA TRASNACIONAL.
 - 1. **Autoridad competente para emitir y ejecutar las solicitudes de cooperación judicial internacional.**
 - IV. UTILIZACIÓN DE LA PRUEBA OBTENIDA EN EL EXTRANJERO.
 - 1. **Validez de pruebas obtenidas anteriormente en un país extranjero: Transmisión de procedimientos.**
 - V. FUTURA HOMOGENEIZACIÓN EN LAS GARANTÍAS PROCESALES EN LA UNIÓN EUROPEA.
 - VI. EXHORTO EUROPEO PARA LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS.
 - 1. **Ámbito de aplicación del exhorto.**
 - 2. **Garantías y procedimientos para la ejecución del exhorto.**
 - 3. **Previsiones de futuro.**
-

I. INTRODUCCIÓN

La innegable frecuencia con la que en el momento actual se presentan conexiones internacionales en los delitos conduce indefectiblemente a la realización de investigaciones transnacionales. La necesidad de obtención y práctica de pruebas en el extranjero es una consecuencia ineludible del nuevo escenario en el que la delincuencia, especialmente la organizada y grave, actúa y produce efectos más allá del territorio de un solo Estado.

La transnacionalización de la delincuencia nos sitúa ante un escenario sin fronteras en el que es obligado acudir a los mecanismos de auxilio judicial internacional para ejecutar diligencias en el extranjero. Contamos con diversos mecanismos de cooperación que están siendo notoriamente mejorados con el esfuerzo de las organizaciones internacionales, especialmente en el ámbito de la Unión Europea. Sin embargo, subsisten problemas tanto para la obtención de pruebas en territorio extranjero como para su utilización en el momento de juicio oral.

El fundamento de la cooperación judicial internacional no es otro que superar las fronteras, procurar que éstas no sean un obstáculo para las investigaciones de los delitos por las autoridades competentes y que los delincuentes no encuentren refugio donde esconderse.

La eliminación de barreras para la detención y entrega de delincuentes, superando el viejo mito de país-refugio, ha experimentado un enorme avance. En primer lugar, y desde un ámbito geográfico amplio, a través de la mejora del funcionamiento del mecanismo de la extradición. El número de entregas extradicionales ha crecido extraordinariamente, partiendo de la general concienciación de la necesidad de una colaboración universal entre Administraciones de Justicia en el combate contra la delincuencia transnacional organizada. En segundo lugar, en un ámbito regional de integración como la Unión Europea, sustituyendo la extradición, que implica la petición y colaboración rogada entre Estados, por la orden europea de detención y entrega —en adelante OEDE— que supone un mecanismo puramente procesal de colaboración entre autoridades judiciales competentes basado en el principio de reconocimiento mutuo.

Sin embargo, el otro objetivo de la cooperación al que nos referíamos, que las fronteras no sean un obstáculo para la investigación de los delitos, sigue siendo un *desiderátum* contra el que se alzan múltiples dificultades.

Debido a la limitación territorial de los poderes jurisdiccionales, cuando deba practicarse una diligencia de investigación fuera de las fronteras del país de la autoridad investigadora sólo cabe acudir a los mecanismos de auxilio judicial internacional para proseguir la investigación. Huelga poner ejemplos, que en un mundo globalizado se multiplican: supuestos de testigos residentes en el extranjero, registros a practicar en locales de otro país, escuchas telefónicas, informaciones sobre transacciones comerciales internacionales, investigaciones patrimoniales en entidades financieras extranjeras, etc. El elenco de situaciones es innumerable.

Los instrumentos para lograr esta colaboración internacional son cada vez más numerosos. Los Convenios internacionales de cooperación penal, ya sean genéricos o relativos a materias concretas, o de ámbito universal, regional o bilateral, son los que principalmente establecen las fórmulas para la asistencia de las autoridades extranjeras. En organizaciones regionales como la Unión Europea los Convenios tradicionales, que mantienen el elemento de cooperación a través de una petición como un elemento gubernamental de colaboración entre Estados, están siendo sustituidos —al igual que en el caso de la entrega de sujetos procesales— por el mecanismo de reconocimiento mutuo. El principio de reconocimiento mutuo, como decíamos, elimina la intervención gubernativa, para convertir el auxilio judicial internacional en un elemento más de derecho procesal que conlleva relación directa entre autoridades judiciales competentes sin intervención gubernamental alguna.

El reconocimiento mutuo supone la aceptación por la autoridad judicial de ejecución de una resolución adoptada por las autoridades judiciales competentes de otro Estado, dando por buenos los hechos declarados probados que no pueden ponerse en cuestión, ni ser objeto de revisión. Partiendo del reconocimiento de la resolución extranjera, el principio exige además la ejecución de lo

ordenado en esa resolución con la única excepción de la posible concurrencia de alguno de los escasos motivos de no reconocimiento específicamente determinados.

Apuntalando esta visión genérica del nuevo escenario de la cooperación judicial internacional, conviene también destacar que junto a los Convenios tradicionales y a los instrumentos de reconocimiento mutuo en la Unión Europea, y con el objeto de facilitar su aplicación y favorecer los contactos entre autoridades judiciales extranjeras, se han ido creando otro tipo de mecanismos, no normativos, facilitadores de la cooperación como son los Magistrados de enlace, la Red Judicial Europea, IberRed o Eurojust.

Los progresos realizados en estos últimos años en este ámbito han mejorado y facilitan notoriamente la cooperación judicial internacional, sin embargo, no dejan de subsistir obstáculos. Concretamente, y ciñéndonos al tema que nos ocupa, la prueba trasnacional, las dificultades se derivan esencialmente de que el trabajo se desarrolla en campos esencialmente heterogéneos. Hay que tener en cuenta que la prueba que se solicita por un país se obtiene en otro con diferentes normas procesales y debe ser posteriormente transmitida para que pueda, en su caso, ser utilizada como evidencia en el juicio que se desarrolla en el país que la solicitó.

La ausencia de uniformidad es claramente notoria en este campo. Las diferencias nacionales en los sistemas de investigación de los delitos no se limitan a contrastes entre regulaciones procesales, ni a la existencia de distintos niveles de garantías y protección de derechos fundamentales, sino que las discrepancias están en cuestiones aún más básicas. No se trata sólo de si en un país se requiere autorización judicial motivada para la práctica de una diligencia o no, las diferencias son mucho más profundas y residen en el asimétrico diseño de los procedimientos de investigación e incluso en un desigual sistema de atribución de competencias entre autoridades. El problema de cuál sea la autoridad competente para la obtención de las pruebas subsiste en la actualidad y es uno de los temas candentes en relación con la prueba trasnacional.

Todas estas diferencias, junto al desconocimiento por parte de las autoridades de un país de los sistemas procesales del otro, derivan en desconfianza y provocan dificultades para que la obtención y utilización de la prueba trasnacional, que en teoría no está especialmente mal diseñada en Convenios y normas de reconocimiento mutuo, se desarrolle con eficacia.

Las soluciones a estos problemas vendrán por distintas vías y desde luego los avances no van a estar al mismo nivel en la Unión Europea que en otros espacios geográficos. En lo que nos afecta, y teniendo en cuenta que aproximadamente el 90 por 100 de nuestra cooperación judicial internacional se ciñe al ámbito europeo, el análisis que se desarrolla a continuación de la problemática de esta prueba trasnacional presta una especial atención al desarrollo del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia.

II. SOLICITUD DE LA PRUEBA TRASNACIONAL

La necesidad de practicar una diligencia de investigación en el extranjero exige normalmente la redacción de una solicitud internacional de auxilio conocida en nuestro derecho procesal como comisión rogatoria internacional. La comisión rogatoria es un instrumento procesal por el cual la autoridad judicial de un Estado (Estado requirente o de emisión) solicita de la autoridad competente de otro Estado (Estado requerido o de ejecución), la práctica dentro del territorio de su jurisdicción, de un acto de instrucción o de cualquier diligencia, especialmente la obtención de una prueba.

Debido al momento en que fue redactada nuestra legislación procesal contiene escasas referencias al auxilio judicial internacional. La LOPJ y la Ley de Enjuiciamiento Criminal contienen exclusivamente normas básicas referidas a la forma de solicitar o prestar la cooperación judicial internacional.

El art. 277 de la LOPJ prevé que “la cooperación se prestará por los Juzgados y Tribunales españoles de conformidad con lo establecido en los Tratados y Convenios internacionales en los que España sea parte y, en su defecto, en razón de la reciprocidad”. La LECrim, en sus artículos 193 y 194, hace igualmente referencia al cumplimiento en España de los exhortos procedentes del extranjero conforme al derecho convencional de los Tratados suscritos y al principio de reciprocidad.

En resumen y en general la norma a aplicar para la práctica de una diligencia en el extranjero estará en primer lugar en un convenio internacional y en su defecto se aplicará la regla de la reciprocidad. Este es un principio prácticamente universal, independientemente de que exista o no una regulación más o menos exhaustiva o incluso una ley específica de cooperación judicial internacional o no. La regulación de este ámbito es esencialmente internacional y se encuentra en los textos de los Tratados y Convenios suscritos entre los países implicados en cada caso. Por tanto, la primera regla para la obtención de la prueba trasnacional es conocer el Convenio que ampara la solicitud que se va a realizar y señalar en la propia Comisión Rogatoria el Convenio cuya aplicación se invoca.

Para facilitar la redacción de las solicitudes existen ya múltiples modelos o incluso sistemas de redacción automatizados que guían los pasos del redactor para evitar posibles omisiones en la información proporcionada⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Algunos de estos son: el *Compendium* de la Red Judi<http://www.ejn-crim-just.europa.eu/compendium.aspx> Europea: <http://www.ejn-crimjust.europa.eu/compendium.aspx>. Otro sistema automatizado similar se contiene en la web de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el delito: <http://www.unodc.org/mla/es/faq.html>. Y en España en la web www.prontuario.org.

III. NORMAS QUE REGULAN LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA TRASNACIONAL

La ejecución de las diligencias solicitadas en el extranjero se realizará en la mayoría de las ocasiones conforme a las normas del Estado de ejecución. La autoridad judicial que proceda a la ejecución de una comisión rogatoria aplica ordinariamente las normas procesales de su propio país. Así lo prevé el artículo 3 del Convenio de Cooperación Judicial en materia penal del Consejo de Europa de 1959 que establece que: “La parte requerida hará ejecutar, en la forma que su legislación establezca, las comisiones rogatorias relativas a un asunto penal que le cursen las autoridades judiciales de la Parte requirente y que tengan como fin realizar actuaciones de instrucción o transmitir piezas probatorias, expedientes o documentos”.

Sin embargo, la aplicación de esta regla no es siempre sencilla cuando nos movemos en un escenario trasnacional. En muchos casos puede darse confusión entre el lugar de la práctica de una diligencia y el lugar donde ésta surte efecto. Basta pensar en escenarios tan comunes como una declaración por videoconferencia o la intervención de conversaciones telefónicas. Joachim R. Vogel⁽²⁾, recuerda la distinción entre *lex fori* y *lex loci*: el Derecho del foro (*lex fori*) sería el aplicable por el Juez que realiza la investigación y solicita la ejecución y el Derecho local (*lex loci*) sería la del Estado donde tiene lugar la ejecución de la diligencia de investigación.

Estas legislaciones pueden divergir en cuestiones importantes y decisivas que impiden en muchos casos la prestación del auxilio solicitado. Vogel cita como ejemplo la obligación de las autoridades alemanas de rechazar una solicitud de intervención de comunicaciones por un delito de estafa solicitado por otro Estado, porque en la República Federal Alemana no se puede ordenar la intervención de telecomunicaciones por tal delito.

Por otro lado, que las diligencias solicitadas en virtud de cooperación judicial internacional se practiquen conforme a las normas del país requerido no siempre resulta favorable a la cooperación. Teniendo en cuenta que la prueba obtenida va dirigida a tener efectos en el país requirente, los convenios internacionales contemplan cada vez más habitualmente excepciones a la regla de ejecución conforme a las normas del Estado de ejecución. Así, el propio art. 3 del Convenio de 1959, prevé que “Si la Parte requirente desea que los testigos o los Peritos declaren bajo juramento, lo hará constar expresamente en la petición

(2) Joachim R. VOGEL, “La prueba trasnacional en el proceso penal: Un marco para la teoría y praxis” en *La prueba en el Espacio Europeo de libertad, seguridad y justicia penal* CEJ-Thomson Aranzadi, 2006, p. 57.

y la Parte requerida cumplirá esta petición si no se opone a ello la Ley de su país”.

Pero, sobre todo, matiza esta norma general hasta ahora examinada, la disposición del art. 4 del Convenio relativo a la Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Países Miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000 —en adelante Convenio de 2000— cuando establece que “el Estado requerido observará las normas expresadas por el requirente, salvo disposición en contrario del propio Convenio, y siempre que dichos trámites y procedimientos no sean contrarios a los principios fundamentales del Derecho del Estado miembro requerido”.

La posibilidad de que las autoridades de emisión soliciten que las diligencias se ejecuten en determinadas condiciones y bajo la observación de concretas formalidades, a la par que la obligación impuesta a las autoridades de ejecución de respeto de esas formalidades obligará a las autoridades emisoras a concretar expresamente en sus solicitudes aquellas garantías que son requisito de validez de la prueba en su país.

Debe recordarse que no rige aquí el principio *iura novit curia*, el Convenio de 2000 no obliga a las autoridades judiciales de ejecución a conocer el derecho extranjero, ni a investigar cómo se practican las diligencias en el Estado requirente. Al contrario, la regla general de ejecución conforme a las normas del Estado requerido sigue vigente incluso en este convenio. En realidad, la observación de las normas del Estado requirente es una excepción y sólo se exige a la autoridad de ejecución el respeto a las formalidades “expresamente indicadas” por la autoridad de emisión, de forma que, en caso de ausencia de solicitud enunciada la autoridad extranjera ejecutará conforme a sus propias normas.

El informe explicativo de este Convenio trata de aclarar y limitar el significado de esta disposición: “Mediante esta disposición se pretende facilitar el uso de la información obtenida a través de la asistencia judicial como prueba en las fases subsiguientes del procedimiento incoados en el Estado miembro requirente. Los términos «trámites y procedimientos» deben interpretarse en sentido amplio y pueden incluir, por ejemplo, la situación en la que una solicitud indique que deberá permitirse la presencia de las autoridades judiciales del Estado requirente o del representante de la defensa en una prueba testifical. Teniendo en cuenta la carga que esto podría suponer para el Estado miembro requerido, el Estado miembro requirente debería indicar únicamente los trámites y procedimientos indispensables para sus investigaciones”.

Pero consciente del significado y consecuencias de esta nueva regla para la práctica del auxilio judicial el propio convenio prevé excepciones. Por ejemplo, las entregas vigiladas se llevan a cabo conforme a las normas del Estado de ejecución al igual que las investigaciones realizadas por agentes encubiertos que también se realizarán conforme a las normas del Estado en que se lleven a cabo. También se prevén disposiciones especiales para las videoconferencias y la intervención de telecomunicaciones.

Precisamente en la profusa regulación de la intervención de las comunicaciones de los artículos 17 a 21 del Convenio de 2000 se establece la necesidad de observación de la legislación del Estado requirente, con la salvedad de que el requerido sólo accederá a la intervención de las comunicaciones si él mismo hubiera podido adoptar tal medida en circunstancias similares. Esta advertencia supone un claro reconocimiento de que dentro incluso del limitado ámbito de la Unión Europea las diferencias en las garantías y estándares de protección de la intimidad y el secreto de las comunicaciones subsisten y son tan importantes como para impedir la cooperación judicial demandada.

Las Decisiones Marco que en el ámbito europeo han ido incorporando el principio de reconocimiento mutuo para diversas resoluciones judiciales mantienen la regla ordinaria de ejecución de las diligencias conforme a las normas del Estado requerido⁽³⁾, con alguna mención al respeto a las formalidades indicadas por el país requirente, pero manteniendo en esencia, y más aún que el

(3) Art. 5 de la Decisión Marco de 22 de julio de 2003 *relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas*: "... Cuando sea necesario garantizar la validez de las pruebas admitidas, y siempre que esas formalidades y procedimientos no sean contrarios a los principios fundamentales de Derecho en el Estado de ejecución, la autoridad judicial del Estado de ejecución también observará las formalidades y los procedimientos expresamente indicados por la autoridad judicial competente del Estado de emisión a la hora de ejecutar la resolución de embargo preventivo de bienes o de aseguramiento de pruebas. ... 2. Las medidas coercitivas complementarias que pueda requerir la resolución de embargo preventivo de bienes o de aseguramiento de pruebas se tomarán según las normas procesales aplicables en el Estado de ejecución".

Art. 12 de la Decisión Marco de 6 de octubre de 2006 *relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso*: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3, la ejecución de la resolución de decomiso se regirá por el Derecho del Estado de ejecución y únicamente sus autoridades serán competentes para decidir sobre los procedimientos de ejecución y para determinar las medidas correspondientes".

Art. 9 de la Decisión Marco de 24 de febrero de 2005 *relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias*: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 del presente artículo y en el artículo 10, la ejecución de la resolución se regirá por la legislación del Estado de ejecución del mismo modo que si se tratara de una sanción pecuniaria del Estado de ejecución. Las autoridades del Estado de ejecución serán las únicas competentes para determinar el procedimiento de ejecución y todas las medidas correspondientes al mismo, incluidos los motivos de suspensión de la ejecución".

Artículo 12 de la Decisión Marco *relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas* de 18 de diciembre de 2008: "La autoridad de ejecución observará las formalidades y procedimientos expresamente indicados por la autoridad de emisión salvo que la presente Decisión Marco disponga lo contrario y siempre que tales formalidades y procedimientos no sean contrarios a los principios jurídicos fundamentales del Estado de ejecución. El presente artículo no dará origen a una obligación de adoptar medidas coercitivas".

Convenio de 2000 la necesidad de respeto de las formalidades y procedimientos del país de ejecución.

Por otro lado, en todos los Convenios y también en las Decisiones Marco que incorporan el principio de reconocimiento mutuo, a la vez que recogen la cláusula de observación de las garantías o formalidades solicitadas por el país requirente se establece la salvedad de respeto a los principios generales del Estado de ejecución que nunca estará obligado a ejecutar una diligencia que contradiga o provoque una lesión injustificada de los derechos fundamentales tal y como están regulados en su propia legislación.

Si tenemos en cuenta la combinación de ambas reglas, las pruebas trasnacionales, sobre todo con la aplicación del Convenio de 2000, van a ser obtenidas con el respeto al nivel más alto de garantías y formalidades, sean éstas las del Estado de emisión o las del de ejecución o una combinación de ambas. Más aún si se mantienen interpretaciones como la contenida en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de abril de 2009, en el caso de la conocida como “Operación Tigris”, (STS de 21/12/2009) respecto al respeto de las garantías en el país de emisión. La sentencia se pronuncia en relación con el control por la autoridad emisora de las garantías de la diligencia que se va a practicar en el extranjero. Impone en realidad la necesidad de un doble control de las garantías de los derechos fundamentales en la obtención de la prueba trasnacional. De forma que el órgano judicial que requiera la obtención de una prueba debe solicitarla a la autoridad de ejecución aplicando las mismas formalidades y garantías que exigiría para su obtención en España.

El tema de debate en esta sentencia se refiere a la nulidad, finalmente acordada, de una prueba consistente en la interceptación y revelación de los contenidos de correos electrónicos entre los acusados. El caso es especialmente complicado ya que el texto de los mensajes había sido obtenido por las autoridades españolas a través de varias fuentes. En todo caso, respecto a lo que nos interesa, el Juzgado había librado comisiones rogatorias a las autoridades de los EEUU solicitando la remisión del contenido de esos mensajes, y a consecuencia de ellas se obtuvo —conforme a la legislación de EEUU como país de ejecución— un mandamiento del Magistrado Juez de la Corte de Distrito de Estados Unidos, mandamiento que fue ejecutado por el FBI recogiendo y enviando la información al órgano emisor. Pese a ello la prueba se consideró nula en tanto que el Juez español había solicitado la prueba a través de una comisión rogatoria sin haber dictado previamente un auto motivado autorizando la intervención de esas comunicaciones.

En el fundamento tercero de esta sentencia dedicado al análisis de la validez de la prueba practicada se afirma: “La facultad de control de la procedencia de la injerencia del derecho fundamental que se está produciendo en España, aunque se requiera el concurso de una autoridad extranjera, es indelegable en aquélla, sin perjuicio de que ésta pueda establecer también sus medios de con-

trol de acuerdo con su ordenamiento jurídico. En otras palabras, en un caso como el presente, la circunstancia de que la información que se quiera obtener se encuentre ocasionalmente almacenada o ubicada en el extranjero no debe exonerar al juez español de sus obligaciones jurisdiccionales en relación con la restricción de los derechos fundamentales de personas que se encuentran bajo su jurisdicción en España, y cuyos derechos fundamentales se encuentran protegidos, precisamente por la jurisdiccionalidad, como uno de los requisitos esenciales para su posible restricción. La comisión rogatoria es un mero instrumento de ejecución del acuerdo previo de restricción de derechos fundamentales, adecuadamente motivado, que en el presente caso debió haber sido adoptado....”

La idea de la necesidad de mantener el control por el órgano emisor se plasma claramente cuando mantiene que “A juicio de la Sala, tampoco en este caso la mera emisión de la comisión rogatoria cumple la función de resolución judicial a que se refiere el art. 18.3 de la CE, ni en sí misma considerada, ni lleva consigo tampoco una delegación o transferencia válida de esta facultad al juez o autoridad extranjera que ha de cumplimentar la ayuda judicial solicitada”.

Entendido de esta forma, el auxilio judicial tradicional conlleva en muchos casos la exigencia de doble intervención en el país de emisión y en el país de ejecución. Y en lo que se refiere a la intervención de comunicaciones así lo dispone también el artículo 18 del Convenio de 2000 que cuando establece los requisitos que debe reunir la comisión rogatoria para solicitar una intervención de comunicaciones establece en su punto 3.b) la necesidad de hacer contar la “confirmación de que existe un mandamiento o una orden de intervención legal en relación con una investigación penal”.

Por otro lado, mientras no se extienda el principio de reconocimiento mutuo, las valoraciones contenidas en el auto de autorización del Juez emisor no son suficientes para suplir tampoco el control de garantías que lleva a cabo la autoridad de ejecución. El órgano competente para la ejecución analizará conforme a su propia legislación la concurrencia de los requisitos para proceder a la práctica de la diligencia solicitada. Así se deriva, por ejemplo, de lo dispuesto en el artículo 18.5.b) del Convenio de 2000, también en relación con las intervenciones telefónicas, donde se establece que “en el caso de las solicitudes cursadas de conformidad con lo dispuesto en la letra b) del apartado 2, cuando se le facilite la información indicada en los apartados 3 y 4 y a condición de que él mismo hubiera adoptado la medida solicitada en un caso nacional de características similares. El Estado miembro requerido podrá supeditar su consentimiento a las condiciones que deberían observarse en un caso nacional de características similares”.

1. Autoridad competente para emitir y ejecutar las solicitudes de cooperación judicial internacional

Como se advertía en la introducción, cuando se habla de prueba trasnacional nos encontramos en un escenario dominado esencialmente por las diferencias entre sistemas procesales que conlleva implícito un principio inicial de desentendimiento.

La prueba está dirigida a surtir su efecto en el juicio oral donde se practica ante el órgano judicial bajo los principios de inmediación. Éste es un principio casi universal, con la excepción de los escasos ejemplos de subsistencia de sistemas inquisitivos escritos. Sin embargo, esta cierta homogeneidad que puede predicarse de la última fase del procedimiento penal no existe en absoluto en las fases de investigación e intermedia.

Las diferencias en la organización de las fases previas del procedimiento alcanzan incluso a las autoridades encargadas de llevarlas a cabo. Habida cuenta que una gran parte de la cooperación judicial internacional se produce en estas primeras fases con el objeto de obtener informaciones, documentos, objetos, declaraciones, etc. que permitan comprobar los hechos y teniendo en cuenta también que estas informaciones, documentos, objetos, etc. van a ser presentados como prueba en el juicio oral, la problemática está servida.

La colaboración se solicita por la autoridad encargada de las investigaciones en un país a la autoridad encargada de este tipo de investigaciones en el otro. En muchos casos ello significa la solicitud de una autoridad policial o gubernativa de un país a una autoridad judicial de otra o viceversa.

El problema no es nuevo y la solución sólo puede alcanzarse desde el conocimiento, el respeto y la confianza mutua.

El Convenio del Consejo de Europa de Asistencia Judicial en materia penal de 1959, que es el Convenio modelo en esta materia, soluciona esta cuestión precisamente desde el respeto a la diferencia. Este Convenio determina su ámbito de aplicación y para ello necesita definir lo que es un procedimiento penal ya que es en su desarrollo en el que se producen las solicitudes de auxilio.

El art. 1 del Convenio de 1959, afirma que el Convenio será de aplicación “a los procedimientos relativos a infracciones cuya represión, en el momento de pedir asistencia, sea de la competencia de las autoridades judiciales de la parte requirente”. La delimitación se completa con la declaración que, conforme a lo dispuesto en el art. 24 del Convenio, cada Estado debe presentar al ratificarlo, especificando quiénes deben entenderse incluidos en su país dentro del concepto “autoridad judicial”.

Como se señalaba las enormes diferencias en los sistemas de investigación de los delitos impidieron ya en 1959 y siguen impidiendo⁽⁴⁾ una definición homogénea de autoridades judiciales. Los Estados de tradición anglosajona suelen entender excesivamente limitada una referencia a la autoridad judicial en la que se incluyen únicamente Jueces, Tribunales y miembros del Ministerio Público, en tanto que, en sus territorios, las autoridades encargadas de la investigación de las infracciones penales y por tanto quienes emiten estas comisiones rogatorias son autoridades que tienen desde el punto de vista español una clara naturaleza administrativa o policial.

El resultado es que en algunos de estos Estados al realizar la declaración del art. 24 del Convenio de 1959 han otorgado la calidad de autoridad judicial a autoridades puramente policiales o administrativas⁽⁵⁾. Es cierto que el extravagante panorama que resulta de esta flexibilidad debe concordarse con las legislaciones internas en estos países donde algunas de las autoridades administrativas designadas carecen de competencias para emitir comisiones rogatorias ya que se limitan a actuar como transmisoras de éstas en los casos en que pueda actuar como autoridad central.

Aunque en teoría el problema está resuelto con la idea de respeto y confianza mutua, en la práctica se producen fricciones. Por otro lado, en el ámbito europeo contamos con las declaraciones de los Estados determinando quiénes son autoridades judiciales, pero esto no suele ocurrir en otros Convenios multilaterales o bilaterales y, en ocasiones, el desentendimiento y los diferentes roles de autoridades con el mismo nombre conducen a denegaciones de cooperación.

Recientemente el Tribunal Supremo Federal de Brasil, en Sentencia de 26 de febrero de 2008, denegó la cooperación solicitada por la Fiscalía de Suiza para practicar unos embargos al considerar que el Ministerio Público de ese país

(4) La redacción de las Decisiones Marco en materia de reconocimiento mutuo en la Unión Europea se ha encontrado con la misma dificultad, optando la mayoría de ellas por remitir a la definición interna para determinar las autoridades competentes para emitir o ejecutar una decisión. Ésta es la solución del art. 2.a) de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas, al definir Estado de emisión remite a la definición interna el concepto de autoridad judicial: Estado de emisión: El Estado miembro en el que una autoridad judicial, tal y como se defina en el Derecho interno del Estado de emisión haya dictado, validado o confirmado de alguna forma una resolución de embargo preventivo de bienes o aseguramiento de pruebas en relación con una causa penal. Igual ocurre en el art. 3 de la Decisión Marco relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso de 6 de octubre de 2006, y algo similar en el art. 2 de la Decisión Marco de 24 de febrero de 2005, relativa a la ejecución de sanciones pecuniarias.

(5) Las reservas y declaraciones de cada Estado tanto al artículo 24 como a otros artículos pueden ser consultados en la web: <http://conventions.coe.int>.

no era autoridad judicial y no podía emitir comisiones rogatorias. Esta sentencia, que comprometía gravemente todo el sistema de cooperación internacional con Brasil al imponer su concepto interno de autoridad judicial al orden internacional, fue afortunadamente recurrida por el Ministerio Fiscal de Brasil y finalmente y tras grandes debates fue revocada por decisión del Tribunal Supremo de abril de 2009 que reconoce la necesidad de respeto a la organización judicial de cada país.

IV. UTILIZACIÓN DE LA PRUEBA OBTENIDA EN EL EXTRANJERO

La segunda parte de la problemática generada por la prueba trasnacional es que una vez obtenidas y puestas a disposición del Tribunal Juzgador, la aplicación de distintos estándares de garantías puede suponer que las diligencias practicadas no puedan ser utilizadas como prueba válida en el proceso celebrado en el Estado requirente.

Se suceden las alegaciones de nulidad de la prueba obtenida en el extranjero y éste es uno de los problemas centrales de la prueba trasnacional.

La primera pregunta a plantear a la hora de valorar la validez de la prueba es: ¿qué normas aplica el Juez del foro para valorar la validez de la prueba que fue obtenida en el extranjero?

En España, hasta ahora, el Tribunal Supremo ha mantenido en la mayoría de las ocasiones la validez de las pruebas obtenidas conforme a las normas del Estado de ejecución en tanto se hayan ejecutado conforme disponen los Convenios de aplicación.

Cabe citar varias sentencias: La STS de 26 de marzo de 1995 consideró que podían ser valoradas unas intervenciones telefónicas realizadas en Italia conforme a las normas italianas, ya que el Estado de ejecución, Italia, actuó conforme a lo dispuesto en el mencionado artículo 3 del Convenio de Asistencia Judicial en materia Penal de 1959. En el mismo sentido la STS de 3 de marzo de 2000 mantiene que es misión del TS “la supervisión de que la actividad probatoria tenida en cuenta por el Tribunal Sentenciador se ha practicado con todas las garantías, así como el cumplimiento de las normas en cuanto a la incorporación a la causa de pruebas practicadas en el extranjero por el cauce de una comisión rogatoria, sin que ello implique que las pruebas obtenidas en el extranjero deban pasar por el tamiz de las normas españolas, debiéndose estar a las normas y garantías que para la obtención de las pruebas rigen en el país en el que se han obtenido o practicado”.

Pese a esta contundente afirmación no ha entrado el Tribunal Supremo en ninguna ocasión a valorar si esas pruebas fueron practicadas conforme a las normas procesales del país de obtención. Sin embargo, no sería extraño que, si

se llegara a plantear por alguna parte, el Tribunal español pudiera analizar si esa prueba fue obtenida válidamente en el lugar en que se logró entrando los jueces a valorar la aplicación del derecho extranjero. La Sentencia del TS 340/2000, de 3 de marzo, hace una afirmación respecto a la forma de actuar correcta, en ese caso de las autoridades francesas, cuando afirma que “En modo alguno consta irregularidad por parte de las Autoridades francesas en la obtención y ocupación de la documentación”.

Conviene tener en cuenta a estos efectos que el derecho extranjero debe probarse y como recuerda el Auto 395/2003, de 11 de diciembre, del Tribunal Constitucional, la ausencia de garantías en relación con los actos practicados en el extranjero debe ser probado por quien lo alega.

En otros casos el propio Tribunal Supremo parece mantener la posibilidad de hacer esa valoración que no realiza porque no se ha alegado. Así la STS 1142/2005, de 20 de septiembre, mantiene la validez de las comisiones rogatorias ejecutadas en Portugal afirmando que “... no procede por el Juez español someta al contraste de la legislación española las actuaciones efectuadas vía Comisión Rogatoria en otro país, según su propia legislación. Ya la STS 974/1996, de 9 de diciembre, declaró que «... en el ámbito judicial europeo no cabe hacer distinciones sobre garantías de imparcialidad de unos u otros Jueces ni del respectivo valor de los actos ante ellos practicados en forma...». La existencia de un Espacio Judicial Europeo en el marco de la Unión, no consentiría otra situación, y en todo caso no se ha cuestionado la legalidad de la comisión rogatoria desde la perspectiva de la propia legalidad portuguesa”.

Otros países sí llevan a cabo ese análisis de validez conforme al derecho del país de obtención y hay ejemplos que nos afectan muy directamente. El Reino Unido en varias ocasiones y previa alegación de las defensas ha entrado a analizar pruebas obtenidas en otro país europeo juzgando sobre su validez conforme a la legislación de ese país. Con minuciosidad y contando con presencia de expertos en el derecho extranjero los Jueces ingleses han entrado a juzgar si las normas de otro país fueron respetadas en la obtención de una prueba.

Los Tribunales británicos han mantenido (*R. v Quinn* 1990) que los jueces ingleses no pueden esperar que los requerimientos procesales británicos sean seguidos en otras jurisdicciones. Sin embargo, la Jurisprudencia británica mantiene un límite al afirmar que si los procedimientos seguidos para la obtención de una prueba son en ojos británicos intrínsecamente injustos es improbable que puedan superar el baremo derivado de la sección 78 de PACE (Police and Criminal Evidence Act 1984)⁽⁶⁾. En realidad, se analiza la prueba con el doble rasero de las normas del lugar donde fueron obtenidas además del examen

⁽⁶⁾ Vid *R. v Konsol* 1993.

general conforme al derecho británico para la exclusión de pruebas injustas de la sección 78 de la Ley de 1984⁽⁷⁾.

Son probablemente los Tribunales del Reino Unido los que en más ocasiones y con más profundidad se han enfrentado a la valoración de pruebas obtenidas en el extranjero. En parte ello deriva de la particularidad de este país en relación con las audiciones y transcripciones de las interceptaciones de las comunicaciones que son hoy un tipo de prueba esencial en todos los países europeos. Los Tribunales ingleses no admiten la audición en el juicio oral de las grabaciones obtenidas en interceptaciones telefónicas⁽⁸⁾ acordadas por sus autoridades y practicadas en su territorio, no obstante, admiten la audición de las conversaciones grabadas cumpliendo la legalidad de los Estados que las hubieran acordado incluso aunque afecten a conversaciones mantenidas en todo o en parte en su propio territorio⁽⁹⁾.

En España, tratándose del ámbito europeo, el Tribunal Supremo español ha añadido, como razón para validar la prueba, la confianza mutua en las garantías comunes vigentes en todo el espacio judicial europeo. Así se expresa en la STS de 10 de enero de 2003 "... no corresponde a los Tribunales españoles verificar la cadena de legalidad de las actuaciones realizadas por los funcionarios extranjeros y afirma que existe al respecto un consolidado cuerpo jurisprudencial en relación con las consecuencias derivadas de la existencia de un espacio judicial europeo, en el marco de la Unión fruto de la comunión en unos mismos valores y garantías compartidos entre los países de la Unión, aunque su concreta positividad dependa de las tradiciones jurídicas de cada Estado, pero que en todo caso salvaguarda el contenido esencial de aquellos valores y garantías".

(7) Section 78 of PACE: "Exclusion of unfair evidence (I) In any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it.

(2) Nothing in this section shall prejudice any rule of law requiring a court to exclude evidence".

(8) La Ley de 1985 en su sección segunda admite que el "Home secretary" autorice interceptaciones telefónicas "for the purpose of preventing or detecting serious crime". Sin embargo, la solución tradicional es preservar el régimen general de investigación de las autoridades que vería disminuida su efectividad si las grabaciones fueran reveladas y se tuviera así acceso y conocimiento de las formas de investigación de las autoridades y fuerzas de seguridad. Esas grabaciones son sin embargo fuente válida para la detección del delito y la obtención de otras pruebas derivadas de lo escuchado. El material grabado no puede ser oído ni usado como prueba en el juicio.

(9) Vid. *House of Lords. Regina v P*. 2002.

Este principio de respeto a las pruebas obtenidas en el extranjero conforme a la legislación del país de ejecución se reitera en la STS 886/2007, de 2 de noviembre, en la que citando la anterior STS 1345/2005, de 14 de octubre, se dice respecto a unas comisiones rogatorias ejecutadas en Italia que “En definitiva se está en presencia de un caso de libre circulación de pruebas en el proceso penal, en el espacio de Libertad, Seguridad y Justicia que es la Unión Europea en el marco del Convenio Europeo de Asistencia judicial en materia penal”.

La confianza de nuestro Tribunal Supremo en el espacio de Libertad, Seguridad y Justicia es realmente encomiable pero difícilmente podemos compartir, más que como un deseo, que la Unión Europea haya alcanzado ese estatus y nos encontremos ante un espacio con “libre circulación de pruebas”.

Otro ejemplo de la gran confianza de nuestro alto Tribunal en la cooperación en el ámbito europeo se encuentra en la STS 630/2008, de 8 de octubre, donde se declara válida la comunicación del resultado de una comisión rogatoria a través del Magistrado de Enlace en Italia. Se afirma en esta sentencia que “El contenido de la información fue comunicado por la autoridad italiana correspondiente al Magistrado de Enlace Español en Italia y éste lo comunicó a su vez en oficio de 16 de abril de 2007 al Presidente de la Sección IV de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Cuestionar la validez del informe del Magistrado de Enlace supone desconocer la normativa de cooperación internacional existente, singularmente dentro de la Unión Europea”. Pese a que se observa cierta confusión entre el papel de Eurojust y los Magistrados de Enlace, cuyas funciones son diferentes aunque su regulación se encuentre en la misma Ley 16/2006, de 26 de mayo, lo que denota esta sentencia es, una vez más, la confianza de nuestro Tribunal en la cooperación judicial en Europa.

Lamentablemente esta posición de confianza no es tan común en otros países europeos y, por otro lado, convendría alertar respecto a lo que pueda suceder en el futuro con esta Jurisprudencia en relación con la aplicación del Convenio de 2000. Como se decía, el art. 4 del Convenio de 2000 modifica las normas para la ejecución de las comisiones rogatorias. Conforme a este Convenio la autoridad emisora tiene la posibilidad de solicitar a la autoridad de ejecución el cumplimiento de trámites y procedimientos, por ello, a partir de la aplicación de este Convenio, podría darse el caso de alegaciones sobre la inobservancia de determinadas garantías debidas a la omisión de su constancia en la solicitud por parte de la autoridad española requirente.

Es decir, las posibilidades abiertas por el Convenio de 2000 obligarían a la autoridad requirente a concretar expresamente en las solicitudes de auxilio aquellas garantías “indispensables” que son requisito de validez de la prueba con el fin de evitar posibles alegaciones de nulidad derivadas de la falta de respeto a las garantías previstas en nuestro ordenamiento.

1. Validez de pruebas obtenidas anteriormente en un país extranjero: Transmisión de procedimientos

La solicitud de auxilio judicial a través de comisión rogatoria es la forma más común para la práctica de una diligencia probatoria en el extranjero pero no es la única.

La internacionalización de la delincuencia supone también la existencia de conflictos de jurisdicción, generalmente positivos, derivados de la confluencia de la competencia de distintas jurisdicciones respecto a un mismo hecho delictivo.

Los problemas que generan los conflictos de jurisdicciones son muchos y su solución no es sencilla, pero en muchos Convenios internacionales se reconocen reglas de atribución de competencia y se establecen mecanismos de acuerdo entre Estados para la determinación de la jurisdicción más adecuada para conocer de un determinado asunto.

En el caso de conflicto positivo, cuando se alcanza un acuerdo entre los países implicados, ya se han iniciado procedimientos y practicado investigaciones en ambos Estados. Lo que procede en estos casos es aprovechar todo el material recopilado, para lo que se acordará formalmente el traslado del procedimiento del país que cede la jurisdicción al que continúa con el proceso.

La regulación concreta de la forma para llevar al cabo el traslado es escasa tanto desde el punto de vista internacional como interno. El Convenio Europeo sobre la transmisión de procedimientos en materia penal, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 1972, es probablemente el que de forma más completa aborda la cuestión. Sin embargo, su eficacia en la práctica es limitada, en primer lugar por carecer de un número de ratificaciones significativo y, en segundo lugar, porque sus reglas resultan obsoletas y poco acordes con los principios por los que avanza la construcción del espacio judicial europeo⁽¹⁰⁾.

Sea por aplicación de este u otro Convenio, por un pacto entre Estados, o por el seguimiento de una recomendación de Eurojust⁽¹¹⁾, lo cierto es que lo que

⁽¹⁰⁾ Un fallido Convenio entre los Estados miembros de la Unión Europea sobre transferencia de procedimientos penales de 6 de noviembre de 1990 abordó en su momento el problema pero no ha sido ratificado más que por dos Estados.

⁽¹¹⁾ Los artículos 6.b).ii y 7.1.a).ii de la Decisión 28 de febrero de 2002, por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia, —modificada por la Decisión del Consejo de 16 de diciembre de 2008 por la que se refuerza Eurojust y se modifica la Decisión 2002/187/JAI por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia— permiten al Colegio y al Miembro nacional solicitar a las autoridades competentes de los Estados miembros afectados que

significa el traslado de procedimientos en relación a la prueba es que aquéllas obtenidas exclusivamente conforme a las normas de un determinado país van a ser trasladadas para su uso como prueba en aquel que continúe con la investigación. La previsión del artículo 4 del Convenio de 2000 sobre la posible observación de algunas formalidades deviene aquí imposible porque la práctica de la diligencia será previa a cualquier solicitud de auxilio.

La regulación internacional y nacional de los traslados de procedimientos debería dar una solución al problema de validez de las actuaciones y pruebas practicadas en otro Estado, sin embargo, es un problema abierto. En el segundo semestre de 2009, la presidencia Sueca presento un borrador de propuesta de Decisión Marco sobre traslado de procedimientos en materia penal en la que se abordaba, entre otros, el tema de la prueba. La propuesta fue discutida en el Consejo pero no obtuvo acuerdo y ha decaído.

En España, la Ley 16/2006, de 26 de mayo, *por la que se regula en España el Estatuto del Miembro Nacional de Eurojust y las relaciones con este órgano de la Unión Europea* contiene una regulación de esta cuestión bastante avanzada en relación a la consideración de ese espacio judicial común.

El artículo 16.4 establece que “Aceptada la iniciación o ampliación del procedimiento, se considerarán válidos en España los actos de instrucción realizados por el Estado que remite el procedimiento, siempre que no contradigan los principios fundamentales del ordenamiento jurídico español. En caso de delito que no fuese perseguible en España sino a instancia de parte, se considerará válida la instrucción comenzada en el Estado de remisión sin este requisito si la persona que tiene derecho a formular la acción penal expresamente acepta la investigación realizada, al tiempo que interpone la correspondiente querrela”.

En todo caso, este artículo se refiere exclusivamente al ámbito de la Unión Europea y sólo a aquellos supuestos en que la transmisión se produce tras la intervención de Eurojust⁽¹²⁾. Por otro lado, se mantiene la salvedad de que esos

consideren la posibilidad de: ii) reconocer que una de ellas puede estar en mejores condiciones para llevar a cabo una investigación o unas actuaciones judiciales sobre hechos concretos. La Ley 16/2006, de 26 de mayo, por la que se regula en España el Estatuto del Miembro Nacional de Eurojust y las relaciones con este órgano de la Unión Europea, —aún sin adaptar a la nueva decisión— se refiere a ello en el artículo 14.2.

(12) No son pocos casos, ni de escasa relevancia los supuestos en que se ha aplicado ya este procedimiento que permitirá, por ejemplo, que el Tribunal analice como válida y sin cuestionar el procedimiento de obtención la ingente documentación remitida por las autoridades de Brest en el caso del hundimiento del Petrolero Prestige. Efectivamente, Eurojust acordó en Decisión del Colegio de 10 de noviembre de 2005 requerir a las autoridades francesas y españolas competentes que aceptaran considerar que las autoridades judiciales españolas están en mejor posición para llevar a su término la totalidad del

actos no sean contrarios a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico español, lo que supondrá en definitiva volver a aplicar el baremo de garantías constitucionales fundamentales derivadas de la Constitución Española.

V. FUTURA HOMOGENEIZACIÓN EN LAS GARANTÍAS PROCESALES EN LA UNIÓN EUROPEA

Partiendo de la existencia de notorias diferencias en los procedimientos penales deben admitirse distintos niveles en la protección de derechos fundamentales, incluso dentro de la Unión Europea. Pese a que todos los Estados somos parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos y vinculados por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y pese a que el futuro Tratado de Lisboa establezca un valor vinculante a la Carta de derechos fundamentales, existe plena conciencia del desequilibrio en esta materia entre unos y otros Estados.

Es curioso que todo el sistema del espacio de libertad, seguridad y justicia descansa en un principio de confianza mutua que, sin embargo, quiebra precisamente en el tema de garantías procesales fundamentales. Podríamos preguntarnos si no se ha seguido un orden invertido en el trabajo de construcción del espacio judicial europeo. Se ha comenzado la construcción del espacio judicial con dos vías principales de actuación: la armonización del derecho penal y el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales tanto interlocutorias como definitivas, pero se ha obviado la armonización del derecho procesal, probablemente dando por supuesto que partimos de una base común de garantías procesales que genera una confianza mutua que no es real.

Las discusiones en los grupos de trabajo sobre cooperación penal y derecho penal en el Consejo de la Unión, la experiencia diaria en la cooperación judicial, ponen de manifiesto que no existe esa confianza. La plasmación de motivos de no reconocimiento con referencias a salvaguardas de respeto de derechos fundamentales basadas en normas nacionales confirman el diagnóstico y demuestran la necesidad de profundizar en el trabajo en esta materia.

Por otro lado, el tema está continuamente presente y así en las Exposiciones de Motivos de las Decisiones Marco que incorporan el principio de reconocimiento mutuo hay una declaración como la que sigue: “La presente Decisión marco respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos

procedimiento concerniente al naufragio del Prestige. Como consecuencia de esta Decisión el Fiscal General del Estado adoptó un Decreto, en el que admite que la jurisdicción española se encuentra en mejor situación para conocer de la causa, que ha sido el primer supuesto en que el Colegio de Eurojust ha solicitado a una autoridad europea el reconocimiento de que se encontraba en mejores condiciones para llevar a cabo una investigación.

en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y reflejados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular en su capítulo VI. Nada de lo dispuesto en la presente Decisión marco podrá interpretarse en el sentido de que impida la negativa a decomisar los bienes sobre los que pesa resolución de decomiso cuando existan razones objetivas para suponer que la resolución de decomiso ha sido dictada con fines de persecución o sanción a una persona por razón de sexo, raza, religión, origen étnico, nacionalidad, lengua, opiniones políticas u orientación sexual, o que la situación de dicha persona pueda quedar perjudicada por cualquiera de estas razones”.

Pese a todo, el tiempo ha demostrado que las garantías procesales son de difícil armonización. El programa de La Haya, adoptado en el Consejo Europeo de 4 y 5 de noviembre de 2004, en el que se fijan las prioridades para los próximos 5 años para el desarrollo del espacio de libertad, seguridad y justicia, ya recogía la necesidad de creación de normas mínimas en los procedimientos penales.

Pero la concreción se presenta complicada. El proyecto de Decisión Marco sobre *Garantías procesales para sospechosos e inculcados en procesos penales en la Unión Europea* se discutió durante años, sufrió múltiples recortes respecto a la propuesta inicial y avatares de todo tipo pero no consiguió acuerdo en el Consejo. Los derechos que se recogían en esta propuesta de Decisión Marco no eran extensos ni especialmente exigentes, y se referían exclusivamente a las primeras actuaciones de investigación sin agotar en modo alguno el elenco de garantías que en nuestro ordenamiento se reconoce a sospechosos e inculcados. La Decisión Marco en sus últimas versiones contenía derechos tan básicos como el derecho a la asistencia letrada, la garantía del reconocimiento del derecho a interpretación y traducción gratuitas, el establecimiento de atención especial para sospechosos o inculcados vulnerables y la información al inculcado de sus derechos a través de una carta modelo de derechos de comunicación inmediata anterior a cualquier declaración⁽¹³⁾.

El Tratado de Lisboa, en el artículo 82, se plantea, al igual que hacía la fallida Constitución Europea, que se establezcan normas mínimas en materias como la admisibilidad mutua de pruebas entre los distintos Estados, los derechos de las personas durante el procedimiento penal y los derechos de las víctimas de los delitos en la medida en que sea necesario para favorecer el reconocimiento mutuo.

(13) El texto no llegó a ver la luz, al ser rechazado finalmente por algunos Estados que aceptaban como máximo su aprobación para su utilización exclusivamente en los casos de detención internacional y tramitación de las órdenes europeas de detención y entrega. La limitación de la propuesta a estos casos provocó la paralización del expediente, que será retomado de forma parcial en el próximo período de trabajo.

Por otro lado, el Tratado de Lisboa, aun con todas las concesiones a los protocolos exigidos por Polonia y el Reino Unido, finalmente otorga a la Carta de Derechos Fundamentales el mismo valor jurídico que los Tratados. Es ya un instrumento con fuerza vinculante y no una simple declaración política. La obligatoriedad del respeto de estos derechos no sólo por los órganos propios de la Unión sino también por todas las autoridades nacionales cuando aplican derecho comunitario nos situará ante una nueva realidad. El nuevo “estatus” confiere a los ciudadanos mayor seguridad jurídica.

La Carta de Derechos Fundamentales no va a permitir por sí sola alcanzar una homogeneización de los derechos procesales en toda la Unión, —salvo cuando se trata de aplicación del derecho de la Unión—, pero es evidente que es un importantísimo punto de partida.

El programa de Estocolmo adoptado el 11 de diciembre de 2009 y que sustituye al Programa de la Haya, en su punto 2.4 vuelve a situar la fijación de los derechos de sospechosos y acusados en el procedimiento penal como una de sus prioridades. El programa anexa la hoja de ruta aprobada por el Consejo el 4 de diciembre de 2009⁽¹⁴⁾ por la que se pretende desarrollar una regulación homogénea de estos derechos acudiendo, como decíamos, a una regulación por fases: los derechos que se recogerán se refieren a: Traducción e interpretación, información sobre derechos, asistencia jurídica y justicia gratuita, comunicaciones a la familia, empleador o consulados, salvaguardas especiales para acusados y sospechosos vulnerables y la detención provisional.

VI. EXHORTO EUROPEO PARA LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS

Para finalizar esta exposición conviene hacer una referencia al principio de reconocimiento mutuo para la obtención de pruebas que ha sido introducido parcialmente a través del conocido como exhorto europeo, cuya regulación ya ha sido aprobada por la Unión y se encuentra pendiente de su implementación en los Estados miembros.

Efectivamente, el programa de la Comisión para la puesta en marcha del principio de reconocimiento mutuo adoptado el 29 de noviembre de 2000, consideró la necesidad de extender este principio a las resoluciones destinadas a la obtención de pruebas. Igualmente, el Programa de la Haya consideró prioritaria la adopción del exhorto europeo de obtención de pruebas.

En cumplimiento de estos mandatos la Comisión Europea presentó en 2005 una iniciativa para la adopción de una Decisión Marco destinada a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones judiciales para la obtención de pruebas. Tras largas negociaciones en las que la propuesta de la

(14) DOUE 4 de diciembre de 2009.

Comisión fue notoriamente reducida, finalmente el 18 de diciembre de 2008 se publicó la Decisión Marco 2008/978/JAI relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal⁽¹⁵⁾.

Con esta nueva Decisión —para cuya implementación disponen los Estados de dos años— las solicitudes dirigidas por una autoridad judicial de un Estado de la UE para la obtención de una prueba comprendida en el ámbito de aplicación de este instrumento en otro Estado deberán ser redactadas a través de este instrumento y no a través de la clásica comisión rogatoria internacional.

En primer lugar, conviene destacar que, frente a anteriores Decisiones Marco en materia de reconocimiento mutuo como la referente al embargo o a las sanciones pecuniarias o al decomiso, el exhorto crea, al igual que la Decisión Marco sobre la orden europea de detención y entrega, un título europeo único a través del cual, con único modelo, todas las autoridades judiciales competentes solicitan el traslado de la prueba a las autoridades judiciales competentes del Estado donde ésta se encuentra.

1. Ámbito de aplicación del exhorto

Debe partirse del reconocimiento de que el exhorto no alcanza a todo tipo de pruebas y que la Decisión Marco se plantea como una primera fase de la introducción del principio de reconocimiento mutuo en relación a la obtención de pruebas. En esta primera fase, el reconocimiento mutuo se refiere sólo a las pruebas preexistentes.

El artículo 4.4 de la Decisión Marco establece claramente esta limitación “El exhorto podrá emitirse para obtener los objetos, documentos o datos indicados en el apartado 2 cuando ya obren en poder de la autoridad de ejecución antes de la emisión del exhorto”.

Completada la anterior definición con las excepciones establecidas en el número 2 se constata la estrecha cobertura de este nuevo instrumento que no permite en realidad la práctica de pruebas nuevas por parte de la autoridad de ejecución sino sólo el traslado de las preexistentes y su disposición.

Así el artículo 4.2 establece que: “El exhorto no se emitirá para exigir a la autoridad de ejecución:

- a) que mantenga entrevistas, tome declaraciones o inicie otros tipos de interrogatorios con sospechosos, testigos, expertos o cualquier otra persona;
- b) que lleve a cabo registros corporales u obtenga materiales orgánicos o datos biométricos directamente del cuerpo de cualquier persona, como muestras de ADN o impresiones dactilares;

(15) DOUE 30 de diciembre de 2008.

- c) que obtenga información en tiempo real mediante intervención de comunicaciones, vigilancia discreta o control de cuentas bancarias;
- d) que analice objetos, documentos o datos existentes;
- e) que obtenga datos de comunicaciones retenidos por proveedores de un servicio de comunicaciones electrónicas accesible al público o de una red de comunicaciones pública”.

Afortunadamente el exhorto permite transmitir por su vía las pruebas “complementarias” vinculadas a las anteriores a las que se refiere el número 5 del artículo 4: “No obstante lo dispuesto en el apartado 1, el exhorto, si así lo indicara la autoridad de emisión, también comprenderá cualquier otro objeto, documento o dato que la autoridad de ejecución descubra al ejecutar el exhorto y que, sin mediar otras investigaciones complementarias, considere pertinente para los procedimientos a cuyos efectos haya sido emitido”.

2. Garantías y procedimientos para la ejecución del exhorto

La negociación de los términos de esta Decisión Marco fue poniendo sobre la mesa la mayoría de los problemas surgidos en relación con la prueba trasnacional y antes mencionados.

Las soluciones que ofrece son fruto de una negociación difícil y por tanto permite observar respuestas que combinan diferentes criterios.

En primer lugar, respecto a las formalidades a observar en la ejecución de las diligencias para la obtención de la prueba, el artículo 12 de la Decisión Marco establece que: “La autoridad de ejecución observará las formalidades y procedimientos expresamente indicados por la autoridad de emisión salvo que la presente Decisión Marco disponga lo contrario y siempre que tales formalidades y procedimientos no sean contrarios a los principios jurídicos fundamentales del Estado de ejecución. El presente artículo no dará origen a una obligación de adoptar medidas coercitivas”.

Esta regla debe relacionarse con lo dispuesto en el artículo 11.2 donde se establece que “Corresponderá al Estado de ejecución elegir las medidas que, con arreglo a su legislación, garanticen la obtención de los objetos, documentos o datos solicitados en un exhorto y decidir si es necesario el uso de medidas coercitivas para prestar esta asistencia. Las medidas que resulten necesarias para ejecutar un exhorto se adoptarán siguiendo las normas de procedimiento aplicables en el Estado de ejecución”.

En resumen, la solución vuelve a combinar normas procesales de ambos Estados con el objeto de asegurar que las salvaguardas previstas en uno y otro en garantía de protección de los derechos fundamentales sean observadas. El resultado vuelve a ser el anteriormente mencionado, las formalidades y garantías serán las que contengan un mayor nivel de protección, sean éstas las del Estado de emisión o las del Estado de ejecución.

3. Previsiones de futuro

Habida cuenta tanto del limitado ámbito de aplicación de este “exhorto” y del poco entusiasmo que ha provocado su aprobación ya se oyen voces que abogan por su sustitución, aprovechando el nuevo marco sentado por el Tratado de Lisboa, por un instrumento más completo y prevén que el exhorto no llegue nunca a aplicarse.

El Programa de Estocolmo reflexiona sobre el régimen fragmentario para la obtención de pruebas en la actualidad y concluye con la necesidad de aprobar un sistema integral o completo que sustituya al exhorto europeo y al aseguramiento de las pruebas conforme a la Decisión marco de 2003. El Consejo de la Unión llama a crear por tanto un solo sistema para todo tipo de pruebas, preexistentes o no, que contenga plazos concretos de ejecución y limite en lo posible los motivos de no reconocimiento.

A esta propuesta del Consejo responden dos iniciativas paralelas:

1. El libro verde de la Comisión sobre obtención de pruebas en materia penal en otro Estado miembro y sobre la garantía de su admisibilidad en el que se pregunta a expertos e interesados sobre estas cuestiones y que tiene por objeto pulsar opiniones y recoger experiencias para preparar una propuesta de regulación.
2. Una propuesta provisionalísima de la futura presidencia belga relativa a la creación de una orden de investigación europea, EIO, (European Investigation Order) que puede ser la base de la futura propuesta de la Comisión o directamente el texto para la negociación en el Consejo de un nuevo instrumento.

Resta un enorme trabajo en todo este campo de la regulación de la investigación transnacional de los delitos y la obtención de las pruebas. En todo caso, una regulación unitaria de la obtención de pruebas no bastará para resolver el problema de la validez de la prueba transnacional. El trabajo debe ir inseparablemente ligado al desarrollo de unos estándares mínimos de garantías procesales que aseguren la solidez de la confianza mutua⁽¹⁶⁾. Es la única base para conseguir realmente que ese régimen de libre circulación de la prueba en la Unión Europea, que afirma nuestro Tribunal Supremo, sea de verdad una realidad.

⁽¹⁶⁾ Así lo mantuvo también el Parlamento Europeo en su informe de 22 de marzo de 2004 sobre la propuesta de Decisión Marco sobre el exhorto Europeo. Calificó la propuesta de prematura y afirmó que “Solo podrá aprobarse un exhorto europeo de obtención de prueba una vez que entre en vigor un Tratado constitucional europeo que prevea la protección efectiva de los derechos fundamentales y el papel legislativo del Parlamento Europeo”.

JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE JURISPRUDENCIA

	<u>Página</u>
A	
Abono de prisión provisional:	
— STS 1391/2009, de 10 de diciembre	275
Agravantes:	
• <i>Despoblado:</i>	
— STS 1113/2009, de 10 de noviembre	202
• <i>Disfraz:</i>	
— STS 1113/2009, de 10 de noviembre	202
Agresión sexual:	
— SAP Zaragoza 58/2009, de 22 de octubre	303
Alzamiento de bienes:	
— STS 984/2009, de 8 de octubre	137
Apropiación indebida:	
— STS 920/2009, de 18 de septiembre	119
Asesinato:	
— SAP Soria 52/2009, de 15 de octubre	296

	Página
Asistencia letrada:	
— STS 1117/2009, de 11 de noviembre	212
Atentado:	
— STS 1010/2009, de 27 de octubre	170
Atenuante analógica:	
— STS 1111/2009, de 11 de noviembre	215
— STS 1199/2009, de 23 de noviembre	237
Atenuantes. Reparación del daño:	
— STS 1103/2009, de 3 de noviembre	187

C

Coautoría:	
— STS 1028/2009, de 14 de octubre	145
Cosa juzgada:	
— STS 1017/2009, de 16 de octubre	151
Costas procesales:	
— SAP Gerona 635/2009, de 7 de octubre	293

D

Declaración de coimputado:	
— STS 1094/2009, de 19 de octubre	155
— STS 1032/2009, de 26 de octubre	163
Declaración de víctima menor:	
— STS 968/2009, de 21 de octubre	159

	Página
Delito contra la flora y fauna:	
— SAP Tarragona 461/2009, de 2 de noviembre	309
Delito contra la Seguridad Social:	
— STS 1046/2009, de 27 de octubre	166
Delito fiscal:	
— STS 906/2009, de 23 de septiembre	122
Delito provocado:	
— STS 1166/2009, de 19 de noviembre	230
Delitos contra la propiedad industrial:	
— SAP Barcelona 676/2009, de 5 de noviembre	312
Delitos contra la seguridad del tráfico:	
— STS 1209/2009, de 4 de diciembre	261
Delitos relativos al mercado y a las comunicaciones:	
— STS 1097/2009, de 17 de noviembre	228
Delitos societarios:	
— STS 1351/2009, de 22 de diciembre	282
Depósito de armas de guerra:	
— SAP Pontevedra 64/2009, de 6 de noviembre	314
Derecho de defensa:	
— STS 1117/2009, de 11 de noviembre	212
Descubrimiento y revelación de secretos:	
— SAP Albacete 236/2009, de 27 de octubre	304
Detención ilegal:	
— STS 1001/2009, de 1 de octubre	130
Dictamen pericial:	
— STS 1020/2009, de 9 de octubre	141
— STS 968/2009, de 21 de octubre	159

Dilaciones indebidas:

— STS 1111/2009, de 11 de noviembre	215
— STS 1199/2009, de 23 de noviembre	237

E

Ejecución de sentencia:

— STS 1038/2009, de 3 de noviembre	183
--	-----

Ejercicio legítimo del cargo:

— STS 1010/2009, de 27 de octubre	170
---	-----

Estafa:

— STS 997/2009, de 9 de octubre	143
---------------------------------------	-----

Expulsión de extranjeros:

— STS 949/2009, de 28 de septiembre	124
---	-----

F

Falsedad documental:

— STS 1082/2009, de 5 de noviembre	191
— STS 1338/2009, de 21 de diciembre	279

H

Homicidio:

— SAP Logroño 204/2009, de 28 de octubre	308
--	-----

Homicidio imprudente:

— STS 1089/2009, de 27 de octubre	173
---	-----

Hurto:

— AAP Madrid 730/2009, de 22 de octubre	301
---	-----

I

Imprudencia:

— STS 1089/2009, de 27 de octubre	173
---	-----

Imputabilidad:

— STS 968/2009, de 21 de octubre	159
--	-----

Intervención de las comunicaciones:

— STS 1130/2009, de 10 de noviembre	200
---	-----

Intrusismo:

— SAP Madrid 250/2009, de 1 de octubre	291
— AAP Madrid 785/2009, de 27 de octubre	306

L

Lectura de declaraciones sumariales:

— STS 953/2009, de 30 de septiembre	127
— STS 1094/2009, de 19 de octubre	155

Legítima defensa:

— SAP Logroño 204/2009, de 28 de octubre	308
--	-----

Lesiones:

— SAP Madrid 1183/2009, de 14 de octubre	295
— STS 1246/2009, de 30 de noviembre	246

Lesión de derechos sociales:

— STS 1351/2009, de 22 de diciembre	282
---	-----

P**Pena de multa:**

- STS 1240/2009, de 2 de diciembre 251

Pornografía:

- STS 1074/2009, de 28 de octubre 176
— STS 1110/2009, de 16 de noviembre 225

Prescripción:

- STC 206/2009, de 23 de noviembre 113
— STS 1329/2009, de 4 de diciembre 270

Presunción de inocencia:

- STS 1202/2009, de 26 de noviembre 245

Principio acusatorio:

- STS 925/2009, de 7 de octubre 134
— STS 1263/2009, de 4 de diciembre 257

Profanación de cadáveres:

- SAP Navarra 186/2009, de 17 de noviembre 316

Prueba:

- SAP Burgos 237/2009, de 6 de noviembre 313

Prueba biológica:

- STS 1190/2009, de 3 de diciembre 252

Prueba. Proposición:

- STS 953/2009, de 30 de septiembre 127

Prueba testifical:

- STS 1159/2009, de 19 de noviembre 234

Prueba testifical. Anticipada:

- STS 1375/2009, de 28 de diciembre 285

Q

Quebrantamiento de medida cautelar:

- STS 982/2009, de 15 de octubre 150

R

Reconocimiento fotográfico:

- SAP Burgos 237/2009, de 6 de noviembre 313

Refundición de condenas:

- STS 1076/2009, de 29 de octubre 178

Relación de causalidad:

- STS 1246/2009, de 30 de noviembre 246

Responsabilidad civil derivada del delito:

- STS 1038/2009, de 3 de noviembre 183
— SAP Barcelona 676/2009, de 5 de noviembre 312

Robo con violencia:

- STS 1001/2009, de 1 de octubre 130

S

Simulación de delito:

- STS 920/2009, de 18 de septiembre 119

Sumario. Conclusión:

- STS 1159/2009, de 19 de noviembre 234

Sustitución de pena:

- STS 1038/2009, de 3 de noviembre 183

T

Tortura:

- STS 1246/2009, de 30 de noviembre 246

Tráfico de drogas:

- SAP Madrid 111/2009, de 21 de octubre 299
 — STS 1081/2009, de 11 de noviembre 218

Tribunal del Jurado:

- SAP Barcelona 409/2009, de 16 de septiembre 289

V

Violencia de género:

- STS 1177/2009, de 24 de noviembre 240

Violencia doméstica habitual:

- STS 477/2009, de 10 de noviembre 204

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Sentencia 206/2009 de la Sección 3.ª del TC de 23 de noviembre de 2009
(BOE 29 de diciembre de 2009) (Recurso de amparo 1233/2007)**

PRESCRIPCIÓN

Arts. 24 CE y 132 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Eugeni Gay Montalvo

SÍNTESIS

Al igual que en la STC 195/2009, de 28 de septiembre, se ratifica el Tribunal Constitucional en su doctrina sobre la prescripción, diversa, como es notorio, de la del Tribunal Supremo en lo que se refiere a determinar cuándo se interrumpe aquélla.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Hemos reiterado, en primer lugar, que si bien la concurrencia o no de la prescripción es, en principio, una cuestión de legalidad que en origen corresponde decidir a los Tribunales ordinarios y que carece, por su propio contenido, de relevancia constitucional, ello no significa que cualquiera que sea la decisión que se adopte en materia de prescripción en un proceso penal sea irrevisable a través del recurso de amparo (por todas,

SSTC 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7; 63/2005, de 14 de marzo, FJ 2; 82/2006, de 13 de marzo, FJ 10; 79/2008, de 14 de julio, FJ 2; 195/2009, de 28 de septiembre, FJ 2), habiendo declarado que el canon aplicable para proceder en cada caso a la revisión de una decisión judicial apreciando o negando la existencia de prescripción es el propio del artículo 24 CE, en cuanto exige para entender otorgada la tutela judicial efectiva que la pretensión sea resuelta mediante una resolución razonada, es decir, basada en una argu-

mentación no arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni incurra en error patente (SSTC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4; 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7; 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3; 82/2006, de 13 de marzo, FJ 10; 79/2008, de 14 de julio, FJ 2), si bien el estándar de las exigencias derivadas del deber de motivación habrá de ser más riguroso en estos casos, por cuanto, como recordábamos en la STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10, la prescripción penal afecta de lleno a los derechos de libertad del artículo 17 CE, dado que la decisión judicial desestimatoria de la prescripción extintiva de una infracción penal abre paso a la posibilidad de dictar una Sentencia condenatoria que, por su propio contenido, supone la privación de bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, pues descarta que concurra uno de los supuestos en los que el legislador ha establecido una renuncia o autolimitación del Estado al *ius puniendi* por el transcurso del tiempo. Esa tutela reforzada exige «tanto la exteriorización del razonamiento por el que se estima que no concurre el supuesto previsto en la ley, como que el mismo se manifieste a través de una motivación en la que, más allá de su carácter razonado, sea posible apreciar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución». Por tanto la decisión «debe contener un razonamiento expresivo de los elementos tomados en cuenta por el órgano judicial al interpretar las normas relativas a esta institución —que, por otra parte, distan mucho de ser diáfanas—, en el entendimiento de que esa interpretación debe estar presidida por la *ratio legis* o fin de protección de dichas normas. De manera que no resultará suficiente un razonamiento exclusivamente atento a no sobrepasar los límites marcados por el tenor literal de los preceptos aplicables, sino que es exigible una argumentación axiológica que sea respetuosa con los fines perseguidos por el instituto de la prescripción penal» (SSTC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3; 79/2008, de 14 de julio,

FJ 2, y 195/2009, de 28 de septiembre, FJ 2).

Por ello, la jurisdicción constitucional no puede eludir la declaración de inconstitucionalidad en aquellos casos en los que la interpretación de la norma reguladora del instituto de la prescripción, aunque no pueda ser tildada de irrazonable o arbitraria, lleve consigo, al exceder de su más directo significado gramatical, una aplicación extensiva o analógica en perjuicio del reo. «Y por ello también la expresión “[la] prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento se dirija contra el culpable” (art. 132.2 CP) no pueda entenderse en sentido distinto al de su claro tenor literal, es decir, en el de que es indispensable para dicha interrupción que haya comenzado un procedimiento que, al tener que estar dirigido contra el culpable —cualquiera que sea la impropiedad con que este término haya sido empleado—, no puede ser otro que el procedimiento penal o, lo que es lo mismo, el abierto o iniciado por quien tiene atribuido el ejercicio del *ius puniendi* del Estado en el actual estado de la legislación; esto es, el Juez» (STC 195/2009, de 28 de septiembre, FJ 2, citando la STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10). Partiendo de esa conclusión hemos considerado que la exégesis del citado precepto que, frente a la acabada de mencionar, considera interrumpida la prescripción con la presentación de denuncia o querella, sin necesidad de ningún acto de interposición judicial, no respeta las exigencias de tutela reforzada antes señaladas, al no tomar en consideración, ni las exigencias derivadas de la seguridad jurídica, ni el fundamento de la institución, ni la implicación del derecho a la libertad. Concretamente, respecto de esa interpretación —que es la que han optado por aplicar las resoluciones ahora recurridas en amparo— hemos afirmado que genera indefensión e inseguridad jurídica (STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 5), y que fijar como momento interruptivo del cómputo del plazo de prescripción el de la mera re-

cepción por parte del órgano judicial de la *notitia criminis* supone atender «a una circunstancia no rodeada de una publicidad y cognoscibilidad mínima y, por ello, inidónea como soporte de una interpretación constitucionalmente admisible para delimitar una institución que sirve precisamente a la seguridad jurídica» (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12); además en dichas Sentencias afirmamos también que la referida interpretación aparece absolutamente desvinculada del fundamento de la prescripción en la renuncia del Estado al ejercicio del *ius puniendi*, puesto que —en el actual estado de la legislación— dicho ejercicio sólo puede ser realizado por los órganos judiciales (SSTC 147/2009, de 15 de junio, FJ 2, y 195/2009, de 28 de septiembre, FJ 3).

3. Es importante resaltar también que con lo afirmado no pretende este Tribunal proporcionar la interpretación correcta del artículo 132.2 CP, pues ello excedería del ámbito de nuestra jurisdicción; por el contrario, «nuestra doctrina tan solo establece un límite a las posibilidades interpretativas de la jurisdicción ordinaria, derivado de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con los otros derechos fundamentales y valores constitucionales que están en juego cuando se aplica el instituto de la prescripción, señaladamente el derecho a la libertad, consagrado en el artículo 17.1 CE: la exigencia de lo que hemos denominado acto de interposición judicial, que constituye un mínimo irrenunciable impuesto por los derechos fundamentales en juego. Y ello supone el ejercicio propio de nuestra jurisdicción y entra de lleno en el ámbito de nuestras competencias, dado que se trata de un derecho susceptible de tutela en el proceso de amparo y que se alegan vulneraciones concretas y efectivas del mismo, operando, por tanto, el

Tribunal dentro de los límites de su jurisdicción de amparo» (STC 195/2009, FJ 4).

Sentado lo anterior, y ante los argumentos esgrimidos en las Sentencias impugnadas para deliberadamente inaplicar la doctrina establecida en la STC 63/2005, resulta también procedente enfatizar que, como recuerda la citada STC 195/2009, «tanto los ciudadanos como los poderes públicos están sujetos a la Constitución (art. 9.1 CE), y que al Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución (art. 1 LOTC), corresponde decir la última palabra sobre la interpretación de la misma, en el marco de los distintos procesos constitucionales y, por supuesto, dentro de los límites de éstos, que son los de su jurisdicción (SSTC 114/1995, de 6 de julio, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 5, y 159/1997, de 2 de octubre, FJ 6). El Tribunal Supremo es, ciertamente, el órgano superior en todos los órdenes, “salvo en materia de garantías constitucionales” (art. 123 CE). Dicha materia y, en concreto, la definición del contenido y alcance de los derechos fundamentales corresponde en último término, a través de los diversos procesos constitucionales, a este Tribunal Constitucional, cuya doctrina han de respetar todos los órganos jurisdiccionales. A esa lógica responden las previsiones del artículo 5.1 LOPJ, cuando establece que todos los Jueces y Tribunales interpretarán y aplicarán las leyes y reglamentos “según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”, y del artículo 7.2 LOPJ, cuando establece que los derechos fundamentales enunciados en el artículo 53.2 CE vinculan a los Jueces y Tribunales “de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido”» (FJ 4).

TRIBUNAL SUPREMO

Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda, del TS de 20 de enero de 2010

Asunto único: Competencia del Tribunal del Jurado en los supuestos de conexidad delictiva.

Acuerdo:

Cuando se imputen varios delitos y alguno de ellos sea de los enumerados en el art. 1.2 de la LOTJ:

1. 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 o de otros pueda recaer 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).

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

3. La aplicación del art. 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 que se comete para facilitar aquél o lograr su impunidad fuese alguno de los incluidos en el art. 1.2, en estos casos la competencia será del Juzgado de lo Penal o de la Audiencia Provincial, salvo que, conforme al apartado 1 de este acuerdo, puedan enjuiciarse separadamente.

4. El art. 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.

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

6. En consecuencia, cuando no se aprecie alguna de las finalidades previstas en el art. 5.2.c) o el delito fin no sea de los enumerados en el art. 1.2: no concurren las circunstancias de los apartados a) o b) del art. 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 continenencia de la causa, la competencia será del Juzgado de lo Penal de la Audiencia Provincial.

Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 23 de febrero de 2010, refundiendo esta cuestión

Cuando se imputen varios delitos y alguno de ellos sea de los enumerados en el artículo 1.2 de la LOTJ:

1. 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).

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

3. 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.

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.

4. 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.

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

6. 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 (cuando hubiere dudas sobre cuál es el delito fin se atenderá al criterio de la gravedad); 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; 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.

Sentencia 920/2009, Sala de lo Penal del TS, de 18 de septiembre de 2009

APROPIACIÓN INDEBIDA Y SIMULACIÓN DE DELITO

Arts. 234, 252 y 457 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez**

SÍNTESIS

En el caso del cajero de entidad bancaria que, de acuerdo con los falsos ladrones, simula un atraco, entregándoles el dinero, se califica el hecho,

excepcionalmente, de apropiación indebida y no de hurto, justificándose la responsabilidad del partícipe «extraneus». Por otra parte, la simulación del delito se imputa sólo al mencionado cajero.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

Anticipemos que la calificación jurídica de los hechos como constitutivos de un delito de apropiación indebida, no de hurto, es correcta. Ciertamente la diferenciación entre el delito de hurto y el delito de apropiación indebida dista de ser una cuestión pacífica —cfr., nuestra STS 1311/2008, 21 de julio, con cita de numerosos precedentes de esta misma Sala—. Y más allá de la diferencia que pueda predicarse, con carácter general, entre ambos delitos, el supuesto de hecho referido a la conducta del cajero de un banco que se apodera del dinero de la entidad, presenta algunos matices que añaden dificultad al esfuerzo de delimitación entre ambos tipos. No faltan autores que sostienen que el cajero de un banco, en la medida en que tan solo es un mero servidor de la posesión, que no ostenta un título jurídico posesorio y que, por tanto, se limita a *utilizar* los fondos ajenos, sin ninguna capacidad de administración o decisoria sobre los mismos, no comete apropiación indebida, sino un delito de hurto con abuso de confianza.

En el presente caso, aun reconociendo las singularidades que el mismo presenta, nos inclinamos por aceptar la calificación de los hechos proclamada por la Audiencia Provincial. Nuestra conclusión toma como presupuesto obligado —como no puede ser de otra manera, a la vista de la vía casacional hecha valer por el recurrente— el juicio histórico. En él se describe que, conforme al plan convenido, fue el acusado Raúl —empleado de la entidad— el que hizo entrega voluntaria a los otros dos coacusados del dinero al que tenía acceso como consecuencia de su condición de empleado. Así lo expresa el *factum* cuando afirma que «... Raúl le fa-

cilitó el acceso a la oficina bancaria, momento en el cual no funcionaba la cámara de seguridad de la oficina, y estaba anormalmente abierta la caja de seguridad, que cuenta con un mecanismo de apertura retardada precisamente para evitar atracos, haciéndole entrega el empleado a la supuesta atracadora de todo el dinero que había en la entidad». La acción típica, en consecuencia, encerró un clamoroso acto de deslealtad por parte del único empleado que, ese día y a esas horas, tenía acceso a las cajas de la entidad. Y en eso consiste, precisamente, la apropiación indebida sancionada en el art. 252 del CP.

Incluso los ecos doctrinales referidos a la condición del cajero de una entidad bancaria como mero servidor de la posesión, presentan en este caso algunas connotaciones, extraídas del *factum*, que nos permiten ver en el acusado algo más que un simple empleado sin capacidad decisoria alguna en relación con los fondos que tenía a su alcance. En efecto, el relato de hechos probados da cuenta de que el director de la sucursal se hallaba de vacaciones, de ahí que «... solo se encontraba trabajando en la misma Raúl». En consecuencia, es legítimo pensar que el acusado se hallaba al frente de la entidad, de forma temporal, pero con un ámbito decisorio que afectaba al giro cotidiano de una sucursal de Caja Murcia. De ahí que ningún obstáculo exista para estimar que se colmaban los elementos del tipo objetivo del art. 252, finalmente aplicado por la Sala de instancia.

Sentado este inicial punto de partida y así calificada la acción principal, como apunta el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación, el delito de apropiación indebida imputado a ambos recurrentes, debe entenderse con arreglo a la categoría de la participación del *extraneus* en los delitos especiales. Y esta posibilidad ha sido admitida de

forma pacífica por la doctrina de esta misma Sala. En efecto, el delito de apropiación indebida es un delito especial, en cuanto su autor tiene que estar ligado con el sujeto pasivo por una determinada relación. En palabras de la STS 668/1998, 14 de mayo, la doctrina denomina así a los tipos penales que no pueden ser realizados por cualquier persona sino sólo por aquellas, indicadas en la definición legal, que potencialmente se encuentran en condiciones de lesionar el bien jurídico tutelado en el tipo, lo que puede estar determinado por muchas circunstancias como el parentesco, la profesión, el ejercicio de ciertos cargos o funciones, algunas relaciones jurídicas, etc. El delito de apropiación indebida (...) es un delito especial porque la acción típica de apropiarse, o distraer, o negar haber recibido dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble, únicamente constituye la infracción cuando la lleva a cabo quien los haya recibido en depósito, comisión o administración, o por cualquier otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos. El círculo de los sujetos activos posibles está cerrado a los que no han recibido el objeto del delito en virtud de una de las relaciones jurídicas que se mencionan en el tipo porque sólo ellos pueden quebrantar el bien jurídico de la confianza que, juntamente con el de la propiedad, se protege con la advertencia legal de que esta conducta es punible. El principio de legalidad, proclamado en el art. 25.1 CE, veda que se pueda considerar autor del delito de apropiación indebida a quien no se encuentre vinculado con el sujeto pasivo por una de aquellas relaciones jurídicas, toda vez que autor, en sentido estricto, es el que realiza el hecho típico o, lo que es igual, el que «pone» todos los elementos del tipo y del de apropiación indebida forma parte no sólo los elementos objetivos de acción y resultado sino también el subjetivo de la especial condición del autor. Ahora bien, esta Sala tiene dicho que si bien el «extraneus» no puede ser autor de delitos especiales como la prevaricación y la malversación, sí puede realizar, sin menoscabo del principio de le-

galidad, los tipos de participación —inducción y cooperación necesaria— que se equiparan a la autoría a los efectos penales, porque en definitiva se trata de tipos creados por el CP en su Libro Primero. Y si esto es así en relación con delitos como la prevaricación que tutelan un bien jurídico que sólo puede lesionar el funcionario, con mayor fuerza debe ser afirmado en relación con la apropiación indebida que tutela, junto al bien jurídico de la confianza, lesionable tan sólo por la persona en que la misma se ha depositado, el de la propiedad que puede ser vulnerado por cualquiera.

Este criterio inspira otros pronunciamientos de esta misma Sala, de los que las SSTS 50/2005, 28 de enero, 228/2006, 3 de marzo y 35/1998, 24 de enero, no son sino elocuentes ejemplos.

(...)

Argumenta la defensa que Juan y Leocadia han sido condenados como autores de un delito contra la administración de justicia, simulación de delito del art. 457 del CP, sin que el relato de hechos probados ofrezca los elementos fácticos precisos para sostener esa calificación jurídica.

Tienen razón los recurrentes y el motivo ha de ser estimado.

Esta Sala ha recordado que los elementos que configuran este delito son: a) la acción de simular ser responsable o víctima de una infracción penal o denunciar una infracción de este tipo inexistente en realidad, siendo el destinatario de la acción un funcionario judicial o administrativo que ante la noticia del delito tenga profesionalmente la obligación de proceder a su averiguación; b) que esa actuación falsaria motive o provoque alguna actuación procesal, teniendo en cuenta que, en todo caso, la simulación de delito se produce cuando se lleven a cabo determinados actos que se sabe, y a ello están destinados, van a provocar la intervención policial y posteriormente la judicial, iniciándose las correspondientes diligencias procesales; c) el tipo subjetivo, que se integra con el conocimiento de la falsedad de aquello que se

dice y la voluntad específica de presentar como verdaderos hechos que no lo son, lo que excluye la comisión culposa (SSTS 252/2008, 22 de mayo; 1221/2005, 19 de octubre y 1550/2004, 23 de diciembre).

En el presente caso, sin embargo, el *factum* describe un delito de esta naturaleza, pero cuyos elementos fácticos sólo permiten la atribución de la autoría a Raúl, pero no a Juan ni a Leocadia. Fue el primero de éstos el que declaró ante la Guardia Civil haber sido víctima de un atraco por parte de una mujer joven «... que se dirigió al manifestante diciéndole que quería realizar una operación», procediendo a continuación a abrir «... un bolso que llevaba y del interior sacó una pistola con la cual le amenazó, a la vez que le decía que, era un atraco, rápido, dame el dinero».

Ni Juan ni Leocadia simulaban ante nadie

ser víctimas o autores de un delito. Es cierto que ambos contribuyeron a una estrategia de comisión que incluía la *escenificación* de un atraco, pero tal plan, por más que estuviera concertado, no necesariamente tiene que traducirse, como parece sugerir la Sala de instancia, en una forma de autoría de un delito del art. 457. Ninguno de ellos realiza la acción típica, debiendo por consiguiente ser absueltos de este delito. Ambos se apoderan de los fondos del banco que voluntariamente les entrega el encargado de su custodia, pero no simulan ante funcionario alguno ser responsable o víctima de un delito inexistente. Es cierto que el tipo previsto en el art. 457 del CP no tiene por qué excluir, en principio, otras formas de autoría o participación. Sin embargo, la condena sólo puede ser el resultado de una detallada reseña fáctica en el juicio histórico, descripción que, en el presente caso, no existe.

Sentencia 906/2009, Sala de lo Penal del TS, de 23 de septiembre de 2009

DELITO FISCAL

Art. 305 Código Penal

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

SÍNTESIS

De las diversas cuestiones estudiadas en la sentencia, seleccionamos sólo la doctrina jurisprudencial relativa a si existe delito fiscal en relación a las ganancias (no declaradas) procedentes de un hecho delictivo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

Hecha esta salvedad la cuestión jurídica a dilucidar se contrae a la denominada problemática de la fiscalidad de los actos ilícitos, es decir, «la existencia o no de responsabili-

dad penal por una defraudación fiscal como consecuencia de unas ganancias ilícitamente obtenidas no declaradas a Hacienda».

La Audiencia Provincial con buen criterio ahondó en principios jurídicos comunitarios europeos, poniendo de relieve ciertos pronunciamientos jurisdiccionales con oca-

sión del pago del IVA, señalando la Unión Europea que «no existe la obligación de tributar en casos de importación ilegal de estupefacientes en la Comunidad porque éstos no forman parte del circuito económico al existir en los Estados miembros una prohibición absoluta de comerciar con ellos» (S. 2-2-1984, caso Einderber II) y S. 5-7-1988 (caso Haphy Family).

En nuestro país se han producido vacilaciones interpretativas que, partiendo del caso Nécora (S. 7-12-1996 n.º 649) en el que son condenados los acusados por sendos delitos fiscales pese a la convicción sobre la procedencia ilícita de las grandes cantidades de dinero que manejaban, ha ido matizando la doctrina para declarar en la sentencia del caso Roldán (21-12-1999) que no se producía vulneración del principio *non bis in idem* por no existir concurso de normas, sino de delitos, ya que los cometidos de malversación, cohecho y estafa de los que derivaban las ganancias no declaradas, estaban separados de los posteriores constitutivos del delito fiscal. No se trataba, por tanto, de una sola acción doblemente sancionada, sino de una actividad delictiva plural, de modo que la sanción de alguna de las conductas no absorbía todo el desvalor y reproche que la globalidad del comportamiento mereció.

La sentencia antes mencionada n.º 20 de 28 de marzo de 2001, marca la misma línea, pero confirmando importantes excepciones. En ella, como bien apunta la combatida, se afirma una vez más que no existe incompatibilidad entre la condena por delitos que generan beneficios económicos y los que devienen de los delitos fiscales derivados de la

falta de declaración de los incrementos patrimoniales que traen causa de aquéllos, pero a continuación se precisa, y esto es lo más importante, que cuando los incrementos patrimoniales no declarados proceden de modo directo e inmediato de un hecho delictivo que también es objeto de sanción penal, la condena por éste absorbe «todo el desvalor de la conducta y consume al delito fiscal derivado únicamente de la omisión de declarar los ingresos directamente procedentes de esta única fuente delictiva».

Los requisitos para que se dé esta absorción son, por tanto:

1.º) que los ingresos que dan lugar al delito fiscal procedan de modo directo e inmediato del delito anterior, ya que cuando no suceda así y nos encontremos ante ingresos de una pluralidad de fuentes o que sólo de manera indirecta tengan un origen delictivo porque los beneficios del delito han sido reinvertidos y han dado lugar a nuevas ganancias, no cabe apreciar el concurso normativo.

2.º) que el delito inicial sea efectivamente objeto de condena, pues caso contrario, ya sea por prescripción, por insuficiencia probatoria u otras causas, debe mantenerse la sanción por delito fiscal, dado que el desvalor de la conducta no ha sido sancionado en el supuesto delito fuente.

3.º) que la condena penal del delito fuente incluya el comiso de las ganancias obtenidas en el mismo o la condena a su devolución como responsabilidad civil.

Esta doctrina es confirmada por la sentencia n.º 1113/2005, de 15 de septiembre.

Sentencia 949/2009, Sala de lo Penal del TS, de 28 de septiembre de 2009

EXPULSIÓN TRAS EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA

Art. 89 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se recoge la doctrina jurisprudencial relativa a la sustitución de la pena por expulsión, pero precisándola en lo que se refiere a la segunda hipótesis del artículo 89 del Código Penal: expulsión una vez cumplida la pena de prisión.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

2. En los dos primeros párrafos del art. 89 del C. Penal se preceptúa lo siguiente: «Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

Igualmente, los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España».

El primer párrafo de la norma, que se refiere a la sustitución íntegra de las penas privativas de libertad inferiores a seis años de prisión, ha sido objeto de una copiosa doctrina jurisprudencial con el fin de suavizar su literalidad y adecuar su interpretación a los tratados internacionales convenidos por España y a la jurisprudencia que los interpreta. Y así, en las SSTs 901/2004, de 8 de julio, y 906/2005, de 17 de mayo, se argumenta sobre la necesidad de realizar una lectura en clave constitucional del art. 89 del C. Penal, en la que, aplicando los criterios acogidos en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en los tratados suscritos por España sobre la materia, se amplíe la excepción a la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, su arraigo en nuestro país, la situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen. De modo que ha de evitarse todo automatismo en la adopción de la medida de la expulsión del extranjero y debe, por el contrario, procederse a realizar un examen individualizado en cada caso concreto, ponderando con meticulosidad y mesura los derechos funda-

mentales en conflicto. Por último, considera este Tribunal en esas dos resoluciones que no debe otorgársele primacía a criterios meramente defensistas, utilitaristas y de políticas criminales de mera seguridad frente a derechos fundamentales prioritarios del propio penado, que será oído en todo caso antes de adoptar la resolución relativa a la expulsión.

Esta doctrina, con algunas precisiones y matices procesales relativos a la aplicación del principio acusatorio, del contradictorio y del derecho de defensa, ha sido después reafirmada en su aspecto nuclear por esta Sala en las sentencias que ha proseguido dictando en años posteriores (SSTS 1231/2006, de 23-11; 35/2007, de 25-1; 108/2007, de 13-2; 140/2007, de 26-2I; 166/2007, de 14-2I; 682/2007, de 18-V-2; 125/2008, de 20-2; 165/2009, de 19-2; y 498/2009, de 30-4, entre otras).

Por su parte, el Tribunal Constitucional, con anterioridad al Código Penal de 1995, en la sentencia 242/2004, de 20 de julio, con motivo de aplicar la medida de expulsión en una sentencia penal, argumentó que «precisamente porque la medida de que se trata afecta a la efectividad de un derecho constitucionalmente tutelado en los términos antes expuestos, no puede abandonarse su aplicación a una decisión discrecional de los órganos jurisdiccionales. Es preciso, además de comprobar el cumplimiento de los presupuestos que autorizan su aplicación —la condena en sentencia firme por delito castigado con pena igual o inferior a la de prisión menor— que los órganos judiciales valoren las circunstancias del caso, y la incidencia de valores o bienes con relevancia constitucional (como el arraigo del extranjero en España, o la unificación familiar (art. 39.1 de la CE), que deban ser necesariamente tenidos en cuenta para una correcta adecuación entre el derecho del extranjero a residir en nuestro país conforme a la ley, y el interés del Estado en aplicar la medida de expulsión».

No cabe duda que la aplicación de los dos primeros párrafos del art. 89 del C. Penal a

partir de la reforma por Ley Orgánica 11/2003 ha evidenciado su difícil compatibilidad con los fines del ordenamiento jurídico penal y ha obligado a seguir diferentes criterios interpretativos dependiendo de la cuantía de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia. Y así, en lo que respecta a la ejecución de las penas de prisión inferiores a dos años, al hallarnos en un tramo donde el texto penal prioriza la reinserción del penado a través de la suspensión de condena y de los sustitutivos penales, ha sido preciso individualizar el entorno personal y social del extranjero para ajustar la aplicación del art. 89 a las exigencias del principio de proporcionalidad, evitando también no vulnerar derechos fundamentales del penado tutelados por la Constitución y los convenios internacionales suscritos por España.

En cambio, en lo que respecta a las penas privativas de libertad comprendidas en el tramo que va desde los dos hasta los seis años de prisión el automatismo que se desprende de la redacción literal del precepto genera auténticas situaciones de impunidad, al reaccionar el sistema penal con la mera expulsión del territorio nacional de autores de delitos de notable gravedad, diluyéndose en gran medida la función coercitiva y disuasoria de la norma penal frente a acciones delictivas de grave entidad. Y es que en el caso de que se acordara la expulsión del penado de forma automática en tales supuestos de penas de cierta gravedad, no sólo se debilitaría el fin preventivo disuasorio de la pena establecida en la norma penal (perspectiva de la prevención general negativa), sino que generaría en el ciudadano cumplidor de la ley una sensación de desprotección y desasosiego ante ciertos actos delictivos, sensación que derivaría en la pérdida de confianza en la intervención estatal frente al desarrollo de algunas conductas delictivas consideradas socialmente como graves (perspectiva de la prevención general positiva).

Por consiguiente, si bien el legislador en su reforma del art. 89 por LO 11/2003 ha

atendido en gran medida a tutelar ciertos objetivos específicos de la política de extranjería o de inmigración, ello no significa que puedan orillarse los fines específicos del sistema penal, ya que de ser así quedaría éste instrumentalizado y desnaturalizado en sus funciones más primordiales. Deben, por tanto, compatibilizarse los objetivos de la política de inmigración con las exigencias preventivo generales (confirmación de las normas que imponen el respeto a los bienes jurídicos tutelados y la desincentivación de conductas delictivas) y con el favorecimiento de la prevención especial (evitar la reiteración en el delito y procurar la reinserción social).

Como casi la totalidad de las resoluciones dictadas por la Sala de Casación se refieren a la aplicación del párrafo primero del art. 89, esto es, a la sustitución en sentencia de las penas privativas de libertad inferiores a seis años, se suscita ahora la cuestión de si ha de acudirse a las mismas pautas jurisprudenciales para aplicar el párrafo segundo del precepto.

3. Circunscribiéndonos ya al supuesto que ahora se contempla, es decir, a la problemática propia de la expulsión del territorio nacional con motivo del cumplimiento de penas de prisión de seis o más años, conviene destacar, de entrada, que si la redacción del párrafo primero presenta aspectos muy conflictivos que han sido objeto de merecidas críticas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, hasta el punto de que —según se ha señalado— ha sido preciso hacer una relectura en clave constitucional del precepto para poder operar con él, otro tanto pudiera decirse en lo que atañe al párrafo segundo.

En primer lugar, porque no parece muy razonable que la sustitución de las penas privativas de libertad de seis años de prisión en adelante deba acordarse en sentencia. Si partimos de la premisa de que la sustitución punitiva se ha de llevar a cabo una vez cumplidas las tres cuartas partes de la pena o cuando el penado ha accedido al período de libertad condicional, resulta claro que lo ha-

bitual será que hayan transcurrido unos años de cumplimiento de la pena privativa de libertad cuando se proceda a ejecutar la expulsión. Por lo cual, lo más probable es que, llegado el momento, ni el penado sea ya la misma persona ni tampoco las circunstancias concretas de su entorno personal, familiar y social hayan perdurado en el tiempo. Ello quiere decir que la fase de sentencia no es la más indicada para adoptar una medida que se va a aplicar transcurridos unos años y cuando muy probablemente ya no permanecen vigentes los datos objetivos con que se ha operado en el momento de acordarse la medida en sentencia.

De otra parte, también se considera en cierto modo contradictorio y distorsionador que a un penado se le esté aplicando un tratamiento penitenciario que tiene como fin primordial su reinserción o rehabilitación social, para, a continuación y sin período intermedio alguno, pasar a adoptar una medida de expulsión que no tiene nada que ver con los fines de integración en el ámbito social, pues lo drástico y expeditivo de su contenido revela unas miras muy distintas a los fines propios de la pena.

No parece tampoco muy compatible con las razones y los fines del Derecho penal que, tras haber cumplido el período más importante de la pena privativa de libertad, esto es, de haber saldado en gran medida las deudas con la sociedad y haber seguido un tratamiento rehabilitador, se acuerde de forma automática la expulsión del territorio nacional del penado sin atender a las consecuencias que de ello se derivan para su situación personal y social y su influencia en el objetivo de una posible reinserción. Con lo cual, al cumplimiento real de la pena privativa de libertad se le suma al final una medida aflictiva que poco tiene que ver con el tratamiento de reinserción precedente y que, como norma general, viene más bien a añadir una nueva pena a la que ya tiene cumplida.

Debe pues entenderse que, a tenor de los argumentos que se han venido exponiendo, procede también ajustar la interpretación

del párrafo segundo del art. 89 del C. Penal a las pautas que se han ido estableciendo en la jurisprudencia a partir de la STS 901/2004, de 8 de julio. De modo que, realizando una lectura en clave constitucional del art. 89 del C. Penal, se opere aquí también con los criterios acogidos en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en los tratados suscritos por España sobre la materia. Ello significa que ha de ampliarse la excepción de expulsión ponderando las concretas circunstancias del penado, su arraigo en nuestro país, la situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen.

Así lo han entendido también el propio Ministerio Fiscal en su Circular 2/2006, de 27 de julio, cuando interpreta el párrafo segundo del art. 89 del C. Penal, y esta misma Sala, si bien de forma tangencial y como *obiter dicta*, en la STS 636/2005, de 17 de mayo.

Por todo lo anterior, le asiste la razón al Ministerio Público en su queja de que el Tribunal de instancia no motivó la denegación

de la expulsión del acusado del territorio nacional una vez que cumpliera la pena en sus tres cuartas partes o tras acceder al tercer grado penitenciario. La falta de toda referencia a los datos individualizadores de la situación personal, familiar y social del acusado impide conocer si la denegación de la expulsión resulta o no acorde a derecho.

Dicho lo anterior, ni cabe ratificar la decisión inmotivada de la sentencia recurrida en la que se denegaba la expulsión, ni tampoco puede acordarse de plano la expulsión sin exponer las razones individualizadoras que la justifiquen. Lo procedente, ante la falta de argumentación sobre datos concretos que permitan dirimir la cuestión suscitada (art. 120.3 y 24.2 de la CE), es anular la denegación de la medida de expulsión del acusado del territorio nacional en las condiciones que se prevén en el art. 89.1, párrafo segundo, y devolver la causa al Tribunal de procedencia para que motive debidamente la denegación de la sustitución punitiva de acuerdo con lo expuesto en el cuerpo de esta sentencia, con declaración de oficio de las costas del recurso, en aplicación del art. 901 de la LECr.

Sentencia 953/2009, Sala de lo Penal del TS, de 30 de septiembre de 2009

LECTURA DECLARACIONES SUMARIALES. PROPOSICIÓN DE PRUEBA AL INICIO DEL JUICIO ORAL

Arts. 24.2 CE y 729.3.º y 730 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García**

SÍNTESIS

Se detiene la sentencia en dos cuestiones referentes a la prueba testifical: de una parte la posibilidad de dar lectura a las declaraciones prestadas en fase sumarial por quien posteriormente no es hallado para que comparezca a juicio oral; por otra, la admisibilidad de la prueba testifical propuesta al inicio de las sesiones del juicio oral de un proceso ordinario con base en el art. 729.3.º LECrim.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

2. Como bien dice el escrito de recurso, en el párrafo primero de su página 5, lo que se combate en este motivo es que se haya fundado la condena de Juan Carlos en la declaración sumarial de la víctima que fue introducida en el juicio oral por la vía del art. 730 de la LECrim.. Se alega en suma una utilización indebida en este caso de esta disposición procesal que dice así: «*Podrán también leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquellas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral*».

Se trata de una forma de introducción para el debate en el juicio oral, en este caso como posible prueba de cargo, de aquellas actuaciones sumariales (o de las diligencias previas) que no sean susceptibles de reproducción en el plenario, siempre que tal imposibilidad de reproducción sea ajena a la voluntad de la parte que solicita tal lectura sumarial.

El concepto clave para el acceso al juicio oral de este excepcional procedimiento de prueba (art. 730) se encuentra en esa imposibilidad de reproducción en el plenario; esto es, tratándose como aquí de una declaración testifical, que no puedan traerse al plenario las manifestaciones directas del testigo; por ejemplo, cuando este haya fallecido o cuando resida en el extranjero o se desconozca su paradero y no pueda ser citado, que es lo que sucedió en este caso. A veces —y parece que esto es lo que pudo ocurrir aquí— la víctima del delito violento tiene miedo a las represalias de su agresor si declara (o ha declarado) contra él y ello motiva que se oculte para no tener que acudir al juicio y para que no se conozca su paradero. Recordamos aquí que el propio médico forense, en su examen a la víctima realizado el mismo día de los hechos (folios 19 y 20 del

sumario), pudo apreciar que el explorado estaba nervioso y atemorizado, según declaró este profesional en el mismo juicio oral —folio 422—.

Lo importante en estos casos es que el tribunal de instancia haya agotado los medios de localización a su alcance para que realmente pueda hablarse de imposibilidad de celebración de la prueba testifical. Y tal imposibilidad aparece afirmada en la propia sentencia recurrida, en el párrafo primero de su página 15, con referencia expresa a una diligencia de la secretaria del tribunal de instancia, de 16 de enero de 2009 (folio 419 del rollo de la sala), donde se hacen constar los seis domicilios en que se intentó citar a Cipriano, siempre con resultado negativo, según los oficios remitidos por las fuerzas y cuerpos de seguridad. Tal imposibilidad no ha sido cuestionada en el caso presente por el recurrente.

Hemos de añadir aquí que, ante la petición de lectura en el juicio oral que hizo el Ministerio Fiscal al inicio de tal acto solemne, la defensa del procesado se opuso, y el tribunal accedió a esa petición; decisión que no fue protestada conforme se hizo constar expresamente en el acta del juicio (folio 420 vto.). En tal acta aparece al folio 421 vto. lo siguiente: «*La víctima no ha comparecido y el Presidente procede a la lectura de la declaración prestada por la víctima en instrucción estando presente el letrado de la defensa e intérprete. Léida la declaración policial igualmente*».

Es decir, hubo una declaración sumarial de A. Cipriano que se leyó en el juicio oral a instancias del Ministerio Fiscal, en un caso acreditado de imposibilidad de citación porque no pudo averiguarse su paradero y, evidentemente sin que en la causa de tal imposibilidad hubiera tenido ninguna intervención la parte que propuso el mencionado testigo (folio 28 del rollo de la sala) y pidió referida lectura, el Ministerio Fiscal.

La única declaración de la víctima ante el Juzgado de Instrucción es la que aparece a los folios 23 a 25 del sumario, que fue prestada el 8 de julio de 2002, tres días después de los hechos, cuando ya el imputado Juan Carlos se había negado a declarar ante la Guardia Civil (folios 10 y 13) y le había sido designado Abogado de oficio (folio 12), el mismo que asistió a la declaración del joven Cipriano (folios 23 a 25) en defensa de los intereses de su representado y que también actuó con la misma función en la que el luego procesado prestó en esa misma fecha (8-7-2002) ante el mismo Juzgado de Instrucción (folios 28 y 29); fecha en la que también tuvo lugar la comparecencia previa a la resolución sobre prisión o libertad del detenido, que en este caso fue de libertad (folios 30 a 31).

Habida cuenta de todo lo expuesto y sobre todo de esta última circunstancia, es decir, de la presencia del letrado defensor del imputado en la declaración prestada por la víctima, hemos de estimar que en este caso la sala de instancia hizo un uso legítimo del art. 730 y que además, dado que tal letrado defensor de Juan Carlos tuvo posibilidad de interrogar al testigo-víctima, quedaron suficientemente atendidas las garantías propias del principio de contradicción: estaba legitimada la sala de instancia para utilizar como prueba de cargo lo manifestado por A. Cipriano en esa su declaración judicial de los mencionados folios 23 a 25.

Hemos examinado estos últimos folios y hemos podido comprobar su coincidencia, en cuanto al episodio central de la agresión sexual con penetración anal y las actitudes del autor y la víctima en ese momento, con lo que se recogió después en los hechos probados de la sentencia recurrida.

Fue aplicado correctamente al caso el art. 730 de la LECrim.
(...)

Tercero.—En el motivo 1.º, único que nos queda por examinar, por el cauce del art. 5.4 de la LOPJ, se denuncia infracción de

precepto constitucional, con mención expresa del derecho de defensa, del derecho a un proceso con todas las garantías en relación con la no inversión de la carga de la prueba y del principio acusatorio.

Pluralidad de vulneraciones que luego (pág. 2 del escrito de recurso) se concreta en la impugnación de la declaración en el juicio oral de un agente de la Guardia Civil que acudió como testigo a propuesta del Ministerio Fiscal, el cual había recibido la denuncia de Cipriano y trasladó a este al hospital donde fue examinado por el médico de guardia y el médico forense.

Se realizan aquí una pluralidad de alegaciones que contestamos a continuación:

A) Nos dice que el Ministerio Fiscal, quien propuso la prueba en el inicio del acto del juicio oral, pudo haberla propuesto antes, pues la actuación de dicho agente en los hechos era conocida desde la práctica del atestado en Valls (Tarragona).

Ciertamente hubo una proposición de prueba extemporánea, pues pudo y debió hacerse en el escrito de calificación provisional. No existe para un procedimiento penal de tramitación ordinaria, el utilizado en el caso presente, el llamado turno de intervenciones del actual art. 786.2 de la LECrim. previsto en los preliminares del plenario solo para el llamado procedimiento abreviado (arts. 757 y ss.), que es donde se permite, entre otras cosas, que se propongan pruebas para practicarse en el acto, esto es, únicamente aquellas para cuya realización no fuera necesaria la suspensión del juicio.

No obstante, entendemos que nos encontramos ante un caso de posible aplicación del n.º 3.º del art. 729, el cual, tras prohibir en el artículo anterior la práctica de pruebas no propuestas por las partes ni otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas (art. 656 de la LECrim.), permite para el juicio oral *«las diligencias de prueba de cualquier clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de*

la declaración de un testigo, si el tribunal las considera admisibles».

Estimamos que, precisamente en este caso, en que ya se conocía, en ese momento inicial del acto del juicio, la ausencia del único testigo que había propuesto el Ministerio Fiscal en su calificación provisional (folio 28), fue correcta la decisión de admitir esta prueba. Ni siquiera protestó el letrado de la defensa cuando, tras manifestar su oposición a la propuesta del Ministerio Fiscal, dijo no formular protesta alguna (folio 420 vto.).

B) Luego, la parte recurrente razona sobre los límites y carácter excepcional que tiene la declaración de los llamados testigos de referencia.

Esta clase de prueba testifical se halla expresamente permitida en nuestra LECrim.,

salvo para los delitos de injuria o calumnia por la prohibición expresa del art. 813, como se deduce de esta misma norma y del 710 que impone un requisito de fondo para su validez: que se precise por el testigo el origen de la noticia con nombres y apellidos o señas de la persona que se la comunicó.

No vamos a extendernos más sobre este tema, porque, a la vista de lo que ya hemos expuesto en el fundamento de derecho anterior, queda de manifiesto que, si prescindieramos de esta prueba, la condena aquí recurrida habría de reputarse inevitable, habida cuenta de los importantes elementos de corroboración de la declaración de la víctima realizada en el sumario y leída en el plenario: la prueba de ADN y el uso de un cuchillo.

Desestimamos también este motivo 1.º

Sentencia 1001/2009, Sala de lo Penal del TS, de 1 de octubre de 2009

ROBO VIOLENTO Y DETENCIÓN ILEGAL

Arts. 163 y 242 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Artemio Sánchez Melgar

SÍNTESIS

A propósito de un supuesto de atraco a entidad bancaria, se repasa de manera muy clara la (oscilante) doctrina jurisprudencial relativa a las relaciones entre los delitos de robo con violencia o intimidación y detenciones ilegales.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Octavo.—Pasando ya a los motivos por infracción de ley, uno de los temas más interesantes que plantean los recurrentes es la absorción de las privaciones de libertad, perpetradas en la comisión delictiva, en el delito de robo violento, aspecto éste que ha

sido objeto de múltiples resoluciones de esta Sala Casacional, sin que exista todavía una doctrina segura, más allá de la casuística de los diversos recursos que resolvemos.

Partimos, eso sí, que las posibilidades que pueden contemplarse son las siguientes: La regla fundamental para conocer si esta-

mos ante un concurso de delitos o de normas ha de ser necesariamente una valoración jurídica por la cual, si la sanción por uno de los dos delitos fuera suficiente para abarcar la total significación antijurídica del comportamiento punible, nos hallaríamos ante un concurso de normas; y en el caso contrario, ante un concurso de delitos.

Veamos tres supuestos diferentes:

1.º El que podemos considerar ordinario, que parte de la concepción de que en todo delito de robo con violencia o intimidación en las personas hay siempre una privación de la libertad ambulatoria, consecuencia necesaria del acto de amenaza o de fuerza física que paraliza los movimientos de la víctima. Habría aquí concurso de normas, con particular aplicación de la regla de la absorción del n.º 3.º del art. 8 CP, porque el precepto más amplio o complejo —el mencionado robo— consume en su seno aquel otro más simple —la detención ilegal—.

En este supuesto encajan no sólo los casos de comisión más o menos instantánea o breve del robo, sino también aquellos otros en que, por la mecánica de la comisión delictiva elegida por el autor, hay alguna prolongación temporal, de modo que también el traslado forzado de un lugar a otro de la víctima o de un rehén o su retención mientras se obtiene el objeto del delito se considera que forman parte de esa intimidación o violencia que se utiliza contra el sujeto pasivo. Si hay una coincidencia temporal entre el hecho de la obtención del elemento patrimonial y el de la privación de libertad ambulatoria, puede aplicarse esta regla de la absorción.

2.º Otro supuesto es aquél en que no se produce esa coincidencia temporal, pues, consumado el hecho de la apropiación material del bien mueble ajeno, se deja a la víctima o a algún rehén atado, esposado, encerrado, en definitiva impedido para moverse de un sitio a otro. Si ello se hace en condiciones tales que el autor del hecho puede pensar que esa privación de libertad posterior al hecho de la consumación del robo lo

ha de ser, no por unos breves momentos, ordinariamente el necesario para poder escapar, sino que cabe prever que tardará algún tiempo en verse libre, nos hallaríamos ante un concurso real de delitos, el primero de robo, y el posterior de detención ilegal a castigar conforme al art. 73 CP. Véase en este sentido la sentencia de esta Sala de 12-6-2001 que excluyó dos delitos de detención ilegal porque la liberación de los dos encerrados en el búnker del supermercado se produjo transcurridos unos cuarenta y cinco minutos. Los empleados del establecimiento tardaron ese tiempo en encontrar el mando a distancia con el que abrir la puerta, y esta circunstancia se consideró no imputable a los acusados al no ser previsible para ellos.

3.º Por último, puede ocurrir que sí exista esa coincidencia temporal entre los dos delitos pues la detención se produce durante el episodio central del robo, es decir, mientras se están realizando las actividades necesarias para el apoderamiento de la cosa; pero ello durante un prolongado período de tiempo, o una entidad vejatoria desproporcionada, durante el cual simultáneamente se está produciendo el despojo patrimonial y el atentado a la libertad personal.

Desde el punto de vista del criterio de la valoración jurídica antes referido, hay que decir que en estos casos la significación ilícita de la detención tiene tal relevancia que no cabe afirmar su absorción en el robo como elemento integrante de la violencia o intimidación propia de este último delito. Nos encontraríamos entonces ante un concurso ideal de delitos del art. 77 CP. Así se viene pronunciando esta Sala en casos de duración claramente excesiva, aunque hay que comprender la dificultad que existe para distinguir este supuesto del examinado en primer lugar. Véanse las sentencias de este Tribunal Supremo de 8-10-1998, 3-3-1999, 11-9-2000 y 25-1-2002. Las tres últimas contemplan casos de tres horas en la privación de libertad transcurridas mientras los autores del robo tenían retenida a la víctima a la que pretendían despojar de su

dinero usando su tarjeta en uno o varios cajeros automáticos. Tan larga privación de libertad no puede considerarse consumida en la violencia o intimidación personal que acompaña a estos delitos de robo. Es necesario aplicar las sanciones de los dos delitos para abarcar la total ilicitud punible de estos comportamientos.

En definitiva, la jurisprudencia ha exigido para entender que la privación de libertad no queda absorbida en la dinámica propia del robo, que el encierro o el traslado no queridos *rebasen el tiempo normal y característico de la mecánica comisiva del robo, debiendo quedar excluidas del tipo sancionador de la privación de libertad las inmovilizaciones del sujeto pasivo del robo de corta duración e inherentes a la actividad expoliatoria desplegada por los agentes*, sin sustantividad propia penal, que queda absorbido por el comportamiento depredatorio (SS. de 28-9-1989, 3-5-1990, 21-10-1991, 22-11-1991, 24-11-1992, 1018/1993, de 3-5, 1122/1993, de 18-5, 1354/1993, de 4-6, 1959/1993, de 10-9, 745/1994, de 7-4, 23-5-1996, 6-7-1998, 11-9-1998, 27-12-1999, 408/2000, de 13-3 y 157/2001, de 9-2).

(...)

Veamos algunos pronunciamientos de esta Sala Casacional, en esta materia.

La STS 1845/1999, de 27 de diciembre, ya declaró que: «... en orden al delito de detención ilegal y su relación con el delito de robo con violencia o intimidación, esta Sala tiene declarado, como son exponentes las Sentencias de 11 de septiembre de 1998 y 6 de julio de 1998, entre otras, que el delito de robo entraña y absorbe la pérdida momentánea de la libertad cuando se realiza durante el episodio central del hecho y que no se cumplen los elementos tendenciales de la figura de detención ilegal al estar comprendida dentro de la normal dinámica comisiva del robo con violencia o intimidación, siempre que quede limitada al tiempo estrictamente necesario para efectuar el despojo según el «modus operandi» de que se trate (Sentencia de 23 de mayo de 1996)».

La STS 1373/2002, de 23 de julio, mantiene que la jurisprudencia ha admitido la absorción de la acción contra la libertad en el tipo de robo con violencia o intimidación en supuestos como el desplazamiento de la víctima a un cajero bancario o incluso cuando aquélla ha sido encerrada en un aseo al objeto de que los autores pudiesen gozar de una más franca impunidad en su huida, pero es cuestión distinta asegurarla mediante la detención de la víctima por un período de tiempo que se espera sea dilatado, indefinido o abierto (SSTS de 11/2002 y 1-9-1999, 9-2-2001 o 27-2-2002). En el caso enjuiciado por tal resolución judicial, «el hecho probado consigna que los acusados procedieron a amordazar a las empleadas atándolas de pies y manos, y que en esa situación rápidamente empezaron a revolver la casa apoderándose de los objetos relacionados, dándose a la fuga al cabo de media hora, es decir, no se dice nada más acerca del estado en que quedaron las víctimas y la consistencia de sus ataduras, pero en el fundamento de derecho mencionado sí consigna la Audiencia que la finalidad de ello era que *no entorpeciesen la sustracción de efectos ajenos*, lo que significa que la privación de libertad mencionada en el ánimo de los acusados no tenía una proyección indefinida que abarcara igualmente la impunidad de su huida, *si no que se contraía al hecho de la sustracción y la mayor facilidad de la misma*. Siendo ello así, dicha privación de libertad debe entenderse absorbida en el tipo contra la propiedad conforme a la doctrina sentada más arriba, por lo que deben ser estimados los motivos de casación argüidos por los dos recurrentes».

La STS 501/2004, de 14 de abril, desestimó el recurso del Ministerio Fiscal, ante los siguientes hechos: «... la privación de libertad se produce, en efecto, durante el largo tiempo de duración que se destaca en el «factum» (dos horas aproximadamente), sin embargo se relata que mientras que dicha persona amenazaba con la pistola, apuntándole en la cabeza a J., obligándole a sentarse a un sofá durante dos horas, B. procedía a

registrar las dependencias de dicho domicilio, enseres, bolsas, maletas etc., en busca de cocaína o heroína, y también en busca de un anillo suyo que creía que J. le había sustraído con anterioridad... Llegando a apoderarse de varios objetos de J... abandonando finalmente, después de dos horas aproximadamente de registro, B. y su acompañante dicho domicilio, con los objetos sustraídos, tras hacer bajar a J. hasta la puerta de la calle». Y razona de la siguiente manera: *«es cierto que se reduce e inmoviliza a la víctima y se le mantiene en el sofá contra su voluntad durante el largo período de tiempo descrito, pero también lo es que ello se produce durante el tiempo necesario para el minucioso registro que se efectúa de la casa con la finalidad de llevar a cabo el apoderamiento de bienes (objetos y drogas), cesando tal retención en cuanto se acabó el registro y se convencieron los autores de que no existía la droga que pretendían sustraer, finalizando a la vez la actividad depredadora; y sin que se prolongara la inmovilización —tal como precisa la sentencia de instancia— ni un momento más del que fue necesario para cometer el robo»*.

En este mismo sentido, la STS 408/2000 de 13 de marzo, en donde la privación de libertad a que fue sometido el ocupante de la vivienda mientras los procesados la registraban en busca de lucro, no excedió de la que era precisa para cometer el robo y, por tanto, quedó subsumido en éste último delito (STS 1634/2001 de 4 de noviembre).

Lo que no puede mantenerse, en el marco de un suceso como el que analizamos, es la

calificación del robo *en concurso real* con uno o varios delitos de detención ilegal, tal y como se describen en la sentencia recurrida, puesto que la jurisprudencia de esta Sala es clara al respecto, pues tal concurso únicamente será de naturaleza real (art. 73 CP) cuando la detención se produzca *una vez concluida la dinámica comisiva del delito de robo*, esto es, una vez terminada la conducta típica del robo (STS 1334/2002 de 12-7), cuando ya el delito de robo se ha consumado (SS. 30-10-1987 y 14-4-1988), aunque la detención se realice a continuación y seguidamente de concluirse el robo (SS. 21-11-1990 y 3-5-1993), como ocurre: cuando los acusados de robo, perseguidos inmediatamente por los policías, consiguen ponerse fuera de la vista y alcance de éstos y *después realizan la privación de libertad* de las personas que están en una vivienda para que les oculten (STS 646/1997, de 12-4); o cuando la detención se prolongó después de finalizado el robo, obligando a la perjudicada a trasladar a los autores de los hechos lejos del lugar donde se había producido el robo (STS 655/2000, de 11-4), o si concluido el robo, los autores realizan otra acción para evitar la libertad de la víctima (STS 1890/2002, de 13-11). En suma, cuando se prolongue por más tiempo del necesario para ejecutar el apoderamiento o cuando el acto es desproporcionado en función del delito de robo concreto cometido. En definitiva, cuando objetivamente tenga mayor entidad el ataque a la libertad que el ataque al patrimonio, aún considerando la inevitable privación de libertad que conlleva (SSTS 479/2003, de 31-3, 12/2005, de 20-1).

Sentencia 925/2009, Sala de lo Penal del TS, de 7 de octubre de 2009

PRINCIPIO ACUSATORIO

Art. 24 CE

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

SÍNTESIS

Expuesta la doctrina constitucional sobre el principio acusatorio recogida en el Acuerdo plenario de 22 de diciembre de 2006 y en la reciente del Pleno del TC 55/2009 que impide la imposición de pena superior a la solicitada por las acusaciones, se razona por la Sala su inaplicación al caso de autos ya que la vinculación debe ceder cuando la pena en concreto solicitada por la acusación no se ajuste a las previsiones legales, prevaleciendo así el criterio sostenido en el Acuerdo Plenario de la Sala de 27 de noviembre de 2007.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Mejor destino ha de tener la denuncia implícita del recurrente de violación del principio acusatorio, por cuanto el Ministerio Fiscal solicitó la imposición de una pena de multa de 900 euros sin arresto sustitutorio y el Tribunal ha impuesto una multa de 9.000 euros con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un mes.

La queja que es apoyada por el Ministerio Fiscal debe ser parcialmente estimada.

En efecto la STC 347/2006 de 11-12 —con invocación de la doctrina jurisprudencial que se desprende de la STC 228/2002 de 9-12—, ya había incluido la vinculación al *quantum* de la pena entre las exigencias del principio acusatorio: «... hemos afirmado —razona el Tribunal Constitucional— que el Juez puede condenar por un delito distinto que el sostenido por la

acusación o acusaciones siempre y cuando se trate de un delito homogéneo con el que fue objeto de acusación y siempre y cuando no implique una pena de superior gravedad. Pero, en todo caso, como límite infranqueable en el momento de dictar Sentencia, al Juez le está vedado calificar los hechos de manera que integren un delito penado más gravemente si este agravamiento no fue sostenido en juicio por la acusación, ni imponer una pena mayor que la que corresponda a la pretensión acusatoria fijada en las conclusiones definitivas, dado que se trata de una pretensión de la que no pudo defenderse el acusado».

En esta dirección el Pleno no jurisdiccional para la unificación de criterios de esta Sala Segunda, celebrado el 20-12-2006, adoptó el acuerdo mayoritario de que «El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que

sea el tipo de procedimiento por el que se sustancia la causa».

Tal criterio ha sido aplicado ya por esta misma Sala en numerosas sentencias, a partir de la STS 1319/2006 de 12-1-2007, 20/2007 de 22-1, 159/2007 de 21-12, 329/2007 de 27-4, 424/2007 de 18-5, 504/2007 de 28-5, que recuerdan que, respecto a la posibilidad de imponer pena superior a la más grave de las solicitadas por las acusaciones, la razón que justifica un cambio en el punto de vista seguido hasta ahora y que produzca la vinculación del juzgador a la pena en concreto solicitada, como ámbito delimitador de las facultades del Tribunal sentenciador, deriva de la esencia misma del principio acusatorio, y en suma, de la estructura del proceso penal, denominado acusatorio, en donde quedan perfectamente escindidas las funciones de acusar y de juzgar, de modo que no puede nunca un mismo órgano arrogarse ambas, bajo pretexto alguno. Del mismo modo que el Tribunal sentenciador no puede condenar por un delito que no haya sido imputado por la acusación, tampoco puede imponer una pena que no le haya sido solicitada por acusación alguna, pues ambos mecanismos se basan en el respeto al principio acusatorio, y sus correlativas derivaciones de congruencia y defensa.

Dicho principio acusatorio deriva del derecho fundamental al proceso debido (proceso con todas las garantías: art. 24.2 CE), y es manifestación, como decimos, del principio de congruencia y defensa. De modo que este principio ha de quedar restringido no solamente al *factum* sino a la misma calificación jurídica, y dentro de ésta, tanto al título de imputación (delito), como a la propia petición punitiva contenida en la más grave de las acusaciones. Ciertamente es que, con respecto a la calificación, han de tenerse en cuenta los conceptos de identidad fáctica y de homogeneidad en la calificación jurídica, pero lo relevante ahora es la vinculación respecto a la pena en concreto solicitada, pues nuestra jurisprudencia anterior había

sostenido que no se producía vulneración de tal principio cuando el Tribunal sentenciador se aparta de la concreta petición acusatoria y desborda su umbral, manteniéndose dentro de la banda prefijada por el legislador en el correspondiente tipo penal, si aquél motivaba justificadamente tal elevación en consideraciones atinentes al caso enjuiciado, desenfocando en cierta manera el contenido del art. 851.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como consecuencia de este reproche casacional.

(...)

Postura ésta seguida en la reciente sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, 155/2009 de 25-6, Fundamento Jurídico sexto, que establece: «Pues bien, es conveniente aclarar y perfilar la doctrina constitucional de la que se ha dejado constancia, referida al alcance del deber de congruencia entre la acusación y el fallo en lo que respecta en concreto a la posible pena a imponer.

Con la perspectiva constitucional que nos es propia resulta preciso replantear la cuestión y avanzar un paso más en la protección de los derechos de defensa del imputado y en la preservación de la garantía de la imparcialidad judicial en el seno del proceso penal, en el sentido de estimar que, solicitada por las acusaciones la imposición de una pena dentro del marco legalmente previsto para el delito formalmente imputado, el órgano judicial, por exigencia de los referidos derechos y garantía constitucionales, en los que encuentra fundamento, entre otros, el deber de congruencia entre acusación y fallo como manifestación del principio acusatorio, no puede imponer pena que exceda, por su gravedad, naturaleza o cuantía, de la pedida por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancia la causa, aunque la pena en cuestión no transgredía los márgenes de la legalmente prevista para el tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso.

De este modo, por una parte, se refuerzan y garantizan en su debida dimensión constitucional los derechos de defensa del acusado.

En efecto, la pena concreta solicitada por la acusación para el delito formalmente imputado constituye, al igual, por lo menos, que el relato fáctico y la calificación jurídica en la que aquélla se sustenta, un elemento sin duda esencial y nuclear de la pretensión punitiva, determinante, en cuanto tal, de la actitud procesal y de la posible línea de defensa del imputado.

(...)

Esta doctrina constitucional, en los términos en los que ha quedado expuesta y perfilada, sobre el deber de correlación, como manifestación del principio acusatorio, entre la acusación y el fallo en el extremo concerniente a la pena a imponer, viene a coincidir substancialmente, como el Ministerio Fiscal pone de manifiesto en sus alegaciones, con el criterio que al respecto mantiene actualmente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo».

Cuarto.—No obstante lo anterior en el caso presente no es exactamente igual a los anteriores. En efecto en este caso el Ministerio Fiscal, junto a la pena de prisión de 4 años, solicitó, con evidente error, posiblemente mecanográfico, una pena «de multa de 900 euros con la responsabilidad civil subsidiaria prevista en el art. 53 del CP», cuantía de la multa que no se adecuaba a los parámetros establecidos en los arts. 368 y 377 que tratándose de sustancias que causan grave daño a la salud, establecen una multa proporcional del tanto al triplo del valor de la droga, valor que según se desprende del relato fáctico sería de 5.500 euros, motivo por el que la sentencia de instancia, Fundamento Jurídico cuarto, impone la multa de 9.000 euros con la responsabilidad personal subsidiaria de un mes.

El supuesto es, por tanto diferente, pues se refiere al caso en que la acusación estructura erróneamente la vertiente punitiva de

modo que no postulan una pena que el legislador anuda al comportamiento delictivo.

En este supuesto no vio la doctrina tradicional inconveniente alguno para «implantar» o si se quiere «subsanan» la actuación de las acusaciones y además la pena a las postuladas de la Ley, si se consideraba un simple olvido de aquéllas.

En este sentido el Tribunal Constitucional, sentencia 163/2004 de 4-10, declaró que: la imposición de multa, comprendida en el tipo que fue objeto de la acusación y que no fue pedida por error por el Ministerio Fiscal no quebranta el derecho de defensa, pues el acusado pudo defenderse del tipo penal en el debate contradictorio del juicio oral y el Tribunal motivó la razón por la que imponía la pena (SSTC 59/2000 de 13-3, 75/2000 de 27-3, 76/2000 de 27-3, 92/2000 de 10-4, 122/2000 de 16-5, 221/2001 de 3-10), pena forzosamente vinculada al tipo delictivo por el que se formuló la acusación (SSTC 17/88 de 16-2, 49/97 de 10-3; ATC 37/87 de 25-3), y que se impuso en su grado mínimo.

Por tanto un error material en la solicitud de la pena, por clara divergencia entre lo pedido en el escrito de acusación y la pena que señala la Ley para el delito que es objeto de la acusación, no vincula al Tribunal sentenciador en base al principio de legalidad, y la imposición de la pena en su misma extensión, pena mínima que no necesita ser motivada porque no es sino una consecuencia legal.

Criterio que prevaleció en el Pleno de esta Sala Segunda de 27-11-2007 que adoptó el siguiente acuerdo: *«el anterior Acuerdo del Tribunal Supremo, de fecha 20 de diciembre de 2006, debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima esta-*

blecida para el delito objeto de condena». Y que ha sido ya seguido por la STS 11/2008 de 11-1.

Por tanto, la vinculación debe ceder cuando la pena solicitada no se ajuste a la Ley o a las reglas generales de determinación contenidas en el art. 66 CP, que hagan imperativa la fijación de la pena puntual por encima del límite pretendido por las acusaciones.

Supuesto este que sería el contemplado en el presente recurso.

El Ministerio Fiscal solicitó una pena de multa, notablemente inferior a la mínima procedente, según las previsiones de los arts. 368 y 374 CP, y se limitó a pedir la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el art. 53 CP, pero sin concretar su duración. Consecuentemente lo procedente, a tenor del acuerdo del Pleno de 27-11-2007, es la imposición de la pena en su mínima extensión, esto es 5.500 euros, manteniendo la responsabilidad personal subsidiaria, ca-

so de impago, de un mes, por cuanto si bien el art. 53.2 en los supuestos de multa proporcional solo prevé la duración máxima de la responsabilidad personal subsidiaria, un año sin fijar el límite mínimo, la pena de multa, tanto la de días-multa de más de dos meses como la multa proporcional cualquiera que sea su cuantía tienen la consideración de penas menos graves [art. 33.3 i y j)], por lo que la previsión del art. 53.1 para la responsabilidad personal subsidiaria en el caso de la multa con cuota diaria (un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas) que determinaría una extensión mínima de 1 mes para la responsabilidad personal subsidiaria de la multa menos grave, puede ser aplicada de forma analógica a la pena menos grave de la responsabilidad personal subsidiaria derivada de la multa proporcional.

Quinto.—Estimándose parcialmente el recurso, las costas se declaran de oficio, art. 901 LECrim.

Sentencia 984/2009, Sala de lo Penal del TS, de 8 de octubre de 2009

ALZAMIENTO DE BIENES

Art. 257.1.2.º Código Penal

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

SÍNTESIS

Interpretación jurisprudencial del alcance del número 2 del artículo 257.1 del Código Penal, con especial consideración de la posible atipicidad (apreciada en la sentencia) en caso de satisfacerse otros créditos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...)

Sobre este particular, la jurisprudencia de esta Sala tiene reiteradamente declarado que

no concurre el delito de alzamiento de bienes cuando aquello que sustrae el deudor a la posible vía de apremio del acreedor fue empleado en el pago de otras deudas real-

mente existentes, pues lo que se castiga es la exclusión de algún elemento patrimonial a las posibilidades de ejecución de los acreedores en su globalidad y no individualmente en determinados, ya que esta figura no es una tipificación penal de la violación de las normas relativas a la prelación de créditos, que se regirán por las disposiciones del derecho privado cuya inobservancia no constituye el objeto de delito ahora examinado (SSTS 1170/2001, de 18-6; 1962/2002, de 21-11; 1471/2004, de 15-12; 1052/2005, de 20-9; 1604/2005, de 21-11; y 19/2006, de 19-1).

Por consiguiente, en el presente caso el hecho de que el acusado destinara el dinero a efectuar pagos que todo indica que estaban directamente relacionados con deudas de la empresa excluiría la aplicación del tipo penal, máxime cuando las dos cantidades que se refieren en el relato fáctico como indicios objetivos de la conducta defraudatoria (30.000 y 44.000 euros) eran dos anticipos destinados a iniciar dos obras concretas de dos clientes, tal como se reseña en la propia narración de hechos.

No obstante, el hecho de que la condena haya sido dictada en aplicación del art. 257.1.2.º del C. Penal (impedir la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio mediante cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones) nos obliga a realizar algunas consideraciones sobre esta modalidad de alzamiento de bienes y el pago efectuado como favorecimiento de algunos acreedores.

En efecto, tal como ya se ha reseñado, la jurisprudencia ha seguido una línea uniforme en orden a la inaplicación del delito de alzamiento de bienes cuando el dinero se destina al pago de otras deudas existentes. Sin embargo, se suscita el interrogante de si esa doctrina sigue vigente cuando se trata de aplicar la modalidad de alzamiento del art. 257.1.2.º del C. Penal.

La sentencia 1536/2001, de 23 de julio, supuso en cierta medida una modificación de la doctrina tradicional sobre la atipicidad de la conducta cuando el deudor se limita a

favorecer a unos acreedores frente a otros, si bien referida a la modalidad específica de alzamiento del art. 257.1.2.º del C. Penal. En la sentencia se argumenta en el sentido siguiente:

«Se estará ante una conducta de favorecimiento de acreedores, situada extramuros del Código Penal cuando el futuro insolvente solventa sus deudas con alguno de los acreedores, perjudicando al resto siempre que aquél no esté constreñido a satisfacer el crédito pospuesto en el pago, por el contrario, cuando exista este constreñimiento jurídico debe estimarse que no existe causa de justificación que ampare tal anticipación de pago, y que en consecuencia en la medida que con el pago efectuado se ha constituido en una situación de insolvencia, es decir sin bienes, ante el resto de los acreedores, singularmente ante aquel acreedor que ostentaba un crédito ya realizable, ha de estimarse tal acción como incurso en el nuevo supuesto contemplado en el art. 257.1.º párrafo segundo que solo exige que el crédito pretendido sea ejecutivo, habiéndose ya iniciado la ejecución o siendo previsible su iniciación, debiéndose deducirse el elemento subjetivo tendencial consistente en la intención de causar perjuicio a los acreedores, como objetivo intentado, sin que se exija su efectividad, de la propia prueba indiciaria que exista al respecto en el supuesto contemplado, ya que, la acreditación de este elemento interno, como juicio de intenciones que anima la acción del culpable, se acreditará más bien por prueba indirecta o indiciaria, que por prueba directa —STS de 20 de enero de 1997».

Sin embargo, en la sentencia 1052/2005, de 20 de septiembre, se dictó un fallo absoluto al no aplicarse el art. 257.1.2.º del C. Penal a una conducta consistente en destinar el dinero procedente de la venta de dos fincas al pago de otras deudas, una de las cuales incluso no estaba vencida. Aquí se operó con la doctrina tradicional sobre el tipo genérico de alzamiento de bienes, pues se argumentó que «no hay alzamiento de bienes

cuando aquello que sustrae el deudor a la posible vía de apremio del acreedor fue empleado en el pago de otras deudas realmente existentes, pues lo que se castiga es la exclusión de algún elemento patrimonial a las posibilidades de ejecución de los acreedores en su globalidad y no individualmente determinados, ya que esta figura no es una tipificación penal de la violación de las normas relativas a la prelación de créditos».

Pues bien, a la hora de dirimir el dilema interpretativo tan gráficamente expresado en el contenido de las dos sentencias citadas, se considera que concurren argumentos de mayor peso para sostener una aplicación restrictiva del tipo penal del art. 257.1.2.º

En primer lugar, porque al proteger el tipo penal el bien jurídico patrimonial consistente en el derecho subjetivo de los acreedores a que no se defraude la responsabilidad universal del deudor prevista en el art. 1911 del C. Civil, ha de entenderse que la norma punitiva debe aplicarse cuando se incurra realmente en una conducta que genere una situación de insolvencia que dificulte o impida el ejercicio del derecho de los acreedores. Y desde luego en los casos en que el deudor se limita a pagar a unos acreedores con prioridad a otros no se estaría generando o incrementando la situación de insolvencia, sino que su comportamiento se reduciría a la mera liquidación de las deudas derivadas de una situación de insolvencia ya generada con anterioridad. Ello significa que, en principio, no parece que se menoscabe con esa clase de conductas el bien jurídico tutelado por la norma penal, aunque sí se podrían vulnerar otras normas y otros intereses del ordenamiento jurídico privado.

La aplicación del art. 257.1.2.º del C. Penal en esos casos resulta de difícil justificación debido a la irrelevancia del menoscabo del bien jurídico que protege el delito de alzamiento de bienes. La aplicación del tipo penal sólo cabría justificarla mediante el encubramiento de otro bien jurídico complementario que legitimara la aplicación del precepto nutriendolo de una nueva antijuridicidad. Podría hablarse entonces de una

posible protección de la administración de justicia, al promoverse la eficacia de los juicios de ejecución y de apremio. Ello implicaría, sin embargo, una interpretación de la norma excesivamente amplia, pues se volatizaría de modo sustancial la tutela del bien jurídico protegido en el capítulo de las insolvencias punibles para extender la aplicación del precepto a supuestos que deberían incardinarse en otros títulos del texto penal.

De otra parte, el hecho de que se haya tipificado en el C. Penal actual de forma específica el favorecimiento de acreedores como delito en el art. 259, sólo para el supuesto de que la posposición de acreedores se lleve a cabo cuando haya sido admitida a trámite una solicitud de concurso de acreedores, puede ser indicativo de que, *a contrario sensu*, el objetivo del legislador sea realmente desplazar fuera del sistema penal los favorecimientos de acreedores previos a las situaciones concursales formalizadas.

A la misma conclusión excluyente de la tipicidad nos conduce la propia redacción del art. 257.1.2.º cuando se refiere a un procedimiento «iniciado o de previsible iniciación». El hecho de que la norma no sólo proteja los créditos ya reclamados en procedimientos judiciales y extrajudiciales o administrativos, sino también aquéllos de *previsible reclamación* en uno de esos procedimientos, entrañaría, en el caso de que se subsuman en la norma penal los supuestos de favorecimiento de acreedores, la expansión del Derecho penal a numerosas situaciones conflictivas de posposición de acreedores en las que el deudor no se haya realmente insolventado con su conducta, introduciendo en el ámbito punitivo todas las cuestiones relativas a la prelación de créditos, con lo que se hipertrofiaría su contenido y se desnaturalizarían sus funciones.

Desde la perspectiva, pues, del *elemento objetivo* del tipo penal, al no constatar en este caso que el acusado estuviera ocultando o evadiendo el patrimonio para generar insolvencia en perjuicio de los acreedores, no cabe apreciar el delito de alzamiento de bienes. Los indicios claros de insolvencia pre-

via del acusado, el origen de las dos cantidades reseñadas en la sentencia de instancia y los movimientos bancarios posteriores al ingreso de los 30.000 euros impiden hablar de una maniobra de ocultación o de evasión por parte del ahora recurrente. Y es que no consta que su conducta incrementara realmente la situación previa de insolvencia patrimonial del acusado. Sólo debe, por tanto, hablarse del mero pago preferente de unas deudas con respecto a otras.

2. En otro orden de cosas, y en lo que atañe a los *elementos subjetivos* del delito de alzamiento de bienes, la jurisprudencia de esta Sala viene entendiendo de forma mayoritaria que la expresión «en perjuicio de sus acreedores» que contiene el texto del art. 257 del C. Penal ha de interpretarse como la exigencia de un ánimo específico de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores (SSTS 2068/2001, de 8-11; 440/2002, de 13-3; 1716/2003, de 17-12; 7/2005, de 17-1; 1522/2005, de 20-12; 1117/2007, de 28-11; 538/2008, de 1-9; 372/2009, de 8-4; y 557/2009, de 8-4), ánimo específico que en algunas resoluciones es conceptualizado jurisprudencialmente como un elemento subjetivo del injusto (SSTS 667/2002, de 15-4; 974/2002, de 27-5; 590/2006, de 29-5; y 557/2009, de 8-4). Si bien en otras sentencias se argumenta que el tipo penal no exige una intención específica de producir perjuicio, pues el conocimiento del peligro concreto de la realización del mismo, es decir el dolo, por sí mismo implica ya el conocimiento del perjuicio que se causa (SSTS 2170/2002, de 30-12; 161/2003, de 6-2; 944/2004, de 23-7; 1564/2005, de 4-1; y 234/2005, de 24-2).

La exigencia de un dolo específico o de un elemento subjetivo del injusto, al margen de su posible cuestionamiento dogmático, viene a complicar probatoriamente el elemento subjetivo del tipo, pues si difícil es verificar en muchos casos el dolo básico, más lo es todavía discernir en términos em-

píricos entre dos niveles de dolo en el delito de alzamiento de bienes atendiendo a la intensidad anímica del acusado.

Sin embargo, sea cual fuere la modalidad de dolo que se requiera para la aplicación del tipo penal, lo cierto es que aquí concurren datos objetivos que convierten en plausible la versión del acusado de que su conducta pretendía únicamente abonar unas deudas que tenía con otros acreedores y atender al destino de unos anticipos dinerarios aportados por dos clientes que tenían como objetivo el inicio de unas obras concretas en sus viviendas. No debe olvidarse, además, que la exclusión del elemento objetivo del tipo penal impide, tal como ya se anticipó, apreciar el delito y construir una inferencia evidenciadora del elemento subjetivo del tipo, independientemente de cuál fuera el móvil o fin último con que actuara el acusado.

La doctrina mayoritaria viene considerando, ciertamente, que el ánimo de perjudicar a los acreedores integra un elemento subjetivo del injusto típico, elemento que, a tenor de lo que se ha argumentado con respecto a las connotaciones de la conducta externa del acusado, no parece de fácil apreciación en el supuesto que se enjuicia. Pues, aunque el acusado pudiera perjudicar a algunos acreedores al posponerlos a otros a la hora de abonar las deudas y actuara con conocimiento de ello, ésta no es la clase de perjuicio que tutela el tipo penal aplicable en el presente caso, ya que el delito pretende castigar las conductas consistentes en insolventarse en perjuicio de los acreedores, y no la mera distribución del orden de pago de las deudas derivadas de una situación de insolvencia ya generada con anterioridad.

En consecuencia, ha de entenderse que no se dan los elementos del tipo penal y por tanto debe estimarse el recurso de casación y anularse la sentencia impugnada, declarándose de oficio las costas de esta instancia (art. 901 de la LECrim.).

Sentencia 1020/2009, Sala de lo Penal del TS, de 9 de octubre de 2009

DICTAMEN PERICIAL

Art. 849.2.º LECrim.

Ponente: Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver Tolivar

SÍNTESIS

Doctrina general sobre la virtualidad de los dictámenes periciales como «documentos», a efectos del artículo 849.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, hábiles para evidenciar el error de hecho en la apreciación de la prueba.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—1. El error valorativo que autoriza este motivo casacional exige la concurrencia de ciertos requisitos señalados por esta Sala en numerosas y reiteradas Sentencias: a) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase —como las pruebas personales por más que estén documentadas; b) que evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; c) sin que el dato que el documento acredite se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba; y d) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar, ya que el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo (Sentencias de 24 de enero

de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997 y 27 de abril y 19 de junio de 1998, entre otras).

Los peritajes no son documentos sino pruebas personales documentadas valorables por el Tribunal según su conciencia (art. 741 de la LECriminal); pero excepcionalmente admite esta Sala (Sentencia 11 de noviembre de 1996, entre otras) la virtualidad de la pericia para fundar la modificación del *factum* de la Sentencia por la vía del art. 849.2.º de la LECriminal cuando, existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes, y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal acoge la pericia como base única de los hechos declarados probados, incorporando el dictamen de modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, alternado gravemente su originario sentido, o bien el Tribunal llega a conclusiones divergentes a las de los citados informes sin expresar las razones que lo justifican, ofreciendo así un razonamiento disconforme con las reglas de la ló-

gica, la experiencia o los criterios firmes del conocimiento científico.

2. En el presente caso, con relación al acusado Jacinto, el error se sustenta en el informe emitido por dos médicos especialistas —entre otras materias— en medicina legal y forense. En él se detallan ampliamente los exámenes y análisis hechos al acusado y entre sus conclusiones se dice que es consumidor de cocaína, aparte cannabis y alcohol, con un tiempo de permanencia en el consumo de catorce años; y que esto le provoca una disminución de sus facultades volitivas e intelectivas. Frente a este dictamen médico, no existe ningún otro ni prueba que sobre la misma cuestión presenten resultados contradictorios, en oposición al informe. El Tribunal sin embargo acoge parcialmente sus conclusiones aceptando que es consumidor de sustancias estupefacientes, pero rechazando que esa adicción afecte a sus facultades intelectivas o volitivas; con razones que en este trámite casacional no podemos aceptar como justificativas del apartamiento de las conclusiones del experto.

En efecto, no es acertado en primer lugar minusvalorar este dictamen tachándolo de informe de parte diciendo que por ser ésta quien satisface los honorarios del perito es impensable que pueda decir cosa distinta de lo que interesa al proponente de la prueba. No es admisible este modo de razonar porque una pericia no deja de ser tal porque sea la parte quien proponga la prueba y trayendo al proceso la opinión científica del experto que estime oportuno. Por otro lado el legítimo cobro de unos honorarios por el trabajo realizado no significa que el perito ponga en venta la verdad científica aceptando mentir en favor del proponente. Semejante suposición constituye una grave descalificación sin fundamento ni más apoyo que una injustificada desconfianza del Tribunal. Puede la Sala expresar otras razones, si las tiene, para rechazar el crédito o el rigor del informe, pero en modo alguno fundar apriorísticamente su descalificación por el hecho normal de que un profesional cobre

legítimamente sus honorarios, que son la justa compensación de su trabajo, sin que por ello haya de tener una orientación torcida y falaz.

En segundo lugar tampoco es admisible negar que la titulación del perito sea la indicada para diagnosticar alteraciones que afecten a las facultades intelectivas y volitivas: se trata de un Doctor en Medicina, ex profesor de Medicina Legal y Forense, experto en toxicología y toxicomanía, que elabora el dictamen en unión de otro médico especialista en medicina legal y forense, expresando los exámenes efectuados y metodología de estudio —incluido un análisis de orina que dio resultado positivo a la cocaína—, en términos suficientemente rigurosos como para merecer el necesario crédito científico.

Y en tercer lugar no tiene la relevancia que la Sala de instancia pretende el sólo hecho del que el Tribunal no apreciara en el acusado, con la intermediación del Juicio Oral, las secuelas y el deterioro que son propias de una intensa drogadicción durante décadas. Esas manifestaciones son visibles y perceptibles a simple vista por un profano en el campo científico, cuando el sujeto ya padece un grave deterioro psico-orgánico, lo que no significa que antes de resultar evidente y visible esa degradación no pueda padecer una merma o limitación de facultades volitivas o intelectivas en términos penalmente relevantes para atenuar la responsabilidad.

En definitiva: existe un único informe médico, no contradicho por ninguna otra prueba; cuyas conclusiones son recogidas parcialmente por el Tribunal de la instancia, sin motivación razonable que justifique su fragmentaria incorporación al relato histórico. Procede en consecuencia apreciar el error fáctico denunciado e incluir en el relato histórico la parte relevante del informe médico omitida en la sentencia, respecto al recurrente Jacinto, es decir: que es consumidor de cocaína, cannabis y alcohol con un tiempo estimado de permanencia en el consumo de catorce años; y que ello le ha provocado una disminución de las capacidades volitivas e intelectivas.

Sentencia 997/2009, Sala de lo Penal del TS, de 9 de octubre de 2009

ESTAFA

Arts. 248 y 252 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

SÍNTESIS

Se analiza en la sentencia la tipicidad de la conducta consistente en disponer de cuenta corriente de titularidad de la comunidad postganancial, precisando cómo en el caso enjuiciado se trata de una conducta típica de estafa y no de apropiación indebida.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—En el primero de los motivos, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, combaten los recurrentes la subsunción de los hechos probados en el tipo delictivo de la estafa por la que vienen condenados, estimando que esa condena implica infracción del artículo 248.1 del Código Penal.

La argumentación del motivo parte de que el dinero de que disponen los acusados «no integra patrimonio ajeno» por lo que de los hechos, además, «no deriva perjuicio patrimonial alguno». De lo anterior derivaría la inexistencia de desplazamiento patrimonial y lucro ilícito alguno.

La configuración jurídica de las circunstancias en que los acusados despliegan el comportamiento penado se determina, atendiendo a los datos probados, como sigue:

a) la madre de los querellantes tenía constituida una sociedad de gananciales con el padre de los querellados. En el activo de tal sociedad, al día del fallecimiento de éste se integraba parte del saldo de la cuenta en Caja-Madrid, en la que figuraba como titu-

lar el padre y estaban autorizados los hijos querellados. Y también la cuenta en Banesto identificada en sus últimas cifras 3271, de la que el padre era titular y uno de sus hijos autorizado;

b) al fallecimiento del padre queda constituida simultáneamente lo que la doctrina viene denominando «sociedad postganancial», integrada por el cónyuge viudo superviviente y los herederos del causante fallecido, que son los hijos acusados. Obviamente sin perjuicio de los derechos hereditarios, respecto del fallecido, que corresponden a la viuda. Esa cotitularidad concierne a lo que hasta el momento del fallecimiento del padre integraba el patrimonio ganancial. Y por ello el saldo de las cuentas antes referidas, sin perjuicio de la eventual deducción del importe de dicho saldo en la cuenta de Caja-Madrid al tiempo del matrimonio de los padres de querellantes y querellados.

c) Respecto de dicha situación jurídica tiene dicho el Tribunal Supremo en su Sentencia 458/2007 de 9 de mayo que *se rige por las normas de la comunidad ordinaria* (SSTS de 6 de junio de 1997, 21 de noviembre de 1987, 3 de marzo de 1998, 19 de junio de 1998, 7 de diciembre de 1999 y 13 de

diciembre de 2006, entre otras), respecto de la cual no cabe la alteración de la cosa común, y consiguientemente la enajenación, sin consentimiento de todos los condóminos (art. 397 CC y SSTs de 10 de diciembre de 1966, 25 de junio de 1995, 25 de junio de 1990, 31 de marzo de 1997 y 23 de enero de 2003).

En la n.º 1275/2006 de 13 de diciembre, también dijo: disuelta, pero no liquidada, la sociedad de gananciales, se constituye entre los cónyuges una comunidad de bienes, la comunidad postganancial, sujeta a las normas que rigen la comunidad ordinaria de bienes, arts. 392 y siguientes del Código Civil. Es doctrina reiterada de esta Sala, en interpretación del art. 394 del Código Civil, la de que cualquiera de los comuneros puede ejercitar acciones en beneficio de la comunidad, siempre que no se demuestre una actuación en beneficio exclusivo del actor (Sentencias, entre otras, de 6 de junio de 1997, 3 de marzo de 1998 y 7 de diciembre de 1999).

d) Por tanto los acusados podían disponer del dinero de las cuentas indicadas pero no en exclusivo y personal beneficio.

De ello deriva que al llevar a cabo los reintegros que se declaran probados, trasladando los importes de titularidad postganancial a depósitos bancarios de su titularidad exclusiva, y, luego, disponer de estos importes en su exclusivo personal beneficio, causaron un correlativo perjuicio patrimonial al patrimonio de la comunidad postganancial, titularidad en parte de la madre de los querellantes.

Segundo.—Establecido lo anterior es necesario establecer si eso implica un comportamiento tipificado y, en su caso, si lo es a título de estafa o apropiación indebida.

La disposición de dinero depositado en cuenta bancaria bajo titularidad no exclusiva del que dispone ha sido calificado por este Tribunal como delito de apropiación indebida.

Así en la Sentencia de esta Sala de 20-6-2003, n.º 899/2003, rec. 57/2002 dijimos: Podemos citar cuatro sentencias de esta sala que, respecto de estos casos en que hay copropiedad con relación a una cantidad de dinero que posee uno de los condueños en su totalidad, considera que comete delito de apropiación indebida quien se queda con la parte que corresponde a otra u otras personas. Hay en estos casos una recepción de una cosa mueble a virtud de un título que obliga a entregar la parte ajena a su dueño, de modo que si se queda con todo para sí comete este delito (o falta, según la cuantía). Son las sentencias de 19-12-1974, 14-10-1993, 9-5-1994 y 28-4-2000, esta última referida a un premio de bingo para tres amigas cuando una de ellas lo cobró y se quedó con su importe total. En estos casos hay apropiación indebida respecto de aquella parte que pertenecía a la otra u otras personas. Podemos leer en la primera de tales cuatro sentencias, en la de 19-12-1974, lo siguiente: *«En tiempos pretéritos la idea de hurto, estafa o apropiación indebida de cosa común repugnaba a la doctrina y a la jurisprudencia porque no resplandecía debidamente el requisito, juzgado indispensable, de la alienación o ajenación de la cosa sustraída, defraudada o apropiada, pero posteriormente, se comprendió que la cosa común en sí no es ajena, pero lo es en tanto en cuanto excede de la parte que corresponde al sustractor, defraudador o apropiador, resultando así idóneo para la comisión de tales delitos todo cuanto sobrepase la cuota, porción, parte o interés, aunque sea ideal o intelectual, cuya titularidad pertenezca al culpable»*.

En la más reciente Sentencia de 5-2-2004 el Tribunal de la instancia había dicho que: *«quien hace uso de una tarjeta de compras, fingiendo la disponibilidad de la cuenta bancaria en la que están domiciliados sus pagos, efectuando compras silenciando que ya no tiene autorización para disponer de tal cuenta comete el delito de estafa del art. 248 CP, pues ha violado la prohibición del titular de la cuenta bancaria para disponer*

de ella». Pero esa calificación fue rechazada por este Tribunal Supremo que la calendada resolución dijo que el acusado, mientras no habían tenido efecto determinadas medidas provisionales que le concernían tenía frente a terceros la capacidad de obligar a la titular de las cuentas y que el vendedor no se representó otra cosa. Con otras palabras: el vendedor no fue engañado, pues en ese momento su autorización no estaba cancelada frente a terceros... No obstante, es evidente también que el acusado había vulnerado sus deberes frente a la persona que lo autorizó a cargar gastos en su cuenta y, de esa manera, infringió un deber de confianza mediante una distracción de dinero en el sentido del art. 252 CP. Es decir: debió ser condenado por la comisión de un delito de administración desleal y no por el delito de estafa. 4. Por otra parte, y esta es la cuestión central del presente caso, la subsunción del hecho bajo el tipo penal de la estafa es incorrecta porque la estafa requiere que el sujeto que realiza la disposición patrimonial lesiva del patrimonio sea el mismo que el engañado.

En el caso ahora juzgado cabe proclamar, como en los de las sentencias que citamos, la ilicitud de la disposición en exclusiva. Pe-

ro el método seguido para la ilícita disposición por los acusados difiere de los allí examinados. Concordamos pues con la sentencia de instancia en que concurre un engaño al ocultar los acusados que ha desaparecido su título de disposición anterior al fallecimiento de su padre. Éste no podía facultarles disposiciones para después de su fallecimiento. Y ello sin entrar a examinar el alcance y validez de la autorización para tales disposiciones en vida del causante, dada la naturaleza ganancial —al menos en parte— de los saldos bancarios. Y el engaño se integra también porque al ocultar el fallecimiento del titular de la cuenta en que se llevan a cabo los reintegros, esa ocultación lo es también de la nueva titularidad y, con ella, nuevo régimen de disponibilidad de los fondos.

La persona que resulta engañada, es entonces la entidad bancaria que es la misma que realiza los actos de desplazamiento patrimonial causante del correlativo perjuicio de los cotitulares del patrimonio dispuesto.

Se concluye así el cuadro de requisitos del delito de estafa imputado.

El motivo se rechaza.

Sentencia 1028/2009, Sala de lo Penal del TS, de 14 de octubre de 2009

COAUTORÍA

Art. 28 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se resume la doctrina jurisprudencial expresiva de los elementos que deben concurrir para entender presente la coautoría, frente a la mera cooperación necesaria al delito.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—1. En el segundo motivo del recurso se alega, por la vía de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim., la vulneración del principio acusatorio, del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de defensa. Y ello porque la condena se apoya —dice el recurrente— en hechos probados que nunca fueron objeto de acusación y que ni siquiera fueron afirmados o insinuados por el Ministerio Fiscal. Ello significa que Eusebio habría sido condenado por hechos nuevos y sorprendentes de los que nunca pudo defenderse y que han tenido un peso esencial y directo en el fallo condenatorio.

Se refiere la parte recurrente en concreto a los hechos probados recogidos en el apartado de la letra B) de la sentencia dictada por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado, apartado que dice así: *«Tanto Eusebio, como Modesto, estaban integrados dentro de un grupo de personas, de los que también formaban parte los otros acusados, Hilario, Calixto, y Matilde, todos ellos mayores de edad, cuyos antecedentes penales no constan y sin que haya quedado acreditado cuál era el vínculo de unión entre todos ellos, ni el motivo de su estancia en nuestro país, pues la empresa denominada Brownly Car S.L, con domicilio social en Madrid, Avd. Manzanares 1534-9-C en la que todos manifiestan trabajar por aquellas fechas, era una empresa sin actividad alguna, aunque su objeto social fuera el de alquiler de automóviles. En definitiva era un subterfugio, que ocultaba la verdadera finalidad de la actividad que en España desarrollaban los acusados citados»*.

2. Sobre los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías y a la defensa, en relación con el principio acusatorio en el ámbito de los juicios penales argumenta el Tribunal Constitucional en su sentencia 347/3006, de 11 de diciembre, que *«nadie puede ser condenado por cosa dis-*

tinta de la que se le ha acusado y de la que, en consecuencia, no ha podido defenderse de modo contradictorio. A estos efectos la pretensión acusatoria se fija en el acto del juicio oral, cuando la acusación o acusaciones establecen sus conclusiones definitivas, y se refiere no solamente a la primera instancia, sino también a la fase de apelación (SSTC 12/1981, de 12 de abril; 104/1986, de 17 de julio; 225/1997, de 15 de diciembre; 4/2002, de 14 de enero; 228/2002, de 9 de diciembre; y 33/2003, de 13 de diciembre)».

La razón es que el principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de contestación o rechazo de la acusación, como aplicación al proceso penal del principio de contradicción. En consecuencia, al Juez no le está permitido excederse de los términos del debate tal como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual significa en última instancia que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de las Sentencias (SSTC 53/1987, de 7 de mayo; 17/1988, de 16 de febrero; y 95/1995, de 19 de junio).

En definitiva, fijada la pretensión, el Juzgador está vinculado a los términos de la acusación con un doble condicionamiento, fáctico y jurídico (STC 228/2002, de 9 de diciembre). Desde la primera de las perspectivas la congruencia exige que ningún hecho o acontecimiento que no haya sido delimitado por la acusación como objeto para el ejercicio de la pretensión punitiva, sea utilizado para ser subsumido como elemento constitutivo de la responsabilidad penal, siempre y cuando se trate de una variación sustancial, pues el Juzgador conserva un relativo margen de autonomía para fijar los hechos probados de conformidad con el resultado de los medios de prueba incluyendo aspectos circunstanciales siempre que no muten la esencia de lo que fue objeto de controversia en el debate procesal (SSTC

10/1988, de 1 de febrero; 225/1997, de 15 de diciembre; 302/2000, de 11 de diciembre; y la ya citada 228/2002).

Por lo que se refiere a la calificación jurídica, el Juzgador está vinculado también a la sustentada por la o las acusaciones. Ciertamente, hemos afirmado que el Juez puede condenar por un delito distinto que el sostenido por la acusación o acusaciones siempre y cuando se trate de un delito homogéneo con el que fue objeto de acusación y siempre y cuando no implique una pena de superior gravedad. Pero, en todo caso, como límite infranqueable en el momento de dictar Sentencia, al Juez le está vedado calificar los hechos de manera que integren un delito penado más gravemente si este agravamiento no fue sostenido en juicio por la acusación, ni imponer una pena mayor que la que corresponda a la pretensión acusatoria fijada en las conclusiones definitivas, dado que se trata de una pretensión de la que no pudo defenderse el acusado.

Por su parte, esta Sala de Casación, y en relación con la modificación de los hechos y la posible vulneración del principio acusatorio, tiene establecido que el hecho controvertido y el hecho decidido, aun no habiendo de ser distinto, no han de ser necesariamente idénticos; su auténtica esencialidad histórica es lo que importa (STS 702/2009, de 23-6). Y también tiene afirmado que los hechos deben permanecer inalterables en su aspecto sustancial, pero puede el tribunal ampliar las circunstancias o detalles de lo ocurrido conforme a la prueba practicada en aras de una mayor claridad expositiva o una mejor comprensión de lo ocurrido; sin que se pueda traer a su relación de hechos probados nada extraño a la calificación de alguna de las partes acusadoras que pudiera tener transcendencia en cuanto punto de apoyo fáctico para la existencia o agravación de la responsabilidad penal, porque si así lo hiciera causaría indefensión al acusado que no tuvo oportunidad de defenderse alegando y probando lo que hubiera tenido a su alcance para contrarrestar aquello que se le imputa

(SSTS 503/2008, de 17-7 y 300/2009, de 18-3).

3. Pues bien, en el supuesto que ahora se juzga los hechos que se reseñan en el escrito de recurso relativos al apartado B) de la premisa fáctica de la sentencia del Tribunal del Jurado no son hechos sustanciales de los comprendidos en el núcleo del tipo penal. Se trata de datos periféricos que constituyen indicios idóneos para inferir los hechos subsumibles en la norma penal que castiga el delito de asesinato.

Lo habitual y lo más razonable es que esa clase de hechos no se incluyan en el objeto del veredicto, pues no se refieren a los elementos nucleares que integran la norma penal aplicable en el caso concreto, sino a datos fácticos indicativos de la perpetración del hecho principal y de la identidad del autor. Al insertar en el objeto del veredicto hechos periféricos o indiciarios ubicados fuera del tipo penal se entorpece y dificulta en general la labor del Jurado, al mismo tiempo que se incrementan las posibilidades de que los jurados incurran en contradicciones, de ahí la no conveniencia de su inclusión en el cuestionario de preguntas que se entrega al Jurado.

En el presente caso los hechos del apartado B) del relato de hechos probados ni siquiera fueron incluidos en el objeto del veredicto, por lo que en modo alguno debieron plasmarse en la premisa fáctica. El Magistrado Presidente del Tribunal de Jurado debe redactar los hechos probados, según dispone el art. 70 de la LOTJ, incluyendo los que estén comprendidos dentro del objeto del veredicto y no otros. Vulneró pues la norma el Magistrado-Presidente al incluir como hechos probados los datos periféricos que obran en el referido apartado B) del relato fáctico.

Sin embargo, en modo alguno puede afirmarse que ello determine la nulidad de la sentencia por vulneración del principio acusatorio. En efecto, se trata de hechos periféricos o accesorios cuya supresión de la sentencia no altera en modo alguno el contenido

de ésta, pues los hechos declarados probados por el Jurado sin el incorrecto añadido transcrito por el Magistrado Presidente son perfectamente subsumibles en el tipo penal del asesinato que se aplicó en sentencia.

Se está ante unos hechos que han sido objeto de debate en el curso del juicio y que algunos de ellos incluso son reseñados por el Jurado en la motivación del veredicto como elementos de convicción. Sin embargo, al no haber sido objeto del veredicto no pueden incluirse en la premisa fáctica con el único apoyo de que el Magistrado Presidente los considere probados, ya que en el relato fáctico sólo puede plasmarse la convicción probatoria del Jurado y no la del Magistrado profesional que redacta la resolución. Procede, por tanto, su supresión, pero sin que la misma afecte al resto del contenido de la sentencia, ni en su aspecto estrictamente fáctico ni tampoco en el jurídico.

El motivo debe por tanto ser desestimado en cuanto a la nulidad que postula de la sentencia, ya que se está ante una ilegalidad procesal que no afecta ni a la fundamentación jurídica ni al fallo de la resolución impugnada.

(...)

3. Al descender al caso concreto se observa que el recurrente cuestiona que se le condenara como cooperador necesario del delito en lugar de autor material. Frente a esta queja conviene formular como advertencia preliminar que el hecho objeto de acusación y de condena no se ha modificado: dar la orden de matar a Modesto, orden impartida primero a Calixto y después a Hilario, que fue finalmente el autor material de la ejecución de la víctima.

En la sentencia se argumenta que no cabe seguir la tesis jurídica del Ministerio Fiscal de considerar al acusado como autor material del delito, puesto que quien efectuó los disparos fue el acusado Hilario. En vista de lo cual, se opta por condenarlo como autor por cooperación necesaria.

Pues bien, esa calificación jurídica no se estima desde luego la más correcta de las

posibles, pues en el caso de entender que el acusado era un partícipe parece que lo más ajustado a derecho era calificarlo como inductor del delito, ya que transmitió las órdenes recibidas desde Colombia para que fuera ejecutada la víctima. No obstante, la calificación más ajustada a derecho es la de auténtico autor del inciso primero del art. 28 del C. Penal en la modalidad de autoría por dominio del hecho, a tenor de los criterios jurisprudenciales seguidos sobre este particular.

En efecto, la coautoría por condominio del hecho requiere, en primer lugar, según un asentado criterio doctrinal, un mutuo acuerdo encauzado a la realización conjunta del hecho delictivo, ya sea en un momento previo a la ejecución o durante el curso de ésta (coautoría sucesiva). A este requisito ha de sumarse otro imprescindible de carácter objetivo: la aportación de una parte esencial en la realización del plan durante la fase ejecutiva, sin que sea preciso que los actos realizados aparezcan descritos formalmente en el tipo penal.

De otra parte, la jurisprudencia de esta Sala sobre la coautoría por dominio funcional del hecho puede sintetizarse, a tenor de las resoluciones dictadas (529/2005, de 27-4; 1049/2005, de 20-9; 1315/2005, de 10-11; 371/2006, de 27-III; 497/2006, de 3-V; 1032/2006, de 25-10; 434/2007, de 16-5; 258/2007, de 19-7; 120/2008, de 27-2; y 16/2009, de 27-1), en los siguientes apartados:

1) La coautoría se aprecia cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Ello requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, *elemento subjetivo* de la coautoría, y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutiva, que integra el *elemento objetivo*. Será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo con dominio de la acción, que será funcional si existe la división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese do-

minio de la acción característico de la autoría.

2) La existencia de una *decisión conjunta*, elemento subjetivo de la coautoría, puede concretarse en una deliberación previa realizada por los autores, con o sin reparto expreso de papeles, o bien puede presentarse al tiempo de la ejecución cuando se trata de hechos en los que la ideación criminal es prácticamente simultánea a la acción o, en todo caso, muy brevemente anterior a ésta. Y puede ser expresa o tácita, lo cual es frecuente en casos en los que todos los que participan en la ejecución del hecho demuestran su acuerdo precisamente mediante su aportación.

3) No es necesario que cada coautor ejecute por sí mismo los actos materiales integradores del núcleo del tipo. En consecuencia, a través del desarrollo del *pactum scaeleris* y del co-dominio funcional del hecho cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, *aportaciones no integrantes del núcleo del tipo*, que sin embargo contribuyen de forma decisiva a su ejecución.

4) Cada coautor, sobre la base de un acuerdo, previo o simultáneo, expreso o tácito, tiene el *dominio funcional*, que es una consecuencia de la actividad que aporta en la fase ejecutiva y que lo sitúa en una posición desde la que domina el hecho al mismo tiempo y conjuntamente con los demás coautores. Su *aportación a la fase de ejecución* del delito es de tal naturaleza, según el plan seguido en el hecho concreto, que resulta imprescindible. Deben, por el contrario, excluirse de la coautoría los actos realizados en la fase de preparación del delito y aquellos que se ejecutan cuando éste ya esté consumado.

5) Según la teoría del dominio del hecho, son coautores los que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global aunque sus respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico, siempre que, aun no reproduciéndolo, tengan el dominio funcional del hecho, de suerte que sea éste, en un sentido muy preciso y literal, *un hecho de todos que a todos pertenece*.

6) La realización conjunta del hecho sólo requiere que los coautores *sumen conscientemente sus actos* en función de una finalidad objetiva común manifestada en los hechos. Sólo pueden ser dominados los hechos que se conocen.

Pues bien, ubicados en el caso concreto, es importante subrayar que el acusado no sólo dio las órdenes para que la víctima fuera ejecutada, sino que también, según consta en el relato fáctico, acudió al lugar del hecho en el vehículo en que viajaba la persona que disparó y estaba delante en el momento de los disparos. Visto lo cual, no cabe duda de que dominaba funcionalmente el hecho en el momento de la ejecución. La calificación de cooperador necesario no se ajusta jurídicamente por tanto a los hechos declarados probados.

Ahora bien, ello no quiere decir que se haya vulnerado el principio acusatorio, como pretende la defensa para obtener la absolución de su defendido. La calificación de cooperador necesario acogida por el Magistrado Presidente no fue la correcta, a tenor de lo expuesto, pero se halla enmarcada en la categoría legal de la autoría, a tenor de lo dispuesto en el art. 28 del C. Penal. Además, aunque la calificación de cooperador necesario no es la correcta, resulta más benévola que la de autor en sentido estricto por dominio del hecho. No puede, por tanto, hablarse de una heterogeneidad o disimilitud sustancial que vulnere el principio acusatorio en perjuicio del acusado.

De otra parte, tampoco se aprecia que se le haya irrogado indefensión al recurrente, pues por indefensión constitucionalmente relevante sólo puede entenderse la situación en la que se produce un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa (SSTC 48/1984, 155/1988, 145/1990, 188/1993, 185/1994, 1/1996, 89/1997, 186/1998 y 2/2002), y ello no consta que se haya generado en el presente caso. La incorrección en la calificación jurídica de la sentencia, como queda dicho, más que perjudicar ha beneficiado al recurrente.

Se desestima, en consecuencia, también este motivo de impugnación.

Sentencia 982/2009, Sala de lo Penal del TS, de 15 de octubre de 2009

QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDA CAUTELAR

Arts. 544 ter.8 y 714 LECrim.; 468.2 Código Penal; 24.2 CE

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

SÍNTESIS

Vulneración del derecho a la presunción de inocencia al haberse condenado por un delito de quebrantamiento de medida cautelar sin que resultara debidamente probado el conocimiento de la existencia y vigencia de la orden de alejamiento, no siendo suficiente a tal efecto la comunicación realizada al Procurador ni tampoco las declaraciones prestadas en fase sumarial pero no introducidas correctamente en el juicio oral.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

1. Denuncia el recurrente que el delito apreciado requiere el conocimiento de la existencia y vigencia de la orden de alejamiento y que la única prueba acerca de tal extremo la constituyen declaraciones sumariales del propio recurrente que no han sido incorporadas debidamente al juicio oral y que, por lo tanto, no pueden ser valoradas, lo que supone la inexistencia de prueba de cargo.

La jurisprudencia ha entendido que el Tribunal del enjuiciamiento puede valorar como prueba de cargo el contenido de declaraciones sumariales del acusado, prestadas ante el Juez de instrucción con todas las garantías, aun cuando rectifique en el juicio oral, siempre que aquellas sean incorporadas debidamente al plenario, ordinariamente mediante la lectura prevista en el artículo 714 de la LECrim. o bien de forma suficiente a través del interrogatorio, pudiendo aceptar unas u otras, aunque deba razonar su decisión debidamente (STS n.º 1453/2004,

de 16 de diciembre), exigencia esta última que, por otra parte, es predicable de toda la valoración de la prueba (...).

En definitiva, de lo que se trata no es tanto de una exigencia formal relativa a la existencia de un elemento objetivo de corroboración de la versión sostenida en el sumario, sino de la expresión de las razones que el Tribunal tiene para acogerla como más cierta, aunque tal motivación, exigible con carácter general en la valoración de cualquier prueba, se reduzca en la generalidad de los casos a la concurrencia de elementos corroboradores de mayor o menor intensidad. En sentido similar, la STS n.º 1105/2007 y la STS n.º 439/2005.

3. En el caso, en la sentencia de instancia, FJ tercero, se declara probado que la orden de alejamiento y de prohibición de comunicación con su esposa dictada por el Juzgado el 25 de agosto de 2004, fue ampliada temporalmente el 4 de agosto de 2005, lo cual no fue notificado personalmente al acusado, aunque sí a su procurador.

El Tribunal argumenta que la notificación al procurador es válida, y que el cono-

cimiento que el acusado tenía de la vigencia de la orden de alejamiento queda probado por sus declaraciones ante la Policía y luego ante el Juzgado de instrucción, en las que aceptó que sabía que estaba vigente la orden de alejamiento, a pesar de lo cual llamó a su mujer por teléfono y se personó en el local donde ella trabajaba y habló con el dueño, aunque era para buscar a su hija.

Procesalmente, la notificación al procurador es válida, con las excepciones que contempla la ley. El artículo 544 ter.8 de la LECrim., exige que el Auto que acuerda la orden de protección sea notificado a las partes. De otro lado, la comisión de un delito de quebrantamiento de medida o de condena exige como elemento del tipo subjetivo que el sujeto tenga cabal conocimiento de las obligaciones que le impone la decisión que acuerda la medida cautelar o la condena. En consecuencia, no es suficiente la comunicación al procurador, siendo imprescindible el conocimiento por parte del acusado.

Como ya se ha dicho, la única prueba acerca de tal conocimiento son las declaraciones sumariales. En el acta del juicio oral consta que el acusado se limitó a señalar que no era consciente de la vigencia de la orden de alejamiento y que la prórroga de la mis-

ma no le había sido notificada personalmente. Ante su negativa, ninguna de las acusaciones puso de manifiesto en el interrogatorio sus previas declaraciones sumariales, ni tampoco solicitó la lectura de las mismas, con la finalidad de incorporar al juicio oral como prueba el resultado de una diligencia sumarial, dándole al acusado la oportunidad de aclarar la contradicción y de aportar las razones de unas y otras manifestaciones, y permitiendo así al Tribunal valorar y reconocer valor probatorio, razonadamente, a unas o a otras. De otro lado, la elección realizada por el Tribunal no viene acompañada de un razonamiento explicativo de la misma, que permita entender y controlar la racionalidad del proceso de valoración de la prueba.

Por todo ello, ha de concluirse que sobre el particular cuestionado no existe otra prueba que una declaración sumarial, no practicada en el plenario, y que no fue incorporada al mismo en la forma prevista por la ley y desarrollada por la jurisprudencia unánime de esta Sala y del Tribunal Constitucional.

En consecuencia, ambos motivos se estiman, y se dictará segunda sentencia absolviendo al acusado de este delito.

Sentencia 1017/2009, Sala de lo Penal del TS, de 16 de octubre de 2009

COSA JUZGADA

Arts. 24 y 25 CE; 666 LECrim.

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer

SÍNTESIS

Con cita de la jurisprudencia de la Sala, así como del TC, TEDH y TJCE, se expone la doctrina general sobre la cosa juzgada, deteniéndose especialmente en lo que debe entenderse por «mismos hechos» a los efectos de apreciar la vulneración del «non bis in idem» y de valorar en qué medida jugaría aquélla frente a la institución del delito continuado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

1. Los recurrentes en realidad no están planteando un motivo por quebrantamiento de forma, sino por vulneración de la cosa juzgada que podría tener su encaje en el principio constitucional de legalidad, como garantía implícita del principio *non bis in idem*, del art. 25 CE, o del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. Sea como fuere, lo que se alega es que existen dos sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, de 4 de febrero y 9 de septiembre de 2004, en las que se absolvía a dos de los acusados (Álvaro y Severiano) por hechos derivados de la actividad mercantil de Jamones La Umbría, SL. En ellas se daba por explicada la insolvencia sobrevenida por el robo de una partida de jamones, y, por tanto, se consideraba que los impagos a las entidades Hermana, SA y Fricuensa, SA no obedecían a un propósito serio defraudatorio, sino a una eventualidad no previsible. Lo proclamado en esas sentencias vincularía también en lo que respecta a su argumentación fáctica y jurídica. Los hechos de antes y de ahora son los mismos, con independencia de la identidad concreta de los querellantes o de los perjudicados en cada caso.

2. No se puede reconocer la razón a los recurrentes. En materia de cosa juzgada, no se puede olvidar la identidad de los hechos, tanto objetiva como subjetivamente. Desde este último punto de vista es evidente que, de entrada, hay que excluir de los efectos de la cosa juzgada a uno de los dos recurrentes, a Luis Carlos, en cuanto que no fue enjuiciado anteriormente.

Desde el punto de vista objetivo preciso es determinar el alcance del *hecho enjuiciado*, es decir precisar si estamos o no ante los mismos hechos.

La sentencia de instancia en su fundamento jurídico sexto (fs. 28 y 29) explicó que las sentencias anteriores «no obstruyen

el nuevo enjuiciamiento de aquellos acusados, junto con otros, a raíz de las querellas y denuncias de personas físicas y jurídicas que no intervinieron en aquellos procedimientos como denunciadores o acusadores particulares.

En el primer caso, se juzgó a Álvaro y a Severiano, junto con otra persona, siendo acusadora particular la mercantil Hermana, SA.

En el segundo, se juzgó a Álvaro y a Severiano, siendo acusadora particular la mercantil Fricuensa, SA.

Aquí se juzgan otros hechos y algunas de esas personas, junto con otras muchas, sin que el dato de que los hechos ilegales declarados probados en esta resolución se llevan a cabo en el desarrollo de la misma trama que originó el seguimiento de los otros procedimientos empezca a que otras delaciones, mediante denuncias o querellas, originen un nuevo procedimiento, incluso con resultado distinto a los anteriores, pues, en definitiva, de distintos hechos concretos se trata.

No se está, por tanto, como también entendió en su día el MF, en presencia de la situación descrita como 2.ª por el art. 666 de la LECrim., de ahí la absoluta idoneidad de este Juicio, no afectado por el legal impedimento de causa juzgada».

Y, al respecto, sólo cabe añadir que la falta de identidad no radica tanto en la diferencia de sujetos, cuanto que en las dos primeras resoluciones que se esgrimen solo se contemplaban contratos individuales y no la totalidad de la actuación de los ahora recurrentes. Su actividad comercial en el gremio de la alimentación a través de la entidad mercantil «Jamones La Umbría, SL» era el marco contextual de las acciones que se enjuiciaban, pero no el objeto del enjuiciamiento. El objeto procesal era exclusivamente su consideración como delictivos o no de hechos concretos ceñidos a relaciones

singulares con determinados proveedores —diferentes en cada una de las causas—.

De este modo —como apunta el Ministerio Fiscal— el problema que se plantea no es tanto de analizar la identidad de los sujetos, como de valorar en qué medida la cosa juzgada jugará frente a la institución del delito continuado, que por definición, supone una pluralidad de hechos (de modo que no habrá identidad fáctica si alguno de ellos escapa a la consideración del Tribunal), aunque a efectos penales estemos ante la consideración de delito único.

El Tribunal Constitucional fija los presupuestos de la prohibición de *bis in idem* en la concurrencia de identidad de hecho, de fundamento y de sujeto. Los textos internacionales (vid. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —art. 14.7— o Convenio Europeo de Derechos Humanos —art. 4 del Protocolo 7—) coinciden en referir el derecho a no ser doblemente juzgado o condenado a los supuestos de unidad de «infracción»; que viene a ser equivalente a «hecho punible»; o, por utilizar las mismas palabras del Tribunal de Estrasburgo, a «hecho penal único»; Por tanto, «infracción»; no es expresión que se equipare con delito, pero tampoco con hecho; no, al menos, desde la sola consideración de éste como un suceso humano identificable conforme a unas coordenadas espacio-temporales. Para el Tribunal de Estrasburgo, en sintonía con la mejor doctrina, lo que permite identificar una infracción son los hechos mirados desde una perspectiva normativa o, lo que viene a ser lo mismo: la relevancia que a los hechos enjuiciados o sancionados conceden las normas penales.

Ilustrativa, en este sentido, es la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de mayo de 2001 (caso Franz Fischer c. Austria). En ella, el Tribunal de Estrasburgo, amén de dejar claro que infracción y delito no son términos identificables, pone de relieve la necesidad de atender a los elementos esenciales, al concreto fundamento, de las normas aplicadas, con vistas a

apreciar si existe o no identidad de infracción. Estas son sus palabras: *«El Tribunal observa que el texto del artículo 4 del Protocolo núm. 7 no se refiere al «mismo delito», sino más bien a ser juzgado y condenado «nuevamente» por un delito por el que el demandante ya había sido previamente declarado inocente o culpable. Así, si bien es cierto que el mero hecho de que un acto único constituya más de un delito no es contrario a dicho artículo, el Tribunal no debe limitarse a resolver si un demandante, en base a un acto (sic), había sido juzgado o condenado por delitos nominalmente diferentes (...) Existen casos en los que un acto, a primera vista, parece constituir más de un delito, mientras que un examen más atento muestra que únicamente debe ser perseguido un delito porque abarca todos los ilícitos contenidos en los otros. Un ejemplo obvio sería un acto que constituyera dos delitos, uno que contuviera precisamente los mismos elementos que el otro más uno adicional. Puede haber otros casos en que los delitos únicamente se solapen ligeramente. Así, cuando diferentes delitos basados en un acto son perseguidos consecutivamente, uno después de la resolución firme sobre el otro, el Tribunal debe examinar si dichos delitos tienen o no los mismos elementos esenciales».*

Por su parte en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea también cabe descubrir algunas aportaciones interesantes a efectos de clarificar que son los mismos hechos que impiden el *bis* sancionador. La sentencia de 9 de marzo de 2006 (asunto Van Esbroek) considera que la condena por la importación de determinados productos estupefacientes, excluye una nueva condena por la exportación de esos mismos productos. En opinión del Tribunal de Luxemburgo la expresión «mismos hechos» se refiere a la identidad de los hechos materiales, entendida como la existencia de un conjunto de hechos indisolublemente ligados entre sí, con independencia de su calificación jurídica o del interés jurídico prote-

gido (pueden verse igualmente las sentencias —de idéntica fecha: 28 de septiembre de 2006— recaídas en el asunto C-467/04, Gasparini y otros; y en el asunto C-150/05, Van Straaten).

Además en la jurisprudencia de esta Sala segunda puede citarse la STS n.º 1612/2002, de 1 de abril, que precisa que Se trata de la proscripción de ulterior enjuiciamiento cuando el mismo hecho ha sido ya enjuiciado en un primer procedimiento en el que se ha dictado una resolución con efecto de cosa juzgada, o en términos de la tradición jurídica anglosajona, de la prohibición del «*double jeopardy*», expresión a la que ya se ha referido alguna sentencia de esta Sala, como la núm. 1145/1997, de 26 de septiembre de 1997.

Esta prohibición del «*double jeopardy*» se encuentra expresamente acogida por la V Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, aunque no es original del Common Law, sino del Derecho Romano pues su primera proclamación se encuentra en el Corpus Iuris Civilis de Justiniano (Libro IX, Título II, núm. 9) que establece que «El que por un crimen público fue ya objeto de una acusación no puede ser acusado del mismo crimen».

Esta vertiente del principio *ne bis in idem* se funda en la protección de exigencias particulares de libertad y seguridad (tanto jurídica como material) del individuo, más que en las exigencias generales de seguridad jurídica inherentes al sistema de enjuiciamiento propias de la «cosa juzgada», que exigen una y sólo una resolución definitiva.

Centrándonos en el delito *continuado* la doctrina tanto clásica como más moderna diferencia entre los casos en que la primera sentencia ha sido absolutoria de aquellos otros en que la sentencia ha sido condenatoria. Y es opinión pacífica que la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento recaído sobre unos hechos no impide el enjuiciamiento de otros hechos diferentes desde el punto de vista naturalístico, pero que pudieran estar ligados por lazos de continuidad con aquellos que fueron objeto de la sen-

tencia absolutoria. De este modo se llega a considerar evidente que en caso de absolución no se entra para nada en la consideración de si se es o no delito continuado, por lo que la sentencia absolutoria sólo acoge a los hechos que han sido conocidos y juzgados.

Más cuestionable es la solución en el caso de una sentencia condenatoria que contempla varios de los hechos agrupados en la continuidad delictiva pero no otros que podrían haberse integrado allí pero que por los motivos que sean, dan lugar a un procedimiento posterior. En este punto la doctrina está más dividida y aunque predomina la opinión de quienes entienden que la fuerza de cosa juzgada de la sentencia condenatoria se extenderá a todos los hechos que han sido objeto de acusación y también a aquellos que podían haberlo sido y que no lo fueron pero entran en ese contexto temporal, no faltan fundadas tesis que se pronuncian en sentido contrario. Ahora bien la solución de este caso no puede transplantarse a un supuesto como el presente en que nos encontramos ante previas sentencias absolutorias. No está en riesgo el *non bis in idem* sustantivo (prohibición de doble sanción).

Es más, en nuestra jurisprudencia tanto el Tribunal Constitucional (sentencia 221/1997, de 4 de diciembre), como esa Sala Segunda (vid. sentencias 1074/2004, de 18 de octubre o la más reciente 253/2009, de 4 de marzo) han ido mucho más allá y han negado eficacia de cosa juzgada a la sentencia condenatoria por delito continuado respecto de hechos individuales que, pudiendo haberse integrado en tal continuidad, no fueron objeto de acusación, de forma que la condena posterior por esos otros hechos sería legítima. Esa perspectiva abriría incluso la posibilidad de dar por buena la sentencia condenatoria recaída en la presente causa, aunque la sentencia previa referida a unos hechos puntuales de los muchos que podrían integrarse en el delito continuado, hubiesen sido ya objeto de sanción. Aunque hay que insistir en que esa solución es mucho más cuestionable. Pero sirva la muestra de esa extrema postura jurisprudencial para con-

cluír que si en esos casos no puede hablarse de cosa juzgada o de merma del *non bis in idem* (aunque con ciertos matices que habrán de proyectarse en la individualización penológica), mucho menos cuando la primera sentencia que analizaba solo alguno de los hechos integrantes de la posible continuidad delictiva es absolutoria.

Por su parte, la STS de 18-10-2004, n.º 1074/2004, también niega que la condena por unos hechos impida enjuiciar otros hechos diferentes, pero que podrían integrar con aquéllos un único delito continuado, aunque teniéndose en cuenta tal circunstancia en la individualización penológica para

no menoscabar el principio de proporcionalidad.

3. En consecuencia, la tesis del recurrente no puede ser acogida. Es evidente que los hechos que dieron lugar a la previas sentencias absolutorias no pueden ya ser enjuiciados, ni pueden merecer el reproche penal, aunque hubieren dejado a salvo las acciones civiles. Pero cualesquiera otros hechos similares o que, incluso, hubieren podido ser enjuiciados conjuntamente por tratarse de un delito continuado, pero que quedaron en aquel momento excluidos, sí que pueden enjuiciarse, como se ha hecho en esta sentencia, sin menoscabo del *non bis in idem*.

Sentencia 1094/2009, Sala de lo Penal del TS, de 19 de octubre de 2009

DECLARACIÓN DE COIMPUTADO EN JUICIO ORAL POSTERIOR Y LECTURA DE LA PREVIA SUMARIAL

Art. 714 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver Tolivar**

SÍNTESIS

Tras detallar el régimen y consideración jurídica de prueba testifical que tienen las declaraciones del coimputado prestadas en juicio posterior a aquél en que fue juzgado se precisa no obstante que cuando a través de dicha vía se hubiera incorporado por el cauce del artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la previa declaración sumarial al plenario, no modifica que ésta fuera cuando se practicó, y por tanto siga siendo cuando se incorpora, una declaración de coimputado y no de testigo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—En este segundo Juicio Oral ha prestado declaración Agapito —condenado en el primero— acerca de la participación que en los hechos se imputa al acusado recurrente. Declaración que en este segundo jui-

cio debe calificarse como declaración testifical, mientras que la prestada durante el sumario del primer proceso en calidad de imputado, respecto al comportamiento de quien entonces también había sido allí procesado, Maximino, tuvo la naturaleza propia de una declaración sumarial de coimputado:

1. Esta Sala se ha planteado en varias ocasiones la naturaleza de la declaración prestada en Juicio Oral en que se acusa a otro participante en el mismo delito por el que el declarante ya fue juzgado y condenado en Juicio anterior. Y es lo cierto que varias resoluciones han originado distintas valoraciones. Como recuerda la Sentencia de esta Sala de 7 de enero de 2009 en unas se ha considerado que no es coimputado el que declara sobre otro después de haber sido ya juzgado, y en otras sentencias se ha dicho que el status de coimputado debe en todo caso ser mantenido. Al primer criterio se adscriben entre otras las Sentencias 1079/2000 de 19 de julio; 1268/2000 de 30 de octubre; y 168/2003 de 26 de febrero. En sentido contrario pueden citarse las Sentencias 1332/2004 de 11 de noviembre; y 1007/2007 de 23 de noviembre. Esta divergencia de interpretación quedó resuelta por el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 16 de diciembre de 2008 que aprobó considerar que «la persona que ha sido juzgada por unos hechos y con posterioridad acude al juicio de otro imputado para declarar sobre esos mismos hechos, declara en el plenario como testigo y, por tanto, su testimonio debe ser valorado en términos racionales para determinar su credibilidad». Criterio recogido ya en Sentencias posteriores de 7 de enero y 31 de marzo de 2009.

2. Por lo tanto la declaración prestada por Agapito en el Juicio Oral seguido contra el acusado recurrente, fue verdadera prueba testifical, y como tal se practicó, compareciendo personalmente el testigo a juicio, haciéndosele las legales advertencias sobre el deber de veracidad del testimonio y contestando a las preguntas que las partes le formularon con observancia de los principios de inmediación, publicidad y contradicción. Consta en el Acta del Juicio que se le interrogó entre otros extremos sobre si el ahora acusado había también participado en el atentado y asesinato por el que el testigo fue condenado años antes, y contestó que no lo recordaba. Se le preguntó entonces sobre

sus iniciales declaraciones ante la Policía y luego ante el Juez de Instrucción haciéndosele ver que en ellas había manifestado, entre otros extremos, que Maximino era quien había ordenado la comisión de los delitos, que también había intervenido en su ejecución y que era el responsable del grupo. A todo ello contestó, sin reiterar ni negar esas declaraciones, que no recordaba nada. Declaración testifical prestada en el Juicio Oral seguido contra el recurrente, que sin contener ella misma una narración sobre el comportamiento del acusado acerca del cual el testigo sólo dijo no recordar lo sucedido, se practicó en todo caso, haciéndole presente sus anteriores declaraciones sumariales e interesando las pertinentes explicaciones acerca de ellas, con lo cual se introdujeron por esta vía en el plenario, posibilitando la contradicción y su valoración por el Tribunal como prueba de cargo.

La doctrina de esta Sala, como recuerda la Sentencia 1905/2002, de 14 de noviembre ha establecido que cuando se trata de testigos que en el Juicio Oral se ha retractado de sus anteriores manifestaciones, el Tribunal, como una expresión más del principio de apreciación conjunta de la prueba, puede tener en cuenta cualquiera de tales declaraciones, concediendo mayor credibilidad a unas o a otras, en todo o en parte, siempre que en las declaraciones practicadas en fase de instrucción se hayan cumplido todos los requisitos constitucionales y procesales exigibles en ese momento, y que de alguna forma se hayan incorporado al debate en el Juicio Oral, de modo que su autor haya podido explicar ante el Tribunal las razones de una y otra manifestación y los motivos de su retractación. Normalmente esa incorporación al Juicio Oral se realizará a través de las previsiones del artículo 714, pero dejando a un lado exigencias puramente formalistas es suficiente con que hayan sido puestas de relieve a través del interrogatorio, pues lo realmente importante es que tales manifestaciones contradictorias hayan sido incorpo-

radas al debate entre las partes ante el Tribunal.

De este modo la valorabilidad de la declaración sumarial contradictoria exige los siguientes requisitos: a) que haya contradicción entre la declaración del plenario y la sumarial; es decir que se aprecie falta de conformidad entre lo declarado en el sumario y lo declarado en el Juicio Oral, bien porque se advierta alguna contradicción, bien porque se detecte alguna divergencia, o incluso —como aquí sucede— porque el declarante diga no recordar algún extremo sobre el que declaró en el sumario; b) que la declaración sumarial haya sido regularmente obtenida, lo que se cumple cuando con observancia de las exigencias legales que condiciona su práctica éste haya tenido lugar ante la presencia del Juez de Instrucción, esto es bajo el control y supervisión del mismo; c) que se lean los aspectos contradictorios, aunque no se precisa formal expresión de la lectura cuando de la pregunta realizada al testigo se evidencie que se le ha puesto de relieve la contradicción o divergencia entre la declaración sumarial y la del plenario; d) que exista la posibilidad de que el testigo explique la contradicción entre sus manifestaciones. Es entonces cuando puede el Tribunal sopesar la credibilidad del testigo decantándose por lo manifestado en fase sumarial o por lo declarado durante el Juicio Oral. Expresión de lo expuesto son, entre otras muchas, las Sentencias 145/1998 de 8 de febrero; 197/1997, de 18 de febrero; 973/1997, de 4 de julio; 1089/1997 de 24 de julio. Más recientemente la Sentencia 1241/2005 de 27 de octubre sintetiza la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión.

Todas estas exigencias se cumplen en este caso: Es evidente la falta de correspondencia entre la declaración del testigo en el Juicio Oral en el que dijo no recordar nada, y la sumarial anterior en que narró la material participación del hoy recurrente en el atentado y asesinato cometido en términos muy precisos —que luego se dirán—, con asistencia letrada ante el Juez de Instrucción cumpliendo las exigencias legales; contra-

dicción que se le hizo ver al testigo en el interrogatorio del Juicio Oral, sin más explicación que el decir que en la actualidad no recordaba nada de lo sucedido. De este modo su declaración sumarial quedó incorporada al plenario sometiéndose a la contradicción de las partes.

3. A partir de esta premisa condicionante de la valorabilidad de la declaración sumarial contradictoria, ha de despejarse la cuestión del régimen de su valoración como elemento probatorio: en efecto el que a través de la testifical practicada en el Juicio Oral se haya incorporado, por la vía del art. 714 de la LECriminal, la declaración sumarial al plenario, no modifica que ésta fuera cuando se practicó, y por tanto siga siendo cuando se incorpora, una declaración de coimputado. El mecanismo testifical de la vía de incorporación no altera la naturaleza originaria de la declaración incorporada puesto que tal naturaleza, de la que depende el régimen de su validez y valoración, está condicionada por todos aquellos factores y circunstancias concurrentes en el momento de practicarse la declaración sumarial que justifican que sea uno u otro el régimen jurídico a que se somete su valor como elemento de prueba.

(...)

Esta declaración sumarial en cuanto refiere el comportamiento de ambos en el asesinato es obviamente declaración de coimputado respecto al otro interviniente, y como tal ha de ser considerada y valorada.

4. La doctrina que, hasta el año 2002, venía manteniendo esta Sala sobre el valor de la declaración del coimputado como prueba de cargo se concretaba en los siguientes postulados:

a) su legitimidad y validez como prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción de inocencia, correspondiendo su valoración al Tribunal de instancia, con la especial cautela que su peculiar naturaleza exige y la necesidad de someter esa valoración a determinados parámetros de ponderación que aseguren la credibilidad subjetiva del

declarante, tales como las relaciones personales entre delator y delatado y la posible presencia de móviles espurios de odio, venganza, autoexculpación, obtención de ventaja, etc., que cuestionen su credibilidad; b) cuando se trata de declaración sumarial inculminatoria no mantenida posteriormente en el Juicio Oral, necesidad de cumplir una exigencia de valorabilidad condicionante de su validez como material probatorio, cual es su incorporación al plenario sometiéndose a la contradicción, por la vía del art. 714 de la LECriminal, en los términos y con las exigencias establecidas por la doctrina jurisprudencial; c) cumplido lo anterior, y ya como exigencias de razonabilidad en la valoración, aplicables al caso anterior, someter la ponderación de esa declaración sumarial inculminatoria a dos requisitos: de una parte la necesidad de contar con datos objetivos de corroboración periférica, y de otra parte la necesidad de razonar especialmente el mayor crédito concedido a la inculminación sumarial frente a la declaración exculpatoria del plenario. Ambas exigencias eran condicionantes de la razonabilidad de la valoración de la declaración del coimputado. En este sentido las Sentencias, entre otras muchas 94/2001, de 30 de enero y 1436/2001, de 18 de julio, y las que en ellas se citan.

El Tribunal Constitucional alteró sustancialmente esta doctrina convirtiendo la categoría del dato objetivo de corroboración de ser criterio de razonabilidad valorativo de la declaración sumarial del coimputado, a ser requisito o condición de valorabilidad condicionante de su validez como prueba de cargo, aplicable a todas las declaraciones de coimputados —sumariales o en plenario— aunque sólo para los casos en que esa declaración sea la única existente como prueba de cargo. En este sentido las Sentencias del Tribunal Constitucional 233/2002 ratificada por la 25/2003 señalaron que la declaración inculminatoria de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional pero no es prueba suficiente de cargo si es la única existente, si su contenido no queda

mínimamente corroborado. Esta exigencia de corroboración de la declaración del coimputado cuando es prueba única se reitera en las Sentencias del Tribunal Constitucional 118/2004, y en las Sentencias del Tribunal Supremo 45/2003 de 28 de febrero, 429/2003 de 21 de marzo, 1524/2003 de 5 de noviembre, 23/2003 de 21 de enero y 932/2005 de 14 de julio, entre otras muchas. Interesa aquí destacar que como dice esta última se trata de cautelas exigibles «cuando dicha declaración —la del coimputado— se erige en única prueba». Lo mismo que ya declaró la Sentencia 45/2003 de 28 de febrero al precisar que se trata de un «límite de la validez de la declaración del coimputado cuando es la única prueba», o la Sentencia 429/2003 de 21 de marzo, refiriéndose a la misma exigencia «cuando dicha prueba es única». La Sentencia del Tribunal Constitucional 20/2005 de 14 de febrero vuelve a repetir que esas pruebas carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas.

5. En el presente caso la declaración del coimputado —declaración sumarial, incorporada contradictoriamente al plenario— no es prueba única, porque concurre con otra prueba testifical que, más allá de una simple cualidad corroborante, presenta autónoma y plena eficacia probatoria como prueba de cargo junto a la declaración del coimputado.

Se trata de la testifical prestada por la telefonista que estaba en el puesto de la Delegación de Hacienda en Gijón, a escasos metros del lugar en que estaban los dos guardias civiles asesinados, y que vio el hecho y reconoció con toda certeza al acusado como uno de los autores del crimen, primero en reconocimiento fotográfico y luego en su declaración sumarial sin ofrecer la menor duda al respecto. Declaración sumarial que se incorporó al plenario por la vía del art. 730 de la LECriminal.

En efecto la testigo fue propuesta por la acusación como prueba para el Juicio Oral.

Una grave y persistente enfermedad, de la que se aportó certificación médica, imposibilitó sobrevenidamente su comparecencia al acto de la vista. El Ministerio Fiscal, la acusación y la propia defensa se mostraron plenamente conformes en que se practicara la prueba en ese momento mediante la lectura de su declaración y con el acuerdo de las partes del que se dejó constancia en el acta la Secretaría Judicial dio lectura pública a la declaración sumarial de la testigo y al acta de su reconocimiento. Con esto se dio cumplimiento al art. 730 de la LECriminal que autoriza la lectura, a instancia de cualquiera de las partes, de las diligencias practicadas

en el sumario, que por causas independientes de la voluntad de aquellas no pueden ser reproducidas en el Juicio Oral.

6. Constatada la existencia de prueba de cargo, lícita, válida y de suficiente contenido incriminador, no se aprecia ningún vicio en la valoración de la prueba, por contradicción alguna con las reglas de la lógica o del razonamiento. Ni pueden tampoco acogerse las argumentaciones del recurrente dirigidas a restar credibilidad a las declaraciones sumariales del que fuera en su día coimputado en el crimen, y a la declaración testifical de la telefonista.

Sentencia 968/2009, Sala de lo Penal del TS, de 21 de octubre de 2009

RESPONSABILIDAD DEL OLIGOFRÉNICO. DECLARACIÓN DE VÍCTIMA MENOR. DICTAMEN PERICIAL PSICOLÓGICO

Arts. 20.1, 21.1 y 21.6 Código Penal; 433 y 456 LECrim

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

SÍNTESIS

Afirmada la validez de la declaración de la víctima menor corroborada por informe pericial psicológico como prueba de cargo, se ofrece amplia información de los matices que ofrece la determinación de la imputabilidad del oligofrénico, y su graduación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

En efecto la declaración de la víctima es una actividad probatoria hábil para enervar ese derecho fundamental. Encuadrada en la prueba testifical, su valoración corresponde al Tribunal de instancia que con vigencia de los principios que rigen la realización del juicio y la práctica de la prueba oye lo que los testigos disponen sobre los hechos percibidos sensorialmente. Elemento esencial

para esa valoración es la inmediación a través de la cual el Tribunal de instancia forma su convicción no solo por lo que el testigo ha dicho, sino también su disposición, las reacciones que sus afirmaciones provocan en otras personas, la seguridad que transmite, en definitiva, todo lo que rodea una declaración y que la hace creíble, o no, para formar una convicción judicial.

La credibilidad de la víctima que la recurrente pone en duda es un apartado difícil de

valorar por esta Sala de casación, pues no ha presenciado esa prueba, pero su función revisora de la valoración de la prueba puede valorar la suficiencia de la misma y en el sentido de cargo que la misma tiene, así como la racionalidad de la convicción manifestada por el Tribunal de instancia. Por ello, el testimonio de la víctima cuando se erige en prueba de cargo, como normalmente sucede en los hechos como el enjuiciado, está sujeto a la hora de su valoración a unos criterios, que no exigencias, como son los de ausencia de incredibilidad, verosimilitud del testimonio y persistencia en la incriminación.

En el caso presente la sentencia de instancia entiende acreditados el delito del art. 185 (fundamento derecho primero) y el delito de los arts. 181.1 y 2 y 182 del CP (Fundamento derecho segundo) por el testimonio de la menor que califica de escalofriante sin que a la Sala le quepa duda de que dice la verdad y «es contundente» en su testimonio.

Valoración probatoria que debe mantenerse por esta Sala.

En este punto, la jurisprudencia (STS 339/2007 de 30-4), ha distinguido respecto a la órbita civil, la atendibilidad de la prueba de menores de edad, incluso cuanto tienen una edad inferior a los 14 años (art. 1246.3 del Cc), fijándose en el hecho de la «capacidad natural», ya que capaces naturales para testificar pueden serlo bastantes menores de 14 años y no serlo algunos mayores de edad.

Por esto tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han estimado prueba de cargo el testimonio prestado por un impúber (SSTS 1-6 y 18-9-1990, en la que se dio credibilidad de un delito sexual a un menor de 9 años de edad sobre la base de constituir una edad suficiente de conocimiento de la realidad y representar un grado de sinceridad quizá superior a los adultos). Doctrina que es de igual aplicación en los casos de menores-víctimas (SSTS. 5-4-1994 y 27-4-1994).

En otras sentencias se indica que el niño, objeto de una agresión sexual no da cuenta e

informa con un lenguaje elaborado ni dependiente de un proceso mental de racionalización previa sino que transmite linealmente hechos, lo cual ponderándolo debidamente, proporciona datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos de que se trate (SSTS 6-4-91 y 4-2-1993), y pueden ser base para la fijación histórica de lo ocurrido (SSTS 31-10-1992 y 23-3-1997), siendo facultad del Tribunal de instancia, en base a la inmediación, la valoración de aquel testimonio, insistiéndose en la STS 19-4-1997, en la importancia de que existen datos periféricos que corroboren la declaración de las víctimas —menores de edad—, especialmente en los delitos sexuales, como pueden ser los informes psicológicos, el del forense sobre secuelas psíquicas y las declaraciones de familiares, que se consideran complementarios del testimonio de aquellas, la prueba básica y nuclear en esta clase de delitos, como acaece en el caso presente en el que la versión de Azucena es corroborada por sus familiares y los informes periciales al respecto en relación a su veracidad.

Es cierto que un dictamen pericial psicológico sobre un testimonio no constituye un documento que evidencie por su propio poder acreditativo directo la veracidad de una declaración testifical, pero puede constituir un valioso elemento complementario de la valoración, como ha declarado esta Sala con reiteración (SSTS 12-6-2003 y 24-2-2005). Por eso el juicio del psicólogo jamás podrá sustituir al del Juez, aunque sí podrá ayudar a conformarlo. El peritaje sobre credibilidad de la declaración de un menor establece al contrastar sus declaraciones con los datos empíricos elaborados por esa ciencia, si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad. Pero esos informes no dicen, ni pueden decir, ni se les pide que digan, si las declaraciones se ajustan o no a la realidad. Esa es tarea del Tribunal que entre otros elementos contará con su percepción directa de las manifestaciones y con el juicio del psicólogo sobre la inexistencia de datos que permitan suponer fabula-

ción, inducción, invención o manipulación (SSTS 23-3-1994, 10-9-2002, 18-2-2002, 1-7-2002, 16-5-2003).

En definitiva la responsabilidad del análisis crítico de la fiabilidad o credibilidad de un testimonio acusatorio que puede determinar la condena o absolución de una persona compete constitucionalmente al Juez o Tribunal sentenciador con los asesoramientos o apoyos que estime procedentes.

Los dictámenes periciales sobre credibilidad de un testimonio expresan la opinión de quienes los emiten, opinión que no puede, ciertamente, por sí misma desvirtuar la presunción de inocencia cuando el Juez o Tribunal, que son quienes tienen la responsabilidad constitucional de juzgar, no han obtenido una convicción condenatoria ausente de toda duda razonable (STS 14-2-2002), pero a *sensu contrario* sí pueden ser valorados por el mismo Tribunal para reforzar aquella convicción condenatoria deducida de otras pruebas.

No otra cosa acaece en el caso actual en el que el Tribunal entiende corroborada la credibilidad de la menor por los informes periciales de la médico forense D.^a Candelaria y psicóloga forense D.^a Concepción, en fechas 19-2-2002 y 8-6-2006, ratificados en el plenario, en el que relataron que cuando se entrevistaron con la menor para valorar la veracidad de su relato, la misma fue contundente, no fantaseaba, describía perfectamente el lugar en el que sucedieron los hechos, no respondía a sujeción alguna y aportaba datos sensitivos que les llevaron a concluir que vivió lo que contó.

(...)

Cuarto.—(...)

En efecto la oligofrenia, según se describe en la doctrina científica, constituye un trastorno permanente del individuo, producido en los momentos iniciales de su maduración y psicomática debido a factores diversos (congénitos o adquiridos) que se traduce en un déficit de todas o algunas estructuras orgánicas y por una perturbación

de la vida instintiva, volitiva y afectiva, determinando un desarrollo de la personalidad en su globalidad.

Las manifestaciones clínicas del retraso mental son muy variadas atendiendo a la diversa etiología, si bien los déficits más relevantes son los relativos a los procesos cognitivos, capacidad intelectual, aprendizaje del lenguaje y socialización.

Para su diagnóstico se recomienda disponer de cuanta información sea posible, no solo de las mediciones psicométricas de su inteligencia sino también de sus capacidades globales de adaptación al medio, autodeterminación y autonomía. En este sentido las mediciones expresadas en el cociente intelectual y en la edad mental del sujeto deben contemplarse únicamente como guía orientadora y no con criterios rígidos, pues a veces no basta considerar solo su cociente intelectual, sino que hay que tener también en cuenta la educación recibida, la edad física y particularmente el trato social que la persona ha mantenido.

El Manual diagnóstico Estadístico de los trastornos mentales de la American Psychiatric Association, en su cuarta y última revisión (DSM IV), en relación al retraso mental, establece cuatro grados de intensidad, de acuerdo con el nivel de insuficiencia intelectual, leve (o ligera), moderada, grave (o severa) y profunda.

Habrà retraso mental leve cuando el coeficiente intelectual se halle entre 50-55 y aproximadamente 70, el retraso mental será moderado cuando el coeficiente se halle entre 35-40 y 50-55, el retraso mental será grave cuando el coeficiente se halle entre 20-25 y 35-40, y el retraso mental se considerará profundo cuando el coeficiente sea inferior a 20 ó 25.

Esta Sala ha dicho, STS 139/2001, de 26-2, que en supuestos de alteraciones perceptivas consecuencia de situaciones trascendentes de una causa de inimputabilidad la alteración debe proyectarse en relación con los hechos, de modo que en el plano normativo-valorativo, la alteración de la

conciencia de la realidad debe ser grave, elementos que pueden servir de referencia para graduar su intensidad, eximente completa o incompleta, e incluso en supuestos de levedad la atenuante por analogía del art. 21.6 del CP.

Igualmente, la jurisprudencia, SSTs. 587/2008 de 25-9, 2141/2001 de 17-10, basándose en la psicometría y en test de personalidad e inteligencia, ha valorado la oligofrenia, distinguiendo:

a) La profunda o *idiocia*, con coeficiente no excede del 25%, y la edad mental es inferior a cuatro años por lo que determina una irresponsabilidad total.

b) La oligofrenia de mediana intensidad o imbecilidad en la que el coeficiente entre el 26 y el 50%; la edad mental entre los 4 y los 8 años, y en la que el sujeto es generalmente inimputable, si bien con imputabilidad disminuida en los límites superiores, con el juego de la eximente incompleta de enajenación mental, al poder adquirir nociones sobre las normas de comportamiento y poseer cierta capacidad de elección.

c) La oligofrenia mínima o *debilidad mental*, en la que el coeficiente entre el 51 y el 70%, la edad mental entre ocho y once años y la responsabilidad penal se considera disminuida por el juego de una atenuante simple por analogía en función de su capacidad de desconocimiento sobre la trascendencia del acto ejecutado, u omitido, y de la percepción de la intimidación de la pena a él conminado.

d) Por último, los «bordelines» o simplemente torpes, esto es, aquellos cuyo coeficiente intelectual está por encima del 70% son consideradas generalmente imputables, salvo que actúen sobre aquel déficit otros elementos psicosomáticos o ambientales que, reforzándolo, permitan estimar obraron en un influjo reductor de su plena imputabilidad.

Ahora bien aun cuando todas las oligofrenias tienen el carácter de permanentes y como hemos expuesto no todos los supuestos incluidos en el termino sociológico tienen la misma intensidad y consiguiente-

mente la misma trascendencia penal para la que ha de tomarse en cuenta, genéricamente considerado, el grado o profundidad del déficit intelectual, —conviene no olvidar que el juicio de culpabilidad debe ser individual— las circunstancias del caso, ya que no es lo mismo la actuación del sujeto en una situación compleja y frente a un hecho cuya definición delictiva requiere conocimientos o valoraciones que requieren una reflexión y esfuerzo intelectual inexigible a quien tiene mermada su inteligencia, de la de quien conculca preceptos elementales, pertenecientes al inconsciente colectivo o impuertos por la experiencia y el saber cotidiano y cuya fundamentabilidad para la convivencia social hace que se imbuyan con el mero hecho de vivir en colectividad, incluso en forma subliminal o inconsciente, como son las normas del respeto a la vida humana o a la propiedad ajena o libertad e indemnidad sexuales. Esta Sala en los supuestos en que el oligofrénico es víctima de un abuso sexual, ha descartado la apreciación de la ausencia de consentimiento en los supuestos de debilidad mental moderada o leve (SSTS 207/93 de 9-2, 118/94 de 24-1, 1155/97 de 13-11), por estimar que en estos casos no se cuenta anulada la capacidad de autodeterminación sexual del sujeto pasivo, no pudiendo hablarse de una pérdida o inhibición de las facultades cognoscitivas o volitivas de la medida adecuada para discernir la importancia, consecuencia y trascendencia ética o social, siendo consciente de lo que implica el acto sexual con las limitaciones propias del déficit intelectual que padece.

En definitiva se debe relacionar el posible conocimiento y conciencia del hecho y de su significado con su «mayor o menor elementabilidad y facilidad para advertir su ilicitud» (STS 722/2004 de 3-69, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, su complejidad, el acompañamiento, esfuerzo intelectual exigible, socialización, aprendizaje, respeto a las normas de convivencia, etc. Que nos presentaron al sujeto en su concreta situación (SSTS 28-2-2001, 13-12-1994, 24-10-1991).

Sentencia 1032/2009, Sala de lo Penal del TS, de 26 de octubre de 2009

DECLARACIÓN DE COIMPUTADO: CORROBORACIÓN

Arts. 24.2 CE; 368 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se reproduce en la sentencia y en el voto particular la discusión sobre lo que ha de entenderse por elementos suficientes de corroboración para dotar a la declaración del coimputado de valor probatorio de cargo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

Lo que nos obliga a recordar, una vez más, la doctrina por la que se rige la adecuada valoración del testimonio prestado por quienes son coimputados.

En nuestra Sentencia de 14 de mayo de 2009 recordábamos lo dicho en la núm. 593/2008, de 14 de octubre, en la que dijimos: «En relación con el medio probatorio constituido por la declaración prestada por quien también es acusado, en la causa seguida contra la persona cuya presunción de inocencia se pretende enervar; debemos distinguir: (a) la cuestión de la validez de la utilización de ese medio probatorio; (b) la relativa a la credibilidad que pueda otorgarse a lo manifestado por el coimputado y (c) lo que el Tribunal Constitucional ha denominado la consistencia como prueba de cargo a efectos de desvirtuar la presunción de inocencia...

La determinación de que el medio tiene la consistencia probatoria exigible, desde la perspectiva de salvaguarda de la presunción de inocencia, constitucionalmente garantizada, (a) ha de fundarse en datos objetivos, (b) externos o ajenos a lo que haya manifestado el coimputado y (c) debe resul-

tar de la corroboración, por la adición de datos que tengan también contenido incriminador, y esto (d) en relación con aquellos elementos del delito a los que alcanza la citada garantía constitucional, muy especialmente a la participación del condenado en el hecho imputado...

La cuestión esencial consiste precisamente en establecer en qué consiste dicha corroboración y cuándo puede tenerse por alcanzada. Al efecto debemos establecer las siguientes consideraciones: (a) la ya dicha de que el elemento corroborante debe ser externo, es decir reportado por una fuente probatoria diversa del coimputado, y, por ello, no derivado de la declaración misma del coimputado que ha de corroborarse; (b) que el dato que corrobora ha de referirse, no a cualquier contenido de la declaración, sino precisamente a los elementos del delito abarcados por la presunción constitucional de inocencia, muy especialmente la participación del acusado; (c) que la suficiencia de la corroboración se logra aunque el dato reporte un mínimo grado de intensidad probatoria; (d) que tal conclusión no cabe, por ello, establecerla sino examinando las particularidades de cada caso...»

En la Sentencia de 31 de marzo de 2009, también tuvimos ocasión de recordar que la

STS 53/2006, 30 de enero apunta, en primer lugar, «*que no constituye corroboración la coincidencia de dos o más coimputados en la misma versión inculpatoria (por todas, SSTC 65/2003, de 7 de abril, F. 5; ó 152/2004, de 20 de septiembre, F. 3)*».

La doctrina que arranca de la Sentencia del Tribunal Constitucional 153/1997 ha supuesto un punto de inflexión hacia el reforzamiento de la efectividad de la garantía constitucional. Pasando a exigir la corroboración de lo dicho por el coimputado y, más tarde, exigiendo que esa corroboración concierna a la participación del condenado y no meramente a la credibilidad del coimputado, imputación (Sentencias del Tribunal Constitucional 181/2002; 207/2002; 55/2005; 1/2006; 97/2006; 170/2006; 277/2006 y 10/2007).

(...)

Tercero.—Aplicando esta doctrina en el caso que ahora juzgamos debemos establecer una primera conclusión: el evidente error de la sentencia al estimar que la declaración de los coimputados tenga la consistencia constitucional necesaria para enervar la presunción de inocencia.

Más si, de uno de los coimputados, lo que se toma en consideración es su denuncia, en la que no persistió, rectificando ante el Juez la imputación vertida ante los agentes policiales a los que atribuye haberle compelido a la delación.

Y más, si cabe, también porque a ambos se les ha favorecido, según manifiesta la sentencia, con pena inferior precisamente por haber contribuido a la condena de los recurrentes mediante su declaración inculpativa.

Una segunda conclusión nos lleva a no reconocer a los denominados elementos objetivos corroboradores trascendencia funcional suficiente a esos efectos.

Porque, de la posesión en el domicilio de drogas muy diversas a las de la clase por cuyo tráfico se le condena, no cabe inferir este tráfico, ni siquiera en esa tenue ligazón

lógica que es propia de la mera corroboración de lo probado por otros medios.

Porque una libreta con anotaciones de nombre y números, de los que no se da la más mínima cuenta en la sentencia, tampoco cabe inferir la corroboración de que quien tal dato posee es persona dedicada al tráfico.

Porque la posesión de una máquina, que pesa objetos que no rebasan los 100 gramos, tiene tal grado de compatibilidad con una serie de usos ajenos al tráfico de drogas que no puede seriamente tenerse por indicio, ni mínimo del tráfico que los otros coimputados, en alguna de sus versiones, llegaron a atribuir a los recurrentes.

(...)

Por todo ello, no habiéndose satisfecho las exigencias de la garantía constitucional de presunción de inocencia dada la razonabilidad de la duda sobre la veracidad de los hechos atribuidos a los recurrentes, es procedente estimar el primero de los motivos por ellos alegados, sin necesidad de entrar a examinar los demás.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
EL MAGISTRADO EXCMO. SR. DON JULIÁN
SÁNCHEZ MELGAR, FRENTE A LA SENTENCIA
DICTADA POR ESTA SALA, LA NÚMERO
1032/2009, DE 26 DE OCTUBRE, EN RECURSO
DE CASACIÓN 296/2009

(...)

Discrepamos de la Sentencia mayoritaria en tanto que en ésta se afirma que no existen elementos suficientes de corroboración de la declaración inculpativa de ambos coimputados.

Ciertamente, uno de los coimputados no persistió en su declaración inicial, y rectificó ante el juez la imputación vertida ante los agentes policiales, a los que atribuye haberle compelido a la delación. El otro, sin embargo, mantuvo su versión inculpativa en el plenario, lo que le inculpaba igualmente.

Y desde luego que la rebaja de penalidad que se dispensa en la ley a tal comportamiento no es fruto de ventaja personal algu-

na, sino consecuencia de una política criminal que favorece la investigación de actividades delictivas, por vía de los llamados «arrepentidos», que en el Código penal vigente solamente se conceptúa precisa en casos de terrorismo y narcotráfico.

De manera que quien actúa conforme a un resultado legalmente previsto no puede predicarse de su conducta que actúe espuriamente, sino que se cumple lisa y llanamente con la ley.

En suma, y como hemos declarado recientemente (STS 164/2009, de 13 de febrero), por razones de política criminal, la actuación tanto de arrepentidos como colaboradores, en grado de aportación de datos de importancia para la investigación judicial, debe ser «premiada» con una sustancial rebaja de la penalidad, porque supone el acogimiento de la propia culpabilidad del sujeto, la demostración de querer integrarse en el orden jurídico que ha perturbado, y sobre todo, la facilitación de la investigación, que es tanto como la prestación de medios para el total esclarecimiento de los hechos enjuiciados, dando certeza al sistema jurídico y disminuyendo los costes y recursos de la Administración de Justicia. Tal colaboración puede venir dada en estos delitos contra la salud pública, a través del art. 376 del Código penal, o bien, con carácter general, con la estimación de la concurrencia de la atenuante sexta del art. 21 del Código penal, por ser la colaboración de análoga significación y sentido atenuatorio que la propia confesión, pues aparte de ésta misma, conlleva el suministro de datos e indicios ajenos, que oportunamente corroborados, permite la facilitación de la investigación, dando certeza y posibilitando la pertinente respuesta al orden jurídico perturbado.

Ninguna objeción puede ponerse a la actuación colaboradora de los coimputados, que además, como se deduce por los contornos de su delación, se encontraban amenazados por los demás implicados. Probablemente interesaban también protección personal, pero eso —debemos convenir— no lo

expresa rigurosamente el *factum* de la sentencia recurrida.

En lo que discrepamos, pues, es que no existan corroboraciones periféricas de la declaración de, al menos, uno de los coimputados.

Dice esta Sala Casacional (STS 944/2003, de 23 de junio) que corroborar es dar fuerza a una imputación, que interfiere en el hecho imputado, por formar parte del mismo contexto, de tal manera que puede servir para fundar razonadamente la convicción de que se ha producido realmente (se repite en la STS 830/2006, de 21 de julio).

En términos de las SSTC 153/1997 y 49/1998, la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia como prueba de cargo cuando siendo única, no resulta *mínimamente corroborada* por otra prueba.

En cualquier caso, el criterio de la exigencia de corroboración se concreta en *dos ideas*: que la corroboración *no ha de ser plena*, ya que de ser así sobraría este expediente, acudiéndose a tal prueba plena para formar la convicción judicial, y no a la *mera* inculpativa del coimputado, bastando, en consecuencia, una corroboración *mínima*; y que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de la idea obvia de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo *dejar al análisis caso por caso* la determinación de si dicha *mínima* corroboración se ha producido o no.

Resume dicha resolución la doctrina consolidada del TC sobre esta materia, señalando que los rasgos que la definen son: a) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional; b) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia; c) la aptitud como prueba de cargo de la declaración inculpa-

toria de un imputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado; d) se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración; y d) la valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse caso por caso.

En el caso enjuiciado, el coimputado expresó que los dos hermanos recurrentes formaban parte, con ellos mismos, de un entramado criminal para la venta y distribución de drogas (*duras y blandas*) a terceros, aportando los perfiles fácticos de tal actividad (...)

De tal autodenuncia, y heteroimplicación, se consiguió judicialmente un mandamiento de entrada y registro en los domicilios de aquéllos (...)

Este hallazgo corrobora a mi juicio la declaración del coimputado que formuló la imputación de los hermanos Fabio Marí Juana, pues el tráfico imputado era de derivados de cannabis y de cocaína, y en efecto, se hallaron sustancias sugerentes del tráfico de las primeras. También expresó que ellos se encargaban de la elaboración y prensado de las sustancias para distribución y venta. Y se obtuvieron como resultado instrumentos hábiles para tal procesamiento ilícito: molinillos, cilindros y objetos con capacidad de prensado. Manifestó igualmente que

tal actividad requería el envasado del producto destinado a su distribución: y se descubrieron varias balanzas de precisión, que son aptas para esta finalidad. Y además no precisamente en la cocina de la vivienda, como se admite en la sentencia de la mayoría, sino en el dormitorio de uno de los hermanos. Finalmente, mantuvo el coimputado que los productos elaborados eran distribuidos a terceras personas, y se descubrió una libreta con anotaciones manuscritas referidas a cantidades y nombres, y varias hojas con anotaciones manuscritas referidas igualmente a cantidades y nombres, lo que indudablemente sugiere en virtud de las máximas de la experiencia, que tales anotaciones eran consecuencia del menudeo al que declaradamente se dedicaban los hermanos Fabio Marí Juana.

Estos elementos son suficientes, a mi juicio, para considerar corroborada la declaración de un coimputado, y mucho más, en términos de *mínima* corroboración, que es lo que nuestro control casacional nos permite cuando se trata de la vulneración de la presunción de inocencia, sin invadir el espacio de valoración probatoria que solamente al Tribunal sentenciador compete, en virtud de lo dispuesto en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En consecuencia, este motivo debió ser desestimado.

Sentencia 1046/2009, Sala de lo Penal del TS, de 27 de octubre de 2009

DELITO CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL

Art. 307 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se extracta la doctrina recogida en la sentencia en relación con la interpretación que debe darse a la descripción típica del artículo 307 del Código Penal, de la que discrepa un voto particular.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(…)

1. En realidad, la conducta defraudatoria, consistente en la ocultación de datos relevantes para la determinación de la cantidad a ingresar a la Seguridad Social o a la Hacienda Pública, en su caso, es un elemento del tipo objetivo. El elemento del tipo subjetivo debe proyectarse sobre el conocimiento de la existencia de dicha conducta y de su significado y consecuencias. En cualquier caso, su concurrencia se examinará.

Aunque se trataba de un caso de subvenciones, en la STS n.º 2052/20002, se decía que «hoy día nadie discute que el Derecho Penal debe ser el instrumento reactivo, para sancionar aquellas conductas que valiéndose de artificios o engaños, defraudan a la Hacienda Pública o a la Seguridad Social en las cantidades que el legislador ha estimado relevantes para imponer una sanción penal, dejando para la actividad sancionadora administrativa, las defraudaciones que estén por debajo del límite marcado (...)». «La defraudación incide negativamente sobre el gasto público, lesionando gravemente el Estado social y los intereses generales, constituyendo además una conducta antisocial que, por razones de política criminal, sólo merece una pena cuando la cantidad defraudada supera las barreras señaladas por el legislador».

2. El artículo 307 sanciona, entre otras conductas, al que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta. La conducta típica, pues, consiste en defraudar eludiendo el pago.

En la STS n.º 1333/2004, en relación con el empleo del término «eludir», luego de señalar que «equivale a esquivar el pago de las cuotas de la Seguridad Social o de los tributos, que puede hacerse a través de una declaración falsa (acción) o también por no hacer

la declaración debida (omisión)», se afirma que «ambos verbos, defraudar y eludir, nos llevan a la idea de que ha de hacerse algo más que el mero no pagar para que este delito del art. 307 pueda cometerse (por acción u omisión), al menos alguna maniobra de ocultación que pudiera perjudicar la labor de inspección de los servicios de la Seguridad Social», relacionando los términos empleados con el paralelo delito fiscal del artículo 305.

Aparentemente en sentido diferente, de la STS n.º 523/2006, podría deducirse que sería bastante la mera omisión del pago. Argumentaba esta Sala en esa ocasión que «cuando la Ley define la conducta típica hace referencia tanto a la acción como a la omisión. Por lo tanto, esta equivalencia de ambas formas de la conducta demuestra que la simple omisión es suficiente, pues si se exigiera que la omisión fuese acompañada de una “maniobra de elusión o defraudación”, que sólo puede ser, por definición, activa, la referencia a la omisión sería superflua. Por otra parte, es preciso tener en cuenta que el delito del art. 307 del CP consiste en la infracción de un deber que incumbe al agente de la retención y que tal infracción se configura mediante la retención indebida de sumas que debería haber ingresado».

Sin embargo, ello no quiere decir que, cuando se ha comunicado la existencia de la deuda, sea bastante el impago para configurar el delito, pues la omisión a la que se refiere no puede vincularse solo con el pago, sino necesariamente con la declaración previa, a la que el sujeto viene obligado. La descripción típica no se limita a establecer como elemento del tipo objetivo la falta de pago de una cantidad debida, es decir, el incumplimiento del deber de pagar cuando tal deber exista y se supere una determinada cantidad, sino que exige que ello se haga, además, defraudando. La acción típica no es no pagar, sino defraudar eludiendo el pago

de las cuotas. Y, en cualquier caso, la precisión del concepto de lo que significa «defraudar eludiendo», debe superar la situación creada por quien comunica la existencia de la deuda y luego no realiza el ingreso que reconoce deber, sean cuales sean los cauces empleados para no realizar tal ingreso. La omisión, en consecuencia, será una acción típica porque supone una conducta en la que implícitamente se afirma que no concurren los presupuestos fácticos que harían obligatorio el pago de las cuotas o cantidades correspondientes. En este sentido, aunque referida al delito fiscal del artículo 305, en el que igualmente la acción típica examinada es defraudar eludiendo el pago, se pronunció esta Sala en la STS n.º 1505/2005, en la que se concluye que «no basta simplemente con omitir el pago debido, sino que es preciso defraudar, lo cual implica una infracción del deber mediante una conducta de ocultación de la realidad en la que aquél se basa o se origina». En sentido similar se pronunció esta Sala en la STS n.º 801/2008, en la que se afirmó que «Para que se produzca la conducta típica del art. 305 del CP, no basta el mero impago de las cuotas, porque el delito de defraudación tributaria requiere, además, un elemento de mendacidad, ya que el simple impago no acompañado de una maniobra mendaz podrá constituir una infracción tributaria, pero no un delito. La responsabilidad penal surge no tanto del impago como de la ocultación de las bases tributarias (véase STS de 20 de junio de 2006, entre otras)».

3. La posible confusión deriva principalmente de la identificación de maniobra mendaz o maniobra de elusión con el engaño o maniobra engañosa propia de la estafa, a la que, por otra parte se podrían asemejar algunas conductas contenidas en el artículo 305.

Cuando se trata de la conducta consistente en defraudar eludiendo el pago del tributo o, en el caso presente, eludiendo el pago de las cuotas y conceptos de recaudación conjunta a la Seguridad Social, es claro que el tipo objetivo no exige un engaño consistente

en una maquinación de contenido bastante para conseguir un acto de disposición del engañado en su perjuicio o en el de un tercero. No es preciso, por lo tanto, un engaño de la clase del exigido en la estafa.

Pero en ambos supuestos, ha de partirse de que la ley impone al obligado una conducta, un deber, consistente en declarar correctamente los hechos relevantes tributariamente o los hechos de los que nace la obligación de pago de las cuotas, y seguidamente, el deber de pagar o de ingresar el importe pertinente. Al exigir no solo la elusión del pago, sino que ello se haga mediante defraudación, no puede entenderse que se persigue penalmente a quien no puede, temporal o definitivamente, pagar lo que corresponde, o a quien, simplemente ha decidido no pagar, aun cuando deba luego hacer frente a las correspondientes sanciones administrativas a causa del impago. Ni tampoco a quien no declarando correctamente, sin embargo paga lo que procede, si ello fuera posible.

Por el contrario, la sanción penal está prevista para quien defrauda eludiendo, es decir, para quien ocultando la realidad no declara correctamente o simplemente no declara y, además, no paga. Es decir, que a los efectos de estos delitos, la defraudación consiste en ocultar la deuda o los hechos que la generan, impidiendo así a la Hacienda Pública o a la Seguridad Social conocer su existencia y su alcance, y evitando que pueda poner en funcionamiento las prerrogativas que el ordenamiento jurídico pone a su disposición para hacer efectivos el cobro de aquello que corresponde.

4. Desde el punto de vista del significado de las palabras, según el DRAE, defraudar significa en su tercera acepción «eludir o burlar el pago de los impuestos o contribuciones», entendimiento que debe ser rechazado para evitar la reiteración de dos términos con el mismo significado. Pero también significa, en su primera acepción «privar a alguien con abuso de su confianza o con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca de derecho», lo cual coincide

con el sentido que se propone, en cuanto que las obligaciones del contribuyente o de quien debe ingresar las cuotas a la Seguridad Social vienen precedidas del deber de declarar, que es, precisamente, el primero que se incumple, dando lugar a la elusión del pago de la cantidad debida.

En conclusión, partiendo del deber de declarar y pagar o ingresar lo procedente, la conducta típica «defraudar eludiendo» exige el desarrollo de acciones u omisiones que provoquen la ocultación de los hechos relevantes, tributariamente o en relación al ingreso de las cuotas y conceptos de recaudación conjunta a la Seguridad Social. Lo cual puede producirse mediante la mera omisión de la declaración o bien mediante una declaración incompleta, pues tanto una como otra ocultan la realidad y en ese sentido suponen una defraudación.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA, CONTRA LA SENTENCIA NÚM. 1046/2009, DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN N.º 548/2009

Desde el respeto a mis compañeros expreso a través del presente voto particular mi disensión a la misma, resumiendo los argumentos que expuse en la deliberación.

La razón de mi discrepancia radica en la absolución del recurrente del delito del art. 307 del Código penal, el delito de defraudación a la Seguridad Social, al estimar un motivo formalizado por error de derecho. El núcleo de la argumentación de la Sentencia de la que discrepo es el de entender que el tipo penal del art. 307 consiste en «defraudar, por acción u omisión, eludiendo el pago», añadiendo que «es claro que el tipo objetivo no exige un engaño consistente en una maquinación de contenido bastante para conseguir un acto de disposición del engaño en su perjuicio o en el de un tercero. No es preciso, por lo tanto un engaño de la clase del exigido en la estafa», aunque es claro que «la ley impone al obligado una

conducta, un deber, consistente en declarar correctamente los hechos relevantes tributariamente [art. 305 del Cp], o los hechos de los que nace la obligación de pago de las cuotas [art. 307 del Cp], y, seguidamente, el deber de pagar o de ingresar el importe pertinente».

Básicamente estoy de acuerdo con el anterior argumento, si bien discrepo en su aplicación en el caso concreto. La sentencia de la mayoría entiende que como el recurrente no defraudó al tiempo de la declaración a la Seguridad social, la omisión del pago de la deuda para con el instituto público de la Seguridad Social no es típica.

A esa consideración opongo dos objeciones. En primer lugar una nacida de nuestra propia jurisprudencia. En la Sentencia 523/2006, de 19 de mayo, frente a una argumentación coincidente con la que se mantiene en la Sentencia de la que discrepo, según la cual la tipicidad exige algo más que no pagar y se requiere una maniobra de elusión o defraudación, se afirma que en el art. 307 al definir la conducta típica «hace referencia tanto a la acción como a la omisión. Por lo tanto, esta equivalencia de ambas formas de la conducta demuestra que la simple omisión es suficiente, pues si se exigiera que la omisión fuese acompañada de una “maniobra de elusión o defraudación”, que sólo puede ser, por definición, activa, la referencia a la omisión sería superflua. Por otra parte, es preciso tener en cuenta que el delito del art. 307 del CP consiste en la infracción de un deber que incumbe al agente de la retención y que tal infracción se configura mediante la retención indebida de sumas que debería haber ingresado». No ha de olvidarse que en este supuesto el autor ha traído sumas correspondientes a la cuota del trabajador y ha incumplido su obligación de pago de las cantidades retenidas y las que a él le corresponden como empleador. Esta Sentencia, aunque es recogida en la argumentación de la Sentencia de la mayoría es interpretada en un sentido contrario al que resulta de su dicción literal.

Sentencia 1010/2009, Sala de lo Penal del TS, de 27 de octubre de 2009

ATENTADO. EJERCICIO LEGÍTIMO DEL CARGO

Arts. 20.7 y 550 Código Penal

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

SÍNTESIS

De las diversas cuestiones tratadas en la sentencia destaca la doctrina sobre los elementos que configuran el delito de atentado, así como sobre el alcance de la causa de justificación «ejercicio legítimo del cargo».

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—Y en cuanto a la no acreditación de la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito de atentado, la jurisprudencia (por ejemplo STS 265/2007 de 9-4), ha perfilado estos elementos. Entre los primeros podemos destacar:

a) El carácter de autoridad, agente de la misma o funcionario público en el sujeto pasivo, conforme aparecen definidos estos conceptos en el art. 24 del CP.

b) Que el sujeto pasivo se halle en el ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas. Esto es que tal sujeto pasivo se encuentre en el ejercicio de las funciones propias del cargo que desempeña o que el hecho haya sido motivado por una actuación anterior en el ejercicio de tales funciones.

c) Un acto típico constituido por el acometimiento, empleo de fuerza, intimidación grave o resistencia activa también grave. Acometer equivale a agredir y basta con que tal conducta se dé con una acción directamente dirigida a atacar a la autoridad, (a sus agentes o a los funcionarios), advirtiendo la

jurisprudencia que el atentado se perfecciona incluso cuando el acto de acometimiento no llegar a consumarse. Lo esencial es la embestida o ataque violento. Por ello se ha señalado que este delito no exige un resultado lesivo del sujeto pasivo, que si concurre se penará independientemente (SSTS 672/2007 de 19-7 y 309/2003 de 15-3), calificando el atentado como delito de pura actividad, de forma que aunque no se llegue a golpear o agredir materialmente al sujeto pasivo, tal delito se consuma con el ataque o acometimiento (SSTS 652/2004 de 14-5, 146/2006 de 10-2), con independencia de que el acometimiento se parifica con la grave intimidación, que puede consistir en un mero acto formal de iniciación del ataque o en un movimiento revelador del propósito agresivo.

Entre los segundos (elementos subjetivos) deben concurrir:

a) conocimiento por parte del sujeto activo de la cualidad y actividad del sujeto pasivo cuya protección no puede depender del uso del uniforme en el momento en que se ejerce la autoridad, dado que el uniforme sólo permite el inmediato reconocimiento del agente, siendo indiscutible que habién-

dose identificado el agente como tal y haber tenido conocimiento de ello el acusado, se cumplieron todas las exigencias del elemento cognitivo del mismo.

b) el elemento subjetivo del injusto, integrado por el dolo de ofender, denigrar o desconocer el principio de autoridad, cuya concurrencia en el caso presente no puede ser cuestionada.

En efecto el dolo es un elemento intelectual, supone la representación o conocimiento del hecho, que comprende el conocimiento de la significación antijurídica de la acción y el conocimiento del resultado de la acción.

El elemento subjetivo del injusto integrado por el dolo de ofender, denigrar o desconocer el principio de autoridad, que «va ínsito en los actos desplegados cuando no constan circunstancias concurrentes que permitan inferir otra motivación ajena a las funciones públicas del ofendido», entendiéndose que quien agrede, resiste o desobedece conociendo la condición del sujeto pasivo «acepta la ofensa de dicho principio como consecuencia necesaria cubierta por dolo directo de segundo grado», matizándose que «la presencia de un *animus* o dolo específico... puede manifestarse de forma directa, supuesto de perseguir el sujeto con su acción la ofensa o menoscabo del principio de autoridad o de la función pública, o merced al dolo de segundo grado, también llamado de consecuencias necesarias, cuando, aun persiguiendo aquél otras finalidades, le consta la condición de autoridad o funcionario del sujeto pasivo y acepta que aquel principio quede vulnerado por causa de su proceder» (STS 431/94, de 3 de marzo; SSTs 602/95, de 27 de abril y 231/2001, de 15 de febrero). También esta Sala Segunda, ha declarado que tal animo se presume y que «el dolo de este delito, en tanto conocimiento de los elementos del tipo objetivo contiene ya todos los elementos que demuestran que el autor quiso obrar contra un agente de la autoridad, pues quien atenta contra quien sabe que se está desempeñando

como tal, quiere también hacerlo contra la autoridad que el agente representa», sin que se requiera «una especial decisión del autor de atentar contra la autoridad, diferente a la decisión de realizar la acción» de modo que el dolo consistirá en agresión, resistir o desobedecer a los agentes de la autoridad en el desempeño de sus funciones y deberes, con conocimiento de esa condición y voluntad de ejecutar la acción típica (STS. 743/2004 de 9-6).

Es cierto que el ejercicio de funciones plantea el espinoso problema de los abusos, de modo que «cuando los sujetos pasivos del atentado se exceden de sus funciones o abusan notoriamente de su cometido, pierden la cualidad que fundamenta la especial protección de la Ley. Lo que se protege es el ejercicio específico de la autoridad en la medida que ello permita asegurar el orden interno del Estado. De ahí también que como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, la notoria extralimitación del sujeto pasivo en el ejercicio de sus funciones le priva de la especial protección del precepto que examinamos, sin que ello pueda interpretarse con un criterio de generalidad que legitima cualquier supuesto de reacción de los sujetos afectados. En este sentido esta Sala Segunda ha ido delimitando el contenido y alcance de la “notoria extralimitación”, que en definitiva comporta la reducción a mero particular de la autoridad, y así ha estimado que la misma concurre «cuando insultan, provocan y se dirigen en actitud amenazadora contra la persona a quien intentan imponer su mandato” (S. de 28 de junio de 1922), cuando existe una actitud de provocación por parte de la Autoridad (S de 8 de abril de 1922), cuando se profieren por la misma insultos o injurias. En definitiva cuando la autoridad agente o funcionario público se excede en sus funciones de modo que es tal exceso el que provoca la reacción violenta del sujeto activo del hecho... ese exceso hace perder la condición pública en base a la cual la Ley protege a dicho sujeto pasivo en estos delitos» (STS 191/95 de

14-2), en cuanto tal protección «solo está concebida para el caso de moverse dentro de su actuación normal, conforme a Derecho» (STS 30-10-1991), de modo que «la notoria exlimitación del sujeto pasivo en el ejercicio de sus funciones le priva de la especial protección que le dispensa este artículo y le convierte en mero particular» (STS 1042/94 de 20-5).

(...)

Efectuada esta precisión previa, como hemos señalado en SSTs 1401/2005 de 23-11 y 778/2007 de 9-10, cuando, se trata de actuaciones de agentes de la autoridad, como aquí se trata, estos tienen no solo la facultad, sino también el deber de actuar en el ejercicio de su cargo utilizando medios violentos, incluso las armas que reglamentariamente tienen asignadas, en su misión de garantizar el orden jurídico y servir a la paz colectiva «con la decisión necesaria y sin demora cuando de ello depende evitar un gran daño, inmediato e irreparable», pero al mismo tiempo «rigiéndose por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad», como dice el apartado c) del art. 5.4 de la LO 2/86 de 13-3, cuyo apartado d) concreta que «solamente deberán utilizar las armas en situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o la de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior». Lo que responde al mandato del art. 104 de la CE y se halla inspirado en las líneas marcadas por la «Declaración de la Policía» hecha por el Consejo de Europa el 8-5-1979, y por el «Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley», aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17-12-1979.

Conforme a tales normas y directrices para que la actuación del agente pueda considerarse justificada se requiere los siguientes requisitos:

«1.º) que el sujeto activo sea una autoridad o funcionario público autorizado por las disposiciones correspondientes a hacer uso de medios violentos en el ejercicio de los deberes de su cargo; 2.º) que el posible delito se haya producido en el ejercicio de las funciones del cargo correspondiente; 3.º) que para el cumplimiento del deber concreto en cuyo ámbito se está desarrollando su actividad le sea necesario hacer uso de la violencia (necesidad en abstracto) porque, sin tal violencia, no le fuera posible cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe; 4.º) que la violencia concreta utilizada sea la menor posible para la finalidad pretendida, esto es, por un lado, que se utilice el medio menos peligroso, y, por otro lado, que ese medio se use del modo menos lesivo posible, todo ello medido con criterios de orden relativo, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, entre ellas las posibilidades de actuación de que dispusiere el agente de la autoridad (necesidad en concreto); y 5.º) proporcionalidad de la violencia utilizada en relación con la situación que origina la intervención de la fuerza pública».

Bien entendido que no se requiere que el desencadenante de la acción del funcionario sea una agresión ilegítima bastando con que el agente se encuentre ante una situación que exige intervención para la defensa del orden público en general o para defensa de intereses ajenos por los que deben velar los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, matizándose que «no es situable en el mismo plano la persecución de quien ha cometido un grave delito que la represión in situ de comportamientos leves».

Por ello se ha distinguido entre la necesidad de actuar violentamente entendida en «abstracto» y la considerada en «concreto», de tal manera que cuando no existe la primera no cabe hablar ni de eximente completa ni de incompleta, mientras que en la otra sí cabe apreciar esta última. Y con carácter general esta Sala, según recuerda la STS 29-2-1992 que «tanto el cumplimiento de un deber como el ejercicio legítimo de un

derecho u oficio no constituye una patente para que bajo su amparo puedan quedar justificados todos los actos que bajo los supuestos del precepto se realicen, sino que, es preciso que los mismos estén dentro de la

órbita de su debida expresión, uso y alcance, porque de lo contrario constituyen un abuso capaz y bastante para desvalorar la excusa y para llegar a una definición de responsabilidad».

Sentencia 1089/2009, Sala de lo Penal del TS, de 27 de octubre de 2009

HOMICIDIO IMPRUDENTE

Arts. 142 y 621.2.º Código Penal

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

SÍNTESIS

En un episodio de detención la sentencia de instancia condenó al guardia civil por homicidio por imprudencia grave de carácter profesional, rebajando el Tribunal Supremo la calificación a falta de homicidio por imprudencia leve. A tal efecto, se precisa con claridad el sentido de la separación entre imprudencia grave y leve.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

Para dirimir el motivo de impugnación debemos por tanto transcribir la declaración de hechos probados de la sentencia en la parte nuclear que nos afecta. Los dos últimos párrafos del apartado segundo del relato fáctico dicen así:

«En ese preciso momento, estando el inmigrante de espaldas, Gregorio se acercó por detrás con la pistola en una mano y llevando el dedo en el gatillo, sin haber puesto el seguro de ningún tipo y estando el arma en condiciones aptas para disparar, y una linterna en la otra y sujetó a Romeo por uno de los brazos. Romeo se giró en ese momento y Gregorio perdió el equilibrio a conse-

cuencia de lo resbaladizo y húmedo del terreno y la pendiente del lugar».

«Durante su caída al suelo, Gregorio apretó el gatillo en un movimiento reflejo, disparándose el arma. A consecuencia de este disparo una bala impactó a Romeo en la zona axilar posterior, a la altura de la 5.ª costilla, tras haber rozado su brazo izquierdo. Este le produjo un shock hipovolémico-hemorrágico a causa del cual falleció».

El Tribunal de instancia subsume los hechos en los tres apartados del art. 142 del C.Penal, esto es, en un delito de homicidio por imprudencia profesional. Y como argumento sustancial para cimentar su calificación afirma con respecto al acusado, en el fundamento cuarto, que «nada le impidió poner el seguro corredera en el arma para

inutilizarla manteniéndose a una prudente distancia, evitando así cualquier peligro o riesgo para su vida...». Y a continuación matiza que «existían otras posibilidades y alternativas que no ponían en riesgo la vida y la integridad propia ni del emigrante. En lugar de ello —sigue diciendo la sentencia—, a pesar de las condiciones adversas, que debió prever, como lo resbaladizo y húmedo del terreno en pendiente, provisto como estaba con una linterna en la otra mano, y sin razones para sospechar que el inmigrante estuviera armado ni prueba alguna de que efectuara movimiento imprevisto o inesperado..., no había razones para no poner a recaudo el arma o, al menos, ponerle el seguro de corredera. Incluso hubiera bastado retirar el dedo del gatillo».

Pues bien, los razonamientos expuestos en la sentencia para apoyar la aplicación del tipo penal de homicidio imprudente grave no pueden asumirse en esta instancia. En efecto, no se considera razonable exigirle al acusado, cuando acude a una playa, a las dos de la madrugada, con el fin de identificar a veinte personas que acceden clandestinamente a la costa, que realice su función profesional de guardia civil con el seguro del arma puesto en el instante de identificar a uno de los sujetos que acaba de desembarcar y que huye por una pendiente del terreno. El funcionario ignora en ese momento si la persona en fuga va armada y tampoco conoce la reacción que va a tener en el instante de proceder a su identificación. Las circunstancias de riesgo real o posible que podía conocer *ex ante* en su actuación profesional aconsejaban actuar con el arma preparada y apta para el disparo ante una posible reacción violenta por parte del sujeto fugado, del que se ignoraba todo lo relativo a su persona, antecedentes, instrumentos que podía portar y su reacción ante una posible detención en una zona de costa, a esas horas de la noche, y cuando acababa de descender de una embarcación que parecía proceder de un país africano.

No se comparte por consiguiente la interpretación que hace la sentencia de instancia del art. 5.2.d) de la Ley Orgánica 2/1996, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Pues si bien esta norma dispone, en efecto, que los funcionarios policiales sólo deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, debe entenderse que, a diferencia de lo que sostiene el Tribunal de instancia, en este caso, tal como ya se ha afirmado, se daban *ex ante* unas circunstancias que legitimaban llevar el arma sin el seguro puesto y preparada para su uso ante una reacción agresiva del fugado, reacción que de entrada no podía descartarse en el contexto en que se producía la detención. Otra cosa muy distinta es ya si en el momento del disparo el agente manejó la pistola aplicando toda la diligencia que es exigible a un profesional en el ejercicio de la función policial ante un percance accidental, cuestión que será objeto de nuestro examen en los razonamientos que se exponen a continuación.

2. El delito imprudente aparece estructuralmente configurado, de una parte, por la infracción de un *deber de cuidado interno* (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión), que obliga a advertir la presencia de un peligro cognoscible y el índice de su gravedad; y, de otra, por la vulneración de un *deber de cuidado externo* (deber objetivo de cuidado), que obliga a comportarse externamente de forma que no se generen riesgos no permitidos, o, en su caso, a actuar de modo que se controlen o neutralicen los riesgos no permitidos creados por terceras personas o por factores ajenos al autor, siempre que el deber de garante de éste le obligue a controlar o neutralizar el riesgo ilícito que se ha desencadenado.

A estos requisitos ha de sumarse, en los comportamientos activos, el nexo causal entre la acción imprudente y el resultado (*vínculo naturalístico u ontológico*), y la

imputación objetiva del resultado a la conducta imprudente, de forma que el riesgo no permitido generado por ésta sea el que se materialice en el resultado (*vínculo normativo o axiológico*). Y en los comportamientos omisivos habrá de operarse con el criterio hipotético de imputación centrado en dilucidar si la conducta omitida habría evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, la lesión o el menoscabo del bien jurídico que tutela la norma penal.

Para analizar el supuesto enjuiciado a la luz de las bases conceptuales que se acaban de exponer, se ha de partir de la descripción fáctica de la sentencia recurrida, que ha quedado incólume en esta instancia, y de cuya lectura no puede inferirse que se esté ante un supuesto de imprudencia grave. Los antecedentes y las circunstancias que se describen como concurrentes en el momento en que el agente se acercó al ciudadano marroquí que acababa de descender de una embarcación a esas horas de la noche, no permiten colegir que el acusado estuviera generando un riesgo ilícito o prohibido por el mero hecho de portar su arma profesional sin el seguro accionado. No omitió por lo tanto un deber objetivo de cuidado en el ejercicio de su actuación profesional por la circunstancia de portar el arma en disposición de disparo. Y tampoco incurrió en una infracción del deber elemental de cuidado en el ejercicio de su profesión por no controlar el arma cuando, debido al estado resbaladizo y en pendiente del terreno, se cayó al suelo y se le disparó en el curso de la caída debido a un movimiento reflejo que hizo, que es lo que se declara como probado en la sentencia impugnada, que debe mantenerse inalterado en casación.

Es cierto que no se comportó con una diligencia adecuada al no evitar el disparo del arma por el mero hecho de caerse con ella en la mano. Ahora bien, ese descontrol no puede subsumirse en una omisión grave del deber de cuidado.

Como es sabido, la *gravedad de la imprudencia* se determina, desde una perspectiva objetiva o externa, con arreglo a la *magnitud de la infracción del deber objetivo de*

cuidado o de diligencia en que incurre el autor, magnitud que se encuentra directamente vinculada al *grado de riesgo no permitido generado* por la conducta activa del imputado con respecto al bien que tutela la norma penal, o, en su caso, al *grado de riesgo no controlado* cuando tiene el deber de neutralizar los riesgos que afecten al bien jurídico debido a la conducta de terceras personas o a circunstancias meramente casuales. El nivel de permisión de riesgo se encuentra determinado, a su vez, por el *grado de utilidad social* de la conducta desarrollada por el autor (a mayor utilidad social mayores niveles de permisión de riesgo). Por último, ha de computarse también la importancia o el valor del *bien jurídico amenazado* por la conducta imprudente: cuanto mayor valor tenga el bien jurídico amenazado menor será el nivel de riesgo permitido y mayores las exigencias del deber de cuidado.

De otra parte, y desde una perspectiva subjetiva o interna (relativa al deber subjetivo de cuidado), la gravedad de la imprudencia se dilucidará por el *grado de previsibilidad o de cognoscibilidad* de la situación de riesgo, atendiendo para ello a las circunstancias del caso concreto. De forma que cuanto mayor sea la previsibilidad o cognoscibilidad del peligro, mayor será el nivel de exigencia del deber subjetivo de cuidado y más grave resultará su vulneración.

Pues bien, al ponderar el caso objeto de recurso, se aprecia que no se dan los elementos propios de la imprudencia grave. Y ello porque, aunque el acusado pudo prever la posibilidad de una caída dado el estado que presentaba el terreno, lo cierto es que el no controlar debidamente el arma con motivo de una circunstancia casual de esa índole no puede afirmarse que integre una infracción grave del deber de cuidado objetivo exigible en el caso concreto. Pues al riesgo implícito que conlleva el uso normal del arma se le añade el riesgo accidental de una caída nada fácil de evitar, incremento del riesgo que convierte en mucho más difícil el

control y dominio del arma. De modo que si un profesional debe, en principio, controlar la pistola en una situación de esa índole, el hecho de que no llegue a neutralizar los riesgos que se generan por la caída no quiere decir que haya incurrido en una imprudencia de carácter grave. Dado el nivel de riesgo que se ha generado con motivo de la caída accidental del acusado al suelo y las posibilidades de controlar el disparo del arma ante una contingencia de esa naturaleza, sólo cabe hablar de una infracción del deber de cuidado de carácter leve cuando la pistola se acaba disparando por no asirla o manejarla debidamente su portador en el momento de caerse.

Por lo demás, no se suscitan dudas de que en este caso el riesgo ilícito generado por la omisión de diligencia del acusado se materializó en el resultado lesivo. Con lo cual, concurre, además del vínculo naturalístico

propio del nexo causal, el vínculo axiológico o normativo propio de la imputación objetiva.

Así las cosas, debe rechazarse la subsunción de la conducta del acusado en el tipo penal de la imprudencia grave del art. 142 del C. Penal y subsumirla en la imprudencia de carácter leve del art. 621.2 y 5 del C. Penal.

Se acoge así parcialmente la tesis de la parte recurrente, ya que no cabe calificar el hecho como un caso fortuito. Y es que, tal como se ha argumentado, el acusado sí pudo actuar con una mayor diligencia y evitar que el arma se le disparara en el curso de la caída, máxime tratándose de un profesional al que se le presupone un notable grado de experiencia y destreza en el manejo de un arma.

El motivo se estima, pues, de forma parcial.

Sentencia 1074/2009, Sala de lo Penal del TS, de 28 de octubre de 2009

DIFUSIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

Arts. 189.1.b) y 189.3 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer**

SÍNTESIS

Se aplica el contenido del Acuerdo de Sala de 27 de octubre de 2009, en el sentido de que «una vez establecido el tipo objetivo del artículo 189.1.b) del Código Penal, el subjetivo deberá ser considerado en cada caso, evitando incurrir en automatismos derivados del mero uso del programa informático empleado para descargar los archivos».

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

1. En el primer motivo denuncia la recurrente, aunque con imprecisión, lo que

viene a ser un *error iuris*, por aplicación indebida de los arts. 189.1.b) y 189.3.a) del CP, por entender no concurrente el dolo exigido por el tipo aplicado, ya que tenía intención de descargarse algunos documentos le-

gales, y «por sorpresa» se descargaron unos archivos distintos de los deseados.

La recurrente alega que el programa que disponía para obtener archivos vía internet, no tenía establecida la función «previsualizar», de modo que, hasta la total descarga del documento, no podía controlar su contenido, lo que hacía una vez que los archivos obraban en la carpeta «Incoming», eliminando los archivos de contenido ilícito.

(...)

4. Ciertamente, lo primero que debe advertirse es que —desde una perspectiva objetiva— si *facilitar*, según el diccionario de la RAE significa «*hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin; o proporcionar o entregar*», en un caso como el nuestro la tipicidad resulta evidente, pues mediante la utilización del sistema (*Peer to Peer o de igual a igual*) se hace más sencillo y rápido, más fácil, en definitiva, la transferencia de archivos.

Por lo que atañe al tipo subjetivo, esta Sala ha dicho (cfr. STS 361/2006, de 21 de marzo) que el *dolo* no puede ser percibido por los sentidos; la prueba del dolo en su doble acepción de prueba del conocimiento y prueba de la intención es un hecho, sólo que se trata de un hecho subjetivo cuya probanza lo es por medios diferentes de los hechos naturales. Así como el hecho natural puede ser comprobado por prueba directa, el hecho psíquico dada su naturaleza interna, salvo improbable confesión de la persona concernida, sólo puede ser aprehendido —más que comprobado— por una constelación de indicios que enlazados entre sí equivalen a su existencia, de suerte que esa constelación de indicios viene a ser el verdadero objeto de la determinación probatoria, pues la certeza de tal conocimiento o intención, dada su naturaleza interna, resulta indemostrable, lo que no es equivalente a que sea inaprehensible intelectualmente y racionalmente aceptable por estar fundados en máximas de experiencia socialmente aceptadas. En todo caso, su lugar es el hecho en la medida que en él debe hacerse constar el juicio de certeza alcanzado por el Tribu-

nal tras la valoración crítica de toda la prueba de cargo y de descargo practicada (SSTS 555/2001, de 4 de abril y 1060/2005, de 29 de julio), por ello, cuando tales hechos subjetivos no constan en los hechos probados, este debe integrarse con aquellos deslizados en la motivación, que en ocasiones suelen ser los referentes al dolo.

Y, al respecto, el *Pleno no jurisdiccional* de esta Sala Segunda de fecha 27-10-2009, llegó al acuerdo de que «*establecida la existencia del tipo objetivo de la figura de facilitamiento de la difusión de la pornografía infantil del art. 189.1.b) del CP, en cuanto al tipo subjetivo, la verificación de la concurrencia del dolo se ha de realizar evitando caer en automatismos derivados del mero uso del programa*».

Ciertamente, anticipando, esencialmente, la misma línea, ya esta Sala había indicado (cfr. STS de 30-1-2009, n.º 105/2009) que el problema de la *distribución* (o, en otros términos, *facilitar su difusión*) de *archivos pornográficos* en los que hayan intervenido menores de trece años, debe ser, en consecuencia, analizado caso por caso, en función de las características del material intervenido, el conocimiento por parte del autor de los hechos de los medios informáticos, la distribución que se produzca a terceros, el número de elementos que son puestos en la red a tal efecto, el dato de que el material ya se encuentre «difundido» en internet, de la estructura hallada en la terminal (archivos alojados en el disco duro u otros dispositivos de almacenamiento), etc.

Y que, en todo caso, tales actos de divulgación requieren inexcusablemente el *dolo* de actuar con tal finalidad, deducido de cualquier circunstancia, pero especialmente de la intervención del autor en la confección de tales materiales o en la elaboración de actividades para ser «colgados en la red» (difundidos), o del concierto de actos de intermediación o pública exhibición; y cuando se trata de una acción de compartir archivos recibidos, tal dolo (*eventual*) se ha de inducir de esa pluralidad de elementos y circunstancias, especialmente del *conocimien-*

to y aceptación por parte del sujeto agente de que el sistema que utiliza pone a disposición de los demás usuarios, o proporciona los mismos, los archivos que recibe.

Sentencia 1076/2009, Sala de lo Penal del TS, de 29 de octubre de 2009

REFUNDICIÓN DE CONDENAS

Arts. 70 Código Penal 1973; 988.3 LECrim.

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

SÍNTESIS

Se vuelve ampliamente, confirmándola, sobre la denominada «doctrina Parot», ofrecida en la Sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero que, como es notorio, modifica el criterio tradicional en la imputación de beneficios penitenciarios en los supuestos de pluralidad de delitos. Contiene un voto particular discrepante.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—En el cuarto motivo, al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim., denuncia la interpretación errónea del artículo 70.2 del Código Penal derogado, y del artículo 988 de la LECrim. Sostiene el recurrente que es incorrecto entender que la refundición de condenas no actúa como una pena nueva sobre la que aplicar los beneficios penitenciarios. Hasta la STS n.º 197/2006, el entendimiento de los citados preceptos era pacífico, en el sentido de que «la pena señalada en el art. 70.2.ª del Código Penal, el límite de treinta años en este caso, opera ya como una pena nueva, resultante y autónoma y a ella deben referirse los beneficios otorgados por la Ley, como son la libertad condicional y la redención de penas», como se decía en la STS n.º 529/1994, avalada por innumerables resoluciones posteriores. Señala que la nueva doctrina pugna con los más elementales postulados del de-

recho penal moderno y los fines rehabilitadores de la pena.

1. La posibilidad de un cambio de criterio en la interpretación de la ley está ampliamente reconocida y resulta, entre otros, del artículo 3 del Código Civil, en cuanto en su apartado primero dispone que «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas». Por lo tanto, es clara la posibilidad de rectificación del criterio anterior, siempre que existan razones suficientes para abandonar la interpretación hasta entonces mantenida y para sustituirla por otra de significado y consecuencias diferentes, con independencia de que resulte más o menos favorable a los intereses de los afectados por la aplicación del precepto. La doctrina del TC exige para estos casos que se trate de una rectificación

razonada, razonable y con vocación de futuro. Dicho de otra forma, el cambio de criterio es posible siempre que no se trate de una rectificación solo aplicable al caso examinado; que existan razones suficientes que la justifiquen, y que esas razones se expliquen en la resolución que la acuerda.

2. Todos esos elementos se encuentran presentes en el texto de la STS n.º 197/2006, que establece una doctrina que fue seguida posteriormente por la STS n.º 734/2008, y que es ratificada en esta Sentencia. No obstante, conviene recordar algunos aspectos. Es cierto que, como dice el recurrente en el motivo, en la STS n.º 529/1994 se había dicho que «la pena señalada en el art. 70.2.º del Código Penal, el límite de treinta años en este caso, opera ya como una pena nueva, resultante y autónoma y a ella deben referirse los beneficios otorgados por la Ley, como son la libertad condicional y la redención de penas», lo cual fue reiterado en alguna otra posterior, como la STS n.º 1223/2005, aunque ésta ya referida al Código vigente, en el que la regulación de la materia no es exactamente igual que la contenida en el Código derogado, e incluso pueden encontrarse otras resoluciones en las que, aun sin enfrentar el tema concreto, parecían darlo por resuelto en el mismo sentido. No obstante no fue esta la única tesis sostenida en sentencias de esta Sala, aunque fuera la que últimamente se venía aplicando en la práctica. La preconstitucional STS 23 de noviembre de 1968 señalaba que resultaba «... por tanto lógico y ajustado a derecho que la aplicación de los indultos recaiga sobre todas y cada una de las penas impuestas al reo, aunque teniendo siempre presente en su ejecución que el cumplimiento no podrá exceder del triplo de la mayor...», y la STS n.º 1985/1992, ya vigente la Constitución, luego de señalar que «En efecto, el tratamiento penitenciario se inspira en la conveniencia o necesidad de operar, no sobre penas individualizadas, sino sobre la totalidad de las sentencias o condenas pendientes de ejecución, reduciéndolas a una unidad de cumpli-

miento...», concluía diciendo que «Por todo lo expuesto, esta Sala entiende que deben acumularse para su cumplimiento a la pena de veintiséis años, ocho meses y un día por delito de asesinato y de tres años por delito de tenencia ilícita de armas las penas de dos años, cuatro meses y un día por robo con intimidación impuesta por S. 24-1-1987, de cuatro meses y un día impuesta por robo con fuerza por S. 13-2-1987, y de cinco años por delito de robo con fuerza, cumplimiento sucesivo que no podrá exceder de treinta años conforme a la regla 2.ª del Código Penal». De donde se deduce que en esa sentencia se entendió que tras la acumulación, procedía el cumplimiento sucesivo de las penas impuestas, y no de una supuesta pena resultante, si bien con el límite máximo correspondiente, en el caso, de treinta años.

3. De todos modos, lo cierto es que hasta la STS n.º 197/2006 no se había planteado y resuelto en profundidad la cuestión planteada. Las principales razones del sostenimiento de la tesis generalmente aplicada en la práctica y que ahora sostiene el recurrente, aunque no se encontraban desarrolladas con amplitud en las sentencias que se han citado, se encuentran relacionadas con el trato humanitario a los penados, huyendo de privaciones de libertad excesivas.

Pero tales consideraciones no pueden desvincularse de razones de justicia, incorporada al ordenamiento como un valor superior, según el artículo 1 de la Constitución. En cualquiera de las tesis que se defiende, el límite de 30 años de cumplimiento establecido en el Código derogado o los distintos establecidos en el vigente, son aplicables a cualquier penado tras la acumulación, por lo que ordinariamente no se rebasan dando lugar a penas privativas de libertad que equivalgan a la cadena perpetua. Pero no se encuentran razones de peso para tratar en todo de la misma forma a quien comete un alto número de delitos que a quien comete menos. Es cierto también que los principios humanitarios y en algunos aspectos la propia naturaleza humana, limitada en su

duración temporal, imponen que en ocasiones el trato final resulte igual en uno y otro caso, pero no es preciso que sea siempre así, si no es inevitable.

La tesis sostenida con anterioridad a la STS n.º 197/2006 se revela injusta en casos de condenas por varios delitos graves. Los ejemplos posibles son numerosos y no es preciso exponerlos en detalle. Tal como se decía en esa Sentencia, FJ 3.º, «Es claro también, que otro principio que preside la interpretación de esta materia, residenciado en consideraciones de política criminal, descansa en que el autor de las diversas infracciones cometidas debe cumplir todas o la mayor parte de las penas impuestas, sin que pueda igualarse, concediéndosele el mismo trato punitivo, al autor de un solo delito que al seriado criminal que tiene sobre sus espaldas un amplio historial delictivo. Esta interpretación ni la consiente el valor de justicia proclamado por la Constitución española, ni resulta propiamente tampoco de la Ley».

4. Es preciso, pues, examinar si la ley permite otra interpretación que dé lugar a un tratamiento más justo de la situación. Y en este sentido, el texto de la ley autoriza otra interpretación en la que se entienda, como ya se ha dicho, que las penas privativas de libertad impuestas deben cumplirse de modo sucesivo, si bien con los límites temporales a que se refieren el artículo 70.2 del Código Penal derogado o el artículo 76 del texto vigente.

La doctrina asumida en la STS n.º 197/2006 es conforme con el tenor literal de los textos legales interpretados, de los que resulta que las penas impuestas se cumplen de forma sucesiva, y al tiempo, se establecen unos límites máximos de cumplimiento efectivo. En primer lugar, en el Código derogado, aunque la pena de reclusión mayor podía alcanzar los treinta años, no existía una pena específica de esa única extensión; de otro lado, ninguna norma dispone que el Juez o Tribunal que haya dictado la última sentencia proceda a imponer una nueva pe-

na, lo que resultaría difícilmente entendible en los casos en que se tratara de un Juez de lo Penal, sin competencia para penas superiores a una cifra determinada. Por el contrario, lo que se establece es un máximo de cumplimiento, aunque lo que se cumple son las penas impuestas. El artículo 70.2 del Código Penal de 1973 disponía que el máximo de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del triplo del tiempo por el que se le impusiere la más grave de las penas en las que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubrieran el máximo de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años. El artículo 100 de ese mismo Código, dispone que «al recluso trabajador se le abonará, para el cumplimiento de la pena impuesta...», pero no sobre la cifra máxima de cumplimiento. Y el artículo 988 de la LECrim., se refiere al «cumplimiento de las penas impuestas». De la misma forma, la Ley reguladora del ejercicio de la gracia de indulto, en su artículo 4 se refiere al indulto de las penas impuestas y en ningún caso al indulto del total o de una parte del máximo resultante considerado como una nueva pena. Por otro lado, los problemas derivados de las consideraciones penitenciarias relativas a la idea de la unidad de cumplimiento, pueden ser resueltos de la misma forma en que se hace cuando se trate de penas privativas de libertad no acumulables, cuya duración total podría ser superior a los límites generales establecidos en los dos Códigos Penales referidos.

5. Y finalmente, aunque en otro motivo se hace referencia expresa a esta cuestión, el nuevo criterio no afecta a las finalidades de reinserción que corresponden a las penas privativas de libertad según el artículo 25.2 de la Constitución. De un lado, la reinserción o rehabilitación social del penado no es la única finalidad de la pena, pues nada impide reconocer otros fines como la prevención general y especial, que resultan mejor satisfechos cuando en la forma de ejecución se reconocen más negativas consecuencias

para quienes han sido condenados por un número mayor de delitos. El Tribunal Constitucional ha reconocido que el artículo 25.2 CE sienta las bases de nuestro sistema de ejecución penitenciaria más acorde con los postulados del Estado, además de social, democrático de Derecho en que, según el artículo 1.1, se constituye España, al decir que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, mismo fin primordial éste que atribuye el artículo 1 de la Ley General Penitenciaria de 26-9-1979, lo cual no constituye un derecho fundamental de la persona, «sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria», ATC de 11-1-1984, mandato del que no se derivan derechos subjetivos, lo que quiere decir que no obstante ser la prevención especial el fin primordial de la pena privativa de libertad, no es el único.

La resocialización del delincuente, aunque no es una finalidad prescindible en la orientación que debe seguir la ejecución de las penas privativas de libertad, no es el único fin de esa clase de pena, por lo que tal objetivo no debe hacerse incompatible con otros fines de la pena tradicionalmente reconocidos, como incluso la retribución, o muy especialmente, y en mayor medida, los efectos que de ella se pretenden en orden a la prevención general y especial, esta última muy relacionada con el número de delitos cometido por el penado. Por ello, la interpretación de las normas aplicables debe hacerse compatible con todos aquellos fines, permitiendo la máxima eficacia en materia de reinserción del penado en la sociedad, y también el mayor efecto de la pena impuesta en relación con los fines de prevención general y especial, no incompatibles con aquella.

De otro lado, la interpretación acogida en la STS n.º 197/2006, ahora ratificada una vez más, no impide la reinserción social, que en parte puede manifestarse mediante el desarrollo del trabajo penitenciario, ni el reconocimiento al penado de los efectos que

en la forma de ejecución pueda aquella producir, pues los distintos grados previstos en el régimen de cumplimiento de las penas privativas de libertad, junto con los mecanismos regulados dentro del ámbito del tratamiento penitenciario, pueden permitir, a través de su correcta aplicación, el avance posible en cada caso en la reinserción del delincuente, lo cual no debe ser incompatible con el respeto a aquellos diversos fines asignados a la pena, ni siquiera en aquellos casos en los que la duración total de la privación de libertad pudiera prolongarse más allá de los límites generales establecidos por cada Código ante la imposibilidad de proceder a la acumulación de todas las penas impuestas a la misma persona por hechos cometidos en distintos períodos temporales que no hubieran podido enjuiciarse en un solo proceso. Y, finalmente, la interpretación que aquí se sostiene no supone tampoco una superación de los límites establecidos por la Ley como máximo de cumplimiento, que estarían vigentes y efectivos en todo caso.

Por todo ello, el motivo se desestima.

Quinto.—Al amparo del artículo 852 de la LECrim. y del artículo 5.4 de la LOPJ, denuncia la vulneración del principio de legalidad y del artículo 9.3 de la Constitución, en cuanto a la aplicación retroactiva de la nueva interpretación jurisprudencial. Se aplica con carácter retroactivo jurisprudencia claramente contraria a los intereses del recurrente y al tenor literal de la ley.

1. La cuestión ha sido resuelta en anteriores precedentes de esta Sala. La STS n.º 197/2006 señalaba que «... la doctrina ampliamente mayoritaria y nuestra propia jurisprudencia (*ad exemplum*, STS 1101/1998) no consideran aplicable a la jurisprudencia la prohibición de irretroactividad, que el texto del art. 25.1 CE reserva a la legislación y el del art. 9.3 a disposiciones legales o reglamentarias».

2. Efectivamente, la jurisprudencia no crea normas legales de las que quepa afirmar su irretroactividad en caso de no ser

más favorables. Se limita a establecer la interpretación correcta de la ley ya vigente en el momento en que los hechos punibles han tenido lugar, y por lo tanto debe ser tenida en cuenta en el momento en el que la ley se aplica.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS
MAGISTRADOS PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ Y
LUCIANO VARELA CASTRO A LA SENTENCIA
NÚMERO 1076/2009 DICTADA EN FECHA 29
DE OCTUBRE DE 2009 Y QUE RESUELVE EL
RECURSO DE CASACIÓN NÚMERO
10619/2009P

Nuestra discrepancia del criterio de la mayoría se funda en que lo que se propone como una mera interpretación innovadora de la regla 2.^a del artículo 70 del Código Penal de 1973, es, en realidad, una alteración drástica del sentido de la norma y de su contexto prescriptivo, como se dijo en el voto particular que acompañó a la sentencia resolutoria del recurso de casación n.º 598/2005-P.

En efecto, el art. 70.2.^a del Código Penal de 1973, en el caso del condenado por una pluralidad de infracciones y de que las diversas penas no pudieran ser cumplidas de forma simultánea, establece que «el máximo de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por que se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubrieren el máximo de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años». Y que «la limitación se aplicará aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo».

El precepto debe ser leído en relación con los restantes del Código Penal de 1973 relativos al cumplimiento de las penas. De ellos, el art. 49 establece que «a los autores de un

delito o falta se les impondrá la pena (...) señalada por la ley». A su vez, el art. 69 dispone que «al culpable de dos delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible». Luego, aquéllas serán tratadas según las «reglas para la aplicación» recogidas en los arts. 49 y siguientes. Al respecto, pueden darse varias alternativas: que la pena sea única; que sean varias; y que éstas, a su vez, sean o no susceptibles de cumplimiento simultáneo.

En este último caso, o sea, en el de cumplimiento sucesivo —que es el del condenado que recurre— a tenor del precepto antes transcrito, existe un máximo de tiempo de cumplimiento, que no podrá exceder del triple de la pena más grave de las impuestas y, en ningún caso, de treinta años. Y así sucede que, en virtud de las normas citadas, las penas impuestas en la sentencia, tratadas conforme a las reglas de aplicación previstas, *se transforman* —«se refunden», dice la jurisprudencia— en *otra* de la misma naturaleza, pero *distinta*. Distinta porque en ella se integran diversas penas para formar una sola. Y porque la magnitud de ésta difiere (a veces extraordinariamente, como aquí) del conjunto de las originarias. De este modo, es como surge la pena de cumplimiento. Esto es, la resultante de aplicar el límite establecido al respecto en la regla 2.^a del art. 70 del Código Penal de 1973, que determina la pérdida de relevancia de lo que de las penas impuestas quede fuera de él.

Así se constituye «la unidad punitiva» (al fin, *resultante*) a extinguir por el reo. Ciertamente, todavía, sólo en principio, pues sobre ella, según ese mismo Código Penal, operará normalmente (en realidad, por regla general), la redención de penas por el trabajo; que, según la previsión del art. 100, incide sobre las impuestas, una vez tratadas conforme a las mencionadas reglas de aplicación, «para el cumplimiento».

Basta reparar en lo que prescribe el Código Penal de 1995 y en sus ulteriores vicisitudes, para advertir hasta qué punto el legisla-

dor fue consciente de que el Código derogado no prestaba base legal para una decisión como la que aquí se cuestiona; que es por lo que consideró necesario modificar de manera sensible su régimen de cumplimiento de las penas.

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas es suficientemente expresiva al respecto:

«La Ley reforma el artículo 78 del Código Penal para que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional en los supuestos de crímenes especialmente graves se refieran siempre a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias.

Se modifican, igualmente, en el Código Penal los artículos 90 y 91 relativos a la libertad condicional. Con esta modificación se trata de mejorar técnicamente los supuestos de otorgamiento de dicha libertad condicional y su adaptación a las distintas modalidades delictivas.

Por último, mediante la disposición transitoria única, la Ley establece que los criterios objetivos de acceso a los benefi-

cios penitenciarios se apliquen a quienes cumplen en el momento de su entrada en vigor penas de prisión por delitos de terrorismo sin que se modifiquen, en estos casos, los plazos y demás condiciones por las que hasta ese momento se regían las condiciones de dichos beneficios».

En definitiva, y por lo expuesto, hay que insistir, es patente que lo que lo que se hace en la resolución controvertida no es, simplemente, una relectura, sino una verdadera *reescritura* del texto del artículo 70.2.^a del Código Penal de 1973. Pues, en efecto, una vez fijado el máximo de cumplimiento a tenor de esta regla mediante la refundición de la totalidad de las penas impuestas, y alcanzado el límite máximo de 30 años; en vez de operar directa y únicamente con él, se retrocede en el proceso de acumulación, para actuar de forma individualizada sobre cada pena en la aplicación de los beneficios penitenciarios, según una inédita técnica de *desagregación* no prevista en aquel texto. Y que equivale, lisa y llanamente, a aplicar de manera tácita —y retroactiva en perjuicio del reo— el art. 78 del Código Penal de 1995, en su actual redacción debida a la LO 7/2003.

Y, en este sentido, entendemos, tendría que haberse estimado el recurso.

Sentencia 1038/2009, Sala de lo Penal del TS, de 3 de noviembre de 2009

AUTO DICTADO EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA. SUSTITUCIÓN DE PENA. ORDEN DE PRELACIÓN DE PAGO DE RESPONSABILIDADES PECUNIARIAS
Arts. 118 CE; 237 y 848 LECrim.; 88 y 126 Código Penal
Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

SÍNTESIS

Aun declarada por la Sala la irrecurribilidad en casación de los autos dictados en ejecución de sentencia sobre sustitución de penas privativas de libertad, se pronuncia sobre la cuestión planteada por el recurrente rechazán-

dola y recordando la justificación y constitucionalidad del orden de prelación de pago de las responsabilidades pecuniarias y su indisponibilidad por el condenado.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

El recurrente formula un recurso contra el auto de fecha 2-2-2009, dictado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Logroño en la ejecutoria 02/2004 que estimó en parte el recurso de súplica formulado por el Ministerio Fiscal contra auto de fecha 24-11-2008, y en cuya parte dispositiva se acordaba mantener la sustitución acordada en este auto, de la pena de 1 año prisión impuesta al recurrente por 730 cuotas de 5 euros cada una, pero condicionada al puntual y exacto abono de cuotas de 1.000 euros mensuales que se había ofrecido a entregar, entrega que habría de continuar hasta el total abono de las responsabilidades civiles, debiendo destinarse a continuación a la pena de multa.

En el primer motivo se afirma que el recurso de súplica del Ministerio Fiscal debió inadmitirse por cuanto se formulaba contra un auto que a su vez resolvía un recurso de súplica anterior; en el segundo se aduce la indebida aplicación del art. 126 CP sobre imputación de pagos del penado; y en el tercer motivo se invoca el derecho a la tutela judicial efectiva, debiendo el Tribunal de instancia ejecutar el pronunciamiento acordado de sustituir la pena de prisión por el pago de multa sin someterlo al previo pago de responsabilidad civil, máxime estando el penado declarado insolvente.

(...)

Segundo.—La primera cuestión que procede examinar, en consecuencia, es —como sostiene el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación del recurso— si nos encontra-

mos ante una resolución susceptible de ser recurrida en casación, pudiendo ya anticipar que, como se deduce con manifiesta claridad de la normativa procesal vigente y ha declarado con reiteración este Tribunal —STS 539/2002 de 25-3— los autos dictados en ejecución de sentencia sobre suspensión de condena (art. 80 y ss. CP) o sustitución de las penas privativas de libertad (art. 88 y ss. CP) no son recurribles en casación.

Establece el art. 848 de la LECrim., que «contra los autos dictados, bien en apelación por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, bien con carácter definitivo por las Audiencias, sólo procede el recurso de casación, y únicamente por infracción de ley, en los casos en que ésta lo autorice de modo expreso».

En el vigente Código Penal, la suspensión de condena es exclusiva del Tribunal sentenciador que puede concederla o no, en virtud de resolución motivada, habiendo desaparecido la concesión por imperio de la Ley; coherentemente con ello, el Código Penal ya no prevé el recurso de casación citado. Lo mismo ocurre con la sustitución de la pena pues también se trata de una decisión discrecional ajena al control casacional de sus aspectos reglados.

(...)

Este auto no es impugnabile en casación al no existir disposición legal alguna que autorice tal recurso. En efecto, el art. 848 de la Ley Procesal Penal exige previsión legal expresa para que sea admisible la recurribilidad en casación de un auto. Y esa previsión no existe en relación con los autos en virtud de los que se deniega la sustitución de penas (arts. 88 y siguientes del Código Penal), por lo que frente a los mismos solo es posible

recurrir en súplica, al tratarse de una ejecutoria de la Audiencia Provincial, recurso que utilizó inicialmente la parte, y que incide en la inadmisibilidad de la casación en la medida en que súplica y casación son recursos alternativos y nunca compatibles (art. 237 LECrim.).

Como dijimos en nuestro Auto de fecha 2-6-2008 al igual que la suspensión de condena, la materia de substitutivos penales está caracterizada por un gran ámbito de discrecionalidad, situación que la convierte en un campo poco proclive a recursos extraordinarios como la casación. En ese punto insiste justamente la sentencia de esta Sala 330/1998, de 3 de marzo para negarse a entrar a conocer en casación de la queja por la no sustitución de la pena por la expulsión de conformidad con lo establecido en el art. 89 del Código Penal. El acuerdo de sustitución puede adoptarse en la sentencia o en auto posterior (art. 88 del Código Penal). Si se adoptan a través de un auto posterior —como ha sucedido aquí— el régimen de recursos será el general: reforma y apelación, si la resolución proviene de un órgano unipersonal; súplica, si la dictó un órgano colegiado. Y añadimos que además, en todo caso los aspectos discrecionales de ese tipo de decisiones no son aptos para ser revisados a través del recurso de casación por impedido los motivos tasados establecidos para ese recurso de carácter extraordinario (...).

La inadmisión a trámite del recurso de casación, en estos supuestos en que no está expresamente autorizado no vulnera, en absoluto, el derecho a la tutela efectiva. Como el Tribunal Constitucional ha declarado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) no significa que para todas las cuestiones esté abierto necesariamente un recurso y que si bien el derecho al proceso incluye el derecho al recurso, tal derecho no lo es a cualquier recurso sino solamente aquél que las normas vigentes en el ordenamiento hayan establecido para el caso (ver STC 23/1992 de 14 de febrero, entre otras).

(...)

Tercero.—El recurso, por lo razonable, debió ser inadmitido a trámite, sin que sea aceptable la pretensión del recurrente de que el recurso de súplica que interpuso el Ministerio Fiscal contra el auto de 24-11-2008, y cuya estimación parcial dio lugar al auto de 2-2-2009, objeto del presente recurso de casación debió ser inadmitido al no ser aquella resolución susceptible de recurso alguno.

En efecto es cierto que la interpretación y aplicación del art. 236 LECrim. que hace una constante línea jurisprudencial de los tribunales ordinarios, según la cual no cabe recurso de súplica contra autos que resuelven, a su vez, otros recursos en segunda instancia, de modo alguno puede calificarse de irrazonable o infundada, pues de lo contrario, habida cuenta la regulación genérica que el precepto antes citado hace del recurso de súplica, la posibilidad de recurrir sería ilimitada, pero tal doctrina no sería de aplicación al caso presente, dado que el auto de 24-11-2008, no resolvió un recurso de súplica contra otra resolución dictada en segunda instancia, sino que dicho recurso se interpuso directamente contra el auto de 9-10-2008, dictado en primera y única instancia por la Audiencia Provincial, revocando la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad.

Cuarto.—En cualquier caso debe señalarse que la resolución de la Audiencia Provincial manteniendo —que no dejando sin efecto— la sustitución, pero supeditada al previo abono de las responsabilidades civiles, no puede entenderse sea arbitraria, ilógica o no ajustada a derecho.

Es importante destacar que si bien el penado en la sentencia de fecha 7-5-2002 cuya pena privativa de libertad se sustituye por la de multa, fue declarado insolvente, en la sentencia posterior de 6-6-2007, condena que dio lugar a la revocación de la suspensión primeramente acordada —no sólo

consta su solvencia sino que incluso hizo efectivas las responsabilidades civiles a que fue condenado—.

Asimismo el art. 126 CP establece un orden de prelación de pago con una evidente finalidad de protección del perjudicado, al disponer que los pagos que se efectúan por el penado se imputarán en primer lugar a «la reparación del daño causado e indemnización de los perjuicios». Orden que no es disponible ni para el obligado al pago ni para quienes han de recibirlo, no introduce trato discriminatorio, ni siquiera diferencia entre los distintos supuestos de hecho. En consecuencia, el condenado a una pena pecuniaria no puede optar por destinar los recursos de que dispone a asegurar su propia libertad en lugar de ponerlos a disposición de quien, en su persona o bienes, ha sufrido las consecuencias dañosas del delito o falta (STC 54/86 de 7-5).

Es cierto que el art. 111 CP 1973, antecedente inmediato del actual art. 126 CP fue objeto de una cuestión de constitucionalidad (...).

Dicha cuestión fue rechazada por STC 230/91 de 10-12, que declaró que: Tal prelación no causa discriminación alguna ni tampoco es contraria a la libertad, por cuanto comenzando por la pretendida contradicción de los arts. 91 y 111 CP (actuales arts. 53 y 126) con el art. 14 CE ha de recordarse algo que ya se dijo en STC 19/88 y es reiterada doctrina de dicho Tribunal Constitucional: la exigencia de que las resoluciones judiciales se cumplan; primero en sus propios términos o, en caso de imposibilidad material o jurídica, acudiendo a expedientes previstos por la Ley para ejecuciones subsidiarias de lo resuelto por sentencia firme. A no otra cosa obliga el art. 118 CE, en la medida en que, como ha señalado la STC 85/91, la ejecución de las resoluciones firmes forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, sin la cual el mencionado derecho fundamental quedaría, en la práctica, vacío de contenido.

Asimismo destaca referida STS 230/91, que la quiebra de este derecho constitucio-

nalmente tendría en el ámbito que nos ocupa un reflejo de no desdeñable importancia. Así es, no puede pasarse por alto que la ejecución de la sentencia en este tipo de condenas penales en que existe una declaración de responsabilidad civil está presidida por el interés en la protección de la tutela judicial de la víctima, lo que en sí mismo constituye un objetivo de política criminal perfectamente atendible y su valor constitucional que el legislador ha ponderado de manera prioritaria (...).

El que como consecuencia de esta asignación *ope legis* e instrumentada por el órgano judicial ejecutor de la condena, quede por saldar la multa y que en virtud del art. 91 CP haya de ponerse en práctica la responsabilidad personal y subsidiaria, no cambia en absoluto la diversa naturaleza de la responsabilidad penal y de la responsabilidad civil. Admitir esto, lo que pudiera ser plausible hasta 1932 como pone de manifiesto el Juez proponente, sería tanto como dejar a la voluntad de los particulares la determinación de qué aspectos de su condena tienen carácter penal o carácter civil. Ciertamente, en todo caso para las faltas, no lo es la vista de la regulación facultativa del cumplimiento del arresto menor en el art. 85 CP, que autoriza su ejecución como arresto domiciliario.

El que por atendibles y acertadas consideraciones de política legislativa y social de la ley disponga que en primer lugar hayan de ser saldadas las indemnizaciones a las víctimas u ofendidos por el delito —declaración de responsabilidad civil integrante de un fallo condenatorio— no impide bajo ningún concepto que la parte esencial del fallo, es decir, aquella en que se establece la modalidad de responsabilidad criminal que en el caso concreto se exige, resulte de inexcusable cumplimiento, en tanto que, precisamente, resolución judicial firme.

Así es: como ya señalamos en nuestra STC 54/1986, fundamento jurídico 1.º, dictada en el recurso de amparo núm. 620/1985, el art. 111 CP «se limita a establecer un orden de prelación entre las distintas responsabilidades pecuniarias que pesan so-

bre el responsable de un delito o falta y que no es disponible ni para el obligado al pago ni para quienes han de recibirlo. El entendimiento común, aunque no sea el único posible a partir del tenor literal de los correspondientes preceptos, de que el condenado a una pena pecuniaria puede optar libremente entre el pago de ésta o el cumplimiento del arresto sustitutorio, no puede extenderse hasta el extremo de considerar que es tam-

bién asunto de libre opción el de destinar los recursos de que se dispone a asegurar la propia libertad en lugar de ponerlos a disposición de quien, en su persona o sus bienes, ha sufrido las consecuencias dañosas del delito o falta». Es inadmisibile, pues, que el dinero entregado con ánimo de saldar la multa no se dedique al abono de las responsabilidades civiles.

Sentencia 1103/2009, Sala de lo Penal del TS, de 3 de noviembre de 2009

CIRCUNSTANCIA ATENUANTE DE REPARACIÓN DEL DAÑO

Art. 21.5.ª Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García**

SÍNTESIS

Se considera suficiente, para apreciar la circunstancia atenuante de reparación del daño, el hecho de poner la pensión a disposición de la hija, en concepto de alimentos. Contiene un voto particular discrepante.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—En el motivo 3.º, asimismo con base en el art. 849.1.º LECrim., se vuelve a alegar infracción de ley, ahora por no haberse aplicado al caso la circunstancia atenuante 5.ª del art. 21 que es «*la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral*».

Se funda el recurrente en la buena voluntad del procesado plasmada en dos cartas que envió, una al director del Hospital Universitario de Jaén, donde el hijo se hallaba en tratamiento, en la que manifestó la intención de donar a su hijo Pedro Antonio los

órganos que precisara para su mejor restablecimiento, y otra al director de la sucursal en La Carolina del Banco de Andalucía para que su hija Azucena pudiera disponer de la pensión de invalidez de la Seguridad Social que percibía el padre, así como el hecho de que este último se allanó ante una demanda judicial de prestación de alimentos solicitada por dicha hija.

La sentencia recurrida dedicó su fundamento de derecho 7.º a rechazar esta pretendida atenuante 5.ª del art. 21 CP.

El Ministerio Fiscal apoyó parcialmente este motivo, lo que hemos de estimar:

A) En primer lugar vamos a referirnos a la reparación relativa al caso de Azucena, la hija del procesado:

a) Al respecto hay que poner de relieve que del propio texto del art. 21.5.^a se deduce que en tal circunstancia atenuante caben los casos de reparación total o parcial. Respecto de esta última han de excluirse aquellas que, por su escasa relevancia en relación con el daño total causado y con las posibilidades económicas del autor del hecho punible, no merezcan atenuación alguna. Pero este no es el caso, como exponemos a continuación.

b) De esas dos cartas antes referidas, la dirigida al director en La Carolina del Banco de Andalucía dice así (folio 163 el rollo de la Audiencia Provincial):

«Muy señor mío:

Por medio de la presente, autorizo a mi hija Azucena, para que pueda disponer del importe de la pensión de invalidez, que percibo mensualmente de la Seguridad Social.

Como conoce, mi situación personal de ingreso en prisión me imposibilita comparecer personalmente ante esa oficina, luego cualquier documentación complementaria u otro requisito que precise para que mi hija perciba la pensión, le ruego, la interese a mi Abogado Don Javier Carazo Carazo, o a cualquiera de mis hermanos.

Con mi agradecimiento anticipado, reciba un cordial y afectuosos saludo.

Firmado: Benedicto».

Pero la cosa no quedó en esto, sino que frente a una demanda en solicitud de una pensión alimenticia en cuantía de quinientos euros mensuales, formulada en nombre de su hija Azucena, el demandado Benedicto presentó escrito allanándose a la totalidad de la pretensiones de su hija; de modo que el procedimiento civil terminó con sentencia de 8 de septiembre de 2008, condenatoria contra dicho Benedicto al pago de esa cantidad mensual que habrá de actualizarse anualmente conforme al IPC (folios 164 y 165 del mismo rollo).

c) La sentencia recurrida rechazó en su fundamento de derecho 7.^o esta atenuante

5.^a que había sido solicitada por la defensa del procesado, sin dar valor alguno a estos efectos ni a la referida carta ni al allanamiento mencionado; en base a que lo que aquí hizo José fue simplemente cumplir con una obligación legal, como lo es la de prestar alimentos que existe entre parientes conforme a lo dispuesto en los arts. 142 y ss. del Código Civil.

Pero en este caso entendemos que tiene razón el Ministerio Fiscal cuando nos dice al apoyar este motivo (pág. 13): «Efectivamente es así, pero también es así cuando se consigna una cantidad económica en la causa destinada a pagar no otra cosa sino una obligación legal, como lo es la responsabilidad civil derivada del delito para con la víctima». Es este último pago precisamente el caso más característico de aquellos a los que se aplica esta circunstancia atenuante, de reparación del daño o disminución de sus efectos.

d) Entendemos en conclusión que esa voluntad de reparar manifestada por el padre mediante esa carta al banco y ese escrito de allanamiento encajan dentro de ese art. 21.5.^a CP, a título de reparación parcial en favor de su hija, víctima del delito de homicidio en grado de tentativa del que Azucena fue víctima.

B) Veamos ahora lo relativo a la pretendida reparación moral con relación al hijo Pedro Antonio, víctima también de la cruel conducta de su padre en esa noche del 7 de mayo de 2007:

a) El texto de la carta, dirigida el 28 de ese mismo mes de mayo por el recurrente al director del Hospital Universitario de Jaén, donde Pedro Antonio estaba siendo atendido de sus lesiones, decía así folio 162:

«Muy Sr. mío:

Me llamo Benedicto, y actualmente me encuentro en el Centro Penitenciario Jaén II, a disposición del Juzgado de Instrucción núm. 1 de La Carolina (Jaén), por un presunto delito de homicidio consumado y dos en grado de tentativa, y estando mi hijo Pe-

dro Antonio, ingresado en ese centro sanitario, quiero expresarle mi total disposición para donarle cualquier órgano que precise, y que ayude a su pronta recuperación.

Con mi agradecimiento anticipado, reciba un cordial y afectuoso saludo.

Firmado: Benedicto».

b) Queremos poner aquí de relieve lo que asimismo dice el Ministerio Fiscal al apoyar este motivo (pág. 14), en relación con la amplitud de la doctrina de esta sala que sitúa el concepto de reparación total o parcial del art. 21.5.^º más allá de los actos de contenido económico, para su posible aplicación incluso en hechos delictivos que no exigen ningún pronunciamiento de orden civil. Esta atenuante de reparación excede de los conceptos de los arts. 110 y ss. CP. Se habla de la posibilidad de su apreciación en casos de reparaciones meramente morales, consistentes en actos de pedir perdón, donaciones de sangre o cualquier otro género de satisfacción. Véanse las sentencias de esta sala 1132/1998 de 6 de octubre, 100/2000 de 4 de febrero, 990/2003, 1002/2004, 542/2005 y 179/2007. En la primera de ellas podemos leer lo siguiente:

«Con respecto a la aplicación al caso de la atenuante del art. 21.5.^º CP, lo cierto es que —como lo admite la doctrina más moderna y proyectos legislativos recientes en Europa— es de apreciar no sólo en los casos de una reparación material, sino también cuando tal reparación es simbólica, como cuando el autor realiza un actus contrarius de reconocimiento de la norma vulnerada y contribuye activamente al restablecimiento de la confianza en la vigencia de la misma. En tales casos se dará una reparación simbólica, que, por regla general debería ser admitida en todos los delitos».

c) En el caso presente, en el cual tienen particular significación los daños morales causados a toda una familia, a nuestro juicio ha de tener aplicación la mencionada doctrina jurisprudencial acerca de tales criterios

amplios, más allá de los conceptos meramente económicos, en relación con la aplicación de esta atenuante del art. 21.5.^º o, como dice el Ministerio Fiscal, la analógica del n.º 6.^º del mismo art. 21. Entendemos que ese concepto de *actus contrarius*, referido a la conducta del delincuente con posterioridad al hecho delictivo, reveladora de una voluntad positiva en línea con los principios y valores propios del ordenamiento jurídico, ha de aplicarse a este caso, en el cual el condenado ha manifestado una voluntad de cooperar en el restablecimiento de la salud de su hijo con los medios que tiene a su alcance; lo propio de quien se siente avergonzado de su comportamiento anterior, algo que, al llegar al conocimiento del hijo habría de proporcionar alguna satisfacción de orden moral, pese a no haber tenido consecuencia práctica de ningún género.

C) En conclusión, ha de estimarse parcialmente este motivo tercero en los términos en que ha sido apoyado por el Ministerio Fiscal, esto es, solo con relación a los dos hechos delictivos a que se refería cada una de las dos referidas cartas. Han de rebajarse las penas impuestas respecto de los delitos de tentativa de asesinato y tentativa de homicidio, en los términos que concretaremos en la segunda sentencia; sin afectar a las sanciones impuestas por el asesinato consumado y por los malos tratos habituales en el ámbito familiar.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO DON JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR, A LA SENTENCIA 1103/2009, DE 3 DE NOVIEMBRE, DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚMERO 10475/2009

Con todo el respeto a la decisión de la mayoría, mi discrepancia se concreta en el F.J. 4.^º de esta Sentencia, en donde se analiza la postulada atenuante 5.^ª del art. 21 del Código penal, esto es, la reparación del daño causado a la víctima, o haber procedido a disminuir sus efectos.

El caso enjuiciado consiste en la muerte por delito de asesinato consumado de la esposa del procesado, otro asesinato en grado

en tentativa y un delito de homicidio igualmente intentado, referidos a los hijos de aquél, junto a otro delito de malos tratos en el ámbito familiar.

El recurrente pretendía la estimación de tal atenuante sobre la base del ofrecimiento de poner a disposición de su hija el importe de su pensión de la Seguridad Social a favor de su hija, para contribuir a los gastos derivados de su alimentación, a lo que ha de sumarse el hecho de allanarse a la demanda en solicitud de una pensión alimenticia en cuantía de quinientos euros mensuales, interpuesta por su hija Azucena, de modo que el procedimiento terminó con sentencia de 8 de septiembre de 2008.

Como razonaban correctamente, a mi juicio, los jueces *a quibus*, lo que hizo el procesado no fue más que cumplir con una obligación legal que le imponen los arts. 142 y siguientes del Código civil.

La decisión mayoritaria dice que eso es cierto, pero que también lo es, como argumenta el Ministerio Fiscal, al apoyar el motivo, la obligación legal sobre el pago de la responsabilidad civil derivada del delito para con la víctima, y este pago —se añade por la mayoría— es «precisamente el caso más característico de aquellos a los que se aplica esta circunstancia atenuante, de reparación del daño o disminución de sus efectos».

La razón de mi discrepancia consiste en que tal obligación de satisfacer la responsabilidad civil es *derivada* —como bien se especifica— de la comisión de un delito que la comporte, en función del daño ocasionado a la víctima. Aquí, sin embargo, tal obligación de contribuir a la alimentación de la hija no nace de éste ni de ningún otro ilícito penal, sino de la obligación que como padre le impone la legislación civil, y es consecuencia de los lazos naturales que la procreación genera. En otras palabras, igual obligación tendría el procesado tanto si atentó contra la vida de su hija, como si no lo hubiera hecho nunca. La atenuante está concebida como modo de reparar las consecuencias del delito que el autor provoca con su acción en su víctima, y ello por razones

de protección y favorecimiento a los perjudicados por el delito, y en suma, como modo de contribución a reparar o disminuir sus efectos. No puede, pues, extenderse esta atenuante a un comportamiento civil al que se encuentra obligado todo progenitor para con su descendencia, en los términos legales de prestarle la asistencia para su sostenimiento, porque ninguna relación guarda con el delito cometido. Es más: su incumplimiento comportaría la comisión de un delito de falta de asistencia para con dicha descendencia (que el art. 226 lo relaciona con dejar de prestar la asistencia necesaria para el sustento de sus descendientes). A nuestro juicio, pues, ese comportamiento no puede ser acreedor de una atenuante, porque no está relacionado con el delito cometido, ni en consecuencia lo repara ni disminuye sus efectos.

Y lo propio hemos de mantener con el segundo apartado de tal atenuante, esta vez conectada con la salud de su hijo, al que igualmente pretendió quitarle la vida. Ciertamente, en ese caso, tiene trascendencia directa con el comportamiento del procesado, pues se basa en la carta que remite desde el centro penitenciario donde se encuentra ingresado como preso preventivo, y dirigida al director del hospital que atiende a su hijo, le expresa su «total disposición para donarle cualquier órgano que precise, y que ayude a su pronta reparación».

Ciertamente este gesto está directamente encaminado a contribuir a la pronta reparación de la salud de su hijo, sobre la que había atentado. Pero no puede olvidarse que el texto legal requiere un comportamiento positivo, al expresar que el culpable ha de «haber procedido» a «reparar el daño» ocasionado a la víctima, o al menos, a «disminuir sus efectos». Reparación y disminución son dos requisitos de naturaleza positiva, o lo que es lo mismo, se han de traducir en un resultado apreciable en términos de realización física u operatividad práctica, no olvidemos que el texto legal se expresa así: «haber procedido». Esta Sala Casacional ha declarado en ocasiones que no es suficiente

una reparación meramente *simbólica*. Y esto es lo que aquí ha ocurrido, no se ha traducido más que en un gesto, o en un símbolo, si se quiere, pero nada se ha materializado. Esto es insuficiente, ni siquiera analógicamente, porque sabido es que las circunstancias atenuantes por analogía no se construyen a base de suprimir los requisitos que se precisan para las nominalmente acuñadas por el legislador en el art. 21, y ese *gesto* ni es reparación ni constituye (ni contribuye) a

la disminución de los efectos del delito causado.

Por lo demás, ni siquiera se expresa en la resolución que se requiriesen en concreto la donación de los órganos vitales que se ofrecen, ni por supuesto que éstos llegaran a transplantarse, o a intentarse transplantar.

En consecuencia, este motivo, desde mi perspectiva, y de nuevo con pleno respeto a la decisión mayoritaria, debió ser desestimado.

Sentencia 1082/2009, Sala de lo Penal del TS, de 5 de noviembre de 2009

FALSEDAD EN DOCUMENTO OFICIAL

Arts. 390 y 392 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo

SÍNTESIS

Discrepancia entre la sentencia de casación y dos votos particulares (uno de ellos con abundante doctrina jurisprudencial) respecto a qué debe entenderse por documento «oficial».

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...)

Con un alarde de doctrina jurisprudencial, el Tribunal de instancia rebate la tesis del recurrente de manera jurídicamente irreprochable, que esta Sala debe ratificar, porque, en efecto el Tribunal Supremo ya en sentencias de 22 de octubre y 13 de diciembre de 1987 definió como documentos oficiales «los que provienen de las Administraciones Públicas (Estado, Comunidades Autónomas, Provincias y Municipios) para satisfacer las necesidades del servicio o función pública y de los demás entes o personas jurídico-públicas para cumplir sus fines ins-

titucionales», y, por otro lado, a partir de la sentencia de 11 de octubre de 1990 vino a sentar el criterio del origen, según el cual lo determinante debe ser la naturaleza del documento en el momento de soportar los actos falsarios. Sobre la base de lo anterior, en la sentencia de 20 de marzo de 1992 el alto Tribunal da por sentado que son documentos oficiales aquellos que provienen de las entidades públicas en el desempeño de sus funciones o fines, incluidos los «impresos receptores por escrito de una declaración, manifestación o contenido concreto». Así, en sus sentencias de 31 de marzo de 1997 y 10 de junio de 2003 se refiere a «los impresos originales de carácter oficial correspondientes a los boletines de cotización a la Se-

guridad Social, modelos TC 1 y TC 2», es decir, a los ejemplares autocopiativos para satisfacer las cuotas de la Seguridad Social; en la de 3 de marzo de 2000, consideró que nos encontramos ante una falsificación de documento oficial en el caso de la falsificación de los impresos expedidos por el Servicio Andaluz de Salud para la prescripción de material ortopédico; y, en la de 4 de enero de 2002, en el caso del documento de tres cuerpos —autocopiativo— para las dispensaciones de suministros a los Servicios Autónomos de Salud. En la sentencia de 11 de mayo de 1999 se refiere a un supuesto en el que había sido condenado por falsedad un asesor fiscal que prestaba sus servicios a la titular de un negocio, encargándose dentro de esa labor de cumplimentar y presentar los correspondientes impresos, incluidos los modelos de declaración trimestral a cuenta de los impuestos correspondientes al IRPF y de retenciones que deben presentar los empresarios individuales conocidos como modelos 130, 131 y 110, así como de recoger de su principal y pagar a la Hacienda Pública las cantidades procedentes, resultando que el acusado había procedido a cumplimentar dichos modelos con datos falsos que determinaban la aparición de saldos positivos, y, sobre la base de presentárselos a su principal le pedía dichas cantidades so pretexto de proceder a su ingreso en la Hacienda Pública, pero en su lugar se las quedaba en propio beneficio. Y, en la sentencia de 3 de julio de 2003 desestima la alegación de ausencia del carácter oficial de un documento por tratarse de un simple impreso, afirmando el Tribunal Supremo la naturaleza oficial del impreso «porque estamos ante una solicitud que, si bien cumplimentada sobre un formulario, ostenta la oficialidad propia del contenido a que se refiere que no es otro que la autoliquidación tributaria correspondiente a un determinado trimestre de la actividad de la Sociedad».

La innecesariedad de que el impreso falsario se presente ante la Administración incorporándose al tráfico jurídico administra-

tivo para ostentar la cualidad de documento oficial, ya se ha señalado en precedentes resoluciones de esta Sala, entre otras en la STS de 5 de junio de 2000, en relación con los impresos normalizados expedidos por la Administración (en el caso, la Administración Tributaria), en la que se trataba de la manipulación falsaria de uno de esos impresos para la autoliquidación de impuestos del IRPF con lo que consiguió defraudar a su principal obteniendo de éste más cantidades de dinero supuestamente destinadas al pago del impuesto que acreditaba mendazmente el impreso falsificado. «De esta manera —señalaba la citada sentencia— se hizo ver a los perjudicados una realidad inexistente, creada de modo mendaz por la actuación falsaria del acusado al aparentar con la imitación de la certificación mecánica la intervención de la Hacienda Pública y creando una ficción del pago que no se efectuó realmente. Estamos sin duda ante una falsedad en documento oficial, no sólo porque los impresos manipulados tienen en sí mismos este carácter, sino, además, porque la naturaleza del documento oficial a efectos penales viene también determinada por la finalidad perseguida con el documento en relación con la función pública u oficial que se le asigna».

En esta misma línea, debe mencionarse la STS de 15 de junio de 2005 en la que se condenó al acusado como autor de un delito de falsedad en documento oficial cometido por un particular al manipular los impresos del modelo 300-IVA emitidos por la Hacienda Pública para la autoliquidación del IVA, simulando en tales documentos que se habían presentado en la Administración Tributaria, cuando ello no había sucedido. Y, también, la STS de 3 de mayo de 2006 que califica de documento oficial los impresos de la declaración de la renta de las personas físicas, sancionando la conducta del acusado como autor del delito previsto en el art. 392 CP cuando resulte probada la falsificación del impreso presentado por el acusado

al vendedor de automóviles para conseguir la financiación del vehículo.

Sobre esta misma cuestión, es importante señalar que la acción típica no requiere una determinada utilización del documento falsificado, sino que aquélla se consuma con la confección falsaria del documento, sin necesidad de que éste entre en el circuito del tráfico jurídico, sea éste administrativo, civil, mercantil o de cualquier otro carácter. A este respecto, y aunque se refieran a los delitos previstos en el art. 390 CP, las consideraciones de las SSTs de 18 de octubre de 1994 y 25 de mayo de 2005 son predicables también del tipo penal del art. 392 CP cuando ponen de relieve que «el delito de falsedad tiene la naturaleza de delito de peligro y no de lesión, y se consuma desde el momento en que se realiza la alteración o mutación de la verdad en el documento» (en el caso que examinamos, consistente en la simulación falsaria mediante la incorporación de datos inciertos a un impreso oficial en blanco), añadiendo que «en esta clase de delitos no se exige una incidencia del documento falso en el tráfico jurídico..., en cualquiera de sus variantes, valdría precisar.

El motivo debe ser desestimado.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA, CONTRA LA SENTENCIA NÚM. 1082/2009, DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN N.º 2258

Desde el respeto a mis compañeros expreso a través del presente voto particular mi disensión a la misma, resumiendo los argumentos que expuse en la deliberación.

La razón de mi discrepancia radica en la consideración de documento oficial que la sentencia de la que discrepo otorga a un impreso obtenido en una oficina pública y rellenado por el imputado sin que haya sido empleado ante la administración ni incorpore una supuesta actuación administrativa. El hecho probado, del que forzosamente hemos de partir, identifica el documento en los

siguientes términos: «modelo oficial de la Administración General del Estado. Dicho documento consistente en un impreso de solicitud de la Autorización de Residencia temporal y trabajo...» que el condenado rellena con bolígrafo negro en el que se incluye una oferta de trabajo y en el que había hecho figurar «con bolígrafo rojo en letra manuscrita que el documento era copia del original que había entregado en la Subdelegación del Gobierno, no siendo cierto que lo hubiera hecho». En definitiva se trata de un formulario con datos inciertos, con el que pretende engañar a quien le ha encargado la gestión y ha recibido dinero por ello que ha realizado una oferta de trabajo, la ha presentado en la administración para gestionar la residencia en España. La disensión se concreta en el hecho de la subsunción, pues la Sentencia mayoritaria afirma que ese impreso es un documento oficial art. 392 CP, en tanto que, en mi opinión, se trata de un documento privado utilizado en perjuicio de tercero, con una distinta subsunción, respectiva, en el art. 396 CP.

La sentencia de la que discrepo recoge como único presupuesto de la conceptualización de documento oficial el de su origen en la administración, al tratarse de un formulario de ésta, no siendo necesario que el documento en cuestión aparezca emitido por la administración ni realice alguna de las funciones esenciales del documento. Se argumenta, con cita errónea de jurisprudencia de la Sala, que para ostentar la cualidad de documento oficial «es innecesario que el impreso falsario se presente ante la administración incorporándose al tráfico jurídico administrativo», bastando, por lo tanto, que se incorporen datos falsos a un impreso oficial sin mayores exigencias, para afirmar la cualificación de documento oficial y la subsunción en el tipo del art. 390 y 392 CP.

Por el contrario, entiendo que, como dijimos en la STS 626/2007 de 5 de julio y las que cita, no toda falsedad es equiparable a la mentira, pues la falsedad, como concepto normativo que es, además de una mentira, entendida como hemos dicho, como relato

incompatible con la verdad, debe afectar a un objeto de protección relevante, al que nuestra jurisprudencia se ha referido con las expresiones de función constitutiva y de prueba de relaciones jurídicas entre ciudadanos, en el supuesto de documentos privados, o entre la administración y los ciudadanos, en los oficiales. Es decir, la falsedad documental no sólo es una mentira recogida en un soporte documental, sino que la misma debe ser realizada con una proyección en el mundo de relaciones jurídicas afectando a la función constitutiva, de garantía o probatoria que resulta del documento.

En este sentido se ha pronunciado una reiterada jurisprudencia, por todas STS 1704/2003, de 11 de diciembre, al considerar que la tipicidad del delito de falsedad, «cuyo bien jurídico no es otro que la protección y la seguridad del tráfico jurídico, y, en último término, la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor probatorio de los documentos» exige:

a) Un elemento objetivo (consistente en la mutación de la verdad por medio de alguna de las conductas tipificadas en la norma penal).

b) Que dicha *mutatio veritatis* afecte a elementos esenciales del documento y tenga suficiente entidad para afectar a la normal eficacia del mismo en las relaciones jurídicas (de ahí que para parte de la doctrina no pueda apreciarse la existencia de falsedad documental cuando la finalidad perseguida por el agente sea inocua o carezca de toda potencialidad lesiva).

c) Un elemento subjetivo (consistente en la concurrencia de un dolo falsario, esto es, la concurrencia de la conciencia y voluntad de alterar la realidad) (v. *ad exemplum*, la STS de 25 de marzo de 1999). (En el mismo sentido ATS 20 de septiembre de 2007).

De los anteriores requisitos, reiteradamente expuestos en nuestra jurisprudencia, tiene especial relieve para este supuesto, el ordinal b) de la anterior relación de tal modo que, para la existencia de la falsedad docu-

mental, no basta una conducta objetivamente típica, sino que es preciso también que la *mutatio veritatis*, en la que consiste el tipo de falsedad en documento altere la esencia, la sustancia, o la autenticidad del documento en sus extremos esenciales como medio de prueba, por cuanto constituye presupuesto necesario de este tipo de delitos el daño real, o meramente potencial, en la vida del derecho a la que está destinado el documento, con cambio cierto de la eficacia que el mismo estaba llamado a cumplir en el tráfico jurídico (antijuricidad material).

Y la razón de ello no es otra que, junto a la *mutatio veritatis* objetiva, la conducta típica debe afectar a los bienes o intereses a cuya protección están destinados los distintos tipos penales, esto es, la protección y seguridad del tráfico jurídico y el valor probatorio de los documentos.

De tal modo que deberá negarse la existencia del delito de falsedad documental cuando haya constancia de que tales intereses no han sufrido riesgo, real o potencial, alguno.

En el caso de autos se trata de un documento que el acusado recoge de un mostrador de una oficina pública, también lo podía haber generado por Internet desde la página de la entidad pública correspondiente, y rellena los campos con hechos inciertos. Esa mendacidad documentada no convierte al documento en oficial por el hecho de emanar de una oficina pública, sino que será oficial cuando a través del mismo se acredite, o pretenda acreditar, una relación jurídica existente inveraz, como pudiera ser falsificado sin registro de entrada que permite dar por acreditado su entrada en el tráfico jurídico.

Esta Sala ha conocido de un supuesto muy similar al que es objeto de esta casación. En la STS de 11 de abril de 2009, el objeto de la falsedad era, como en el supuesto de la casación, los modelos oficiales de «Oferta de empleo para trabajadores extranjeros» y de «Solicitud de autorización de residencia y de autorización de trabajo y residencia» en la que se desestima un recurso

del Ministerio fiscal frente a la absolución una falsedad en documento oficial. Su doctrina es aplicable al presente supuesto al declararse que lo burdo de la falsificación del registro de entrada «no supone ningún riesgo ni daño efectivo al bien jurídico protegido». Doctrina que es aplicable al presente caso en que el impreso mendaz ni ha sido emanado de la administración ni refiere un acto con un organismo público, por lo que no afecta a una relación jurídica con la administración y a las funciones esenciales que cumple un documento.

Nuestra jurisprudencia ha reiterado que la incriminación de las conductas falsarias encuentra su razón de ser en la necesidad de proteger la fe y la seguridad en el tráfico jurídico, evitando que tengan acceso a la vida civil y mercantil elementos probatorios falsos que puedan alterar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afectadas. Se ataca a la fe pública y, en último término, a la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor de los documentos (STS núm. 1095/2006, de 16 de noviembre) cuando éstos cumplen las función de constitución de garante, y de prueba de las relaciones que se documentan. Un mero impreso sin entrar en el tráfico jurídico no acredita nada, ni constituye garantía de ninguna relación entre la administración y el particular interesado en la resolución del expediente, por lo tanto el documento no es oficial.

Decía antes que el apoyo jurisprudencial en el que se basa la Sentencia de la que discrepo es erróneo, pues los dos antecedentes que cita se refieren a supuestos de declaraciones de Hacienda mendaces en las que el autor ha simulado haberlas presentado a la Hacienda Pública hasta el punto de que el autor «aparenta con la imitación de la certificación mecánica la intervención de la Hacienda Pública» y es, precisamente, esa imitación de la certificación de la Hacienda Pública la que hace que el documento falsificado sea oficial, pues acredita una relación jurídica referida a la presentación oficial que es mendaz.

Por lo anterior, al entender que no hay daño, real o potencial, de las funciones del documento entiendo que no hay tipicidad en el art. 392 CP, sin perjuicio de la prevista en el art. 396 CP.

VOTO PARTICULAR CONCURRENTES QUE
FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR.
D. JOSÉ MANUEL MAZA MARTÍN

Con el máximo respeto que me merece la opinión mayoritaria de este Tribunal, mi disconformidad con esa mayoría, en este caso, se centra en la atribución del carácter oficial a los documentos falseados por el recurrente, que conduce a la calificación de su conducta como delito de falsedad en documento oficial, del artículo 390 del Código Penal, cuando yo considero que esa naturaleza no debería haberse atribuido a los documentos de referencia, cuya falsaria confección hubiera debido pasar a integrar, exclusivamente, el elemento del engaño propio del delito de estafa por el que tan acertadamente fue condenado el recurrente.

Comenzando por la última afirmación contenida en el Fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia a la que este Voto particular se vincula, por resultar de interés para el orden lógico de mi discurso, he de afirmar que, a mi juicio, la cuestión debatida no guarda relación alguna con la naturaleza del delito de falsedad, que obviamente es de peligro y no de lesión al no requerir para su tipicidad una determinada utilización del documento falsificado, sino con la del propio documento que es objeto de falseamiento.

Y, en este sentido, considero que el carácter «oficial» del mismo debe siempre guardar relación con la legítima confianza de los ciudadanos en la veracidad de los documentos emanados de una oficina pública (así, STS de 3 de julio de 2007, entre otras).

De modo que si el documento no ofrece, de forma mendaz, la apariencia de su vinculación con la Administración y no afecta, por ello, a esa confianza del ciudadano en la veracidad que ofrece por su origen, por en-

gañoso que sea su contenido no puede afirmarse su oficialidad.

En el presente caso nos hallamos ante unos impresos emitidos por la Administración Tributaria, con su contenido pendiente de cumplimentación por el particular, y que han sido cumplimentados posteriormente por el recurrente con datos que no se corresponden con la realidad.

Semejante conducta puede, y debe, efectivamente ser calificada como falsaria, pero ello no significa, tan sólo por el origen del que partió el impreso sobre el que se consignaron los datos, que nos encontremos ante un documento de carácter oficial, porque lo falso no es la estructura, las «casillas» del impreso, que es la parte del documento realmente elaborada por la oficina pública, sino el contenido de éstas cuyo registro corresponde, exclusivamente, al particular que lo formaliza, de modo que dicho contenido ni se atribuye a la Administración ni goza de la presunción de veracidad que ésta le otorgaría.

Para decirlo de un modo más sencillo, cualquier persona que examinase un documento como éstos a los que nos referimos no tendría duda alguna de qué aspectos del mismo, su estructura, proceden de la Administración y, por ende, ostentan las referidas condiciones atribuibles a lo «oficial» y cuáles son producto de la acción del particular y no merecen, en consecuencia, la presunción de crédito respecto de su veracidad, más allá de la confianza que pueda inspirar cualquier manifestación contenida en un documento privado.

Si pensásemos en la hipótesis, realmente infrecuente en la realidad, de una alteración o supresión de los elementos originariamente integrantes del impreso emitido por la Administración, sus apartados, «casillas» o cualquier dato, escala, frase, referencia legal, etc., contenidos en el mismo, sí que podría considerarse seriamente la posibilidad de que estuviéramos ante la infracción del artículo 390 del Código Penal (falsificación por particular de documento oficial).

Pero cuando dicha confección original no sufre alteración alguna y tan sólo se consigna en ella una información mendaz por parte del usuario, considerar que se está *falseando un documento oficial*, considero que constituye un inaceptable exceso respecto de las posibilidades interpretativas de la norma penal admitidas por el principio de legalidad.

De hecho, una antigua Jurisprudencia (SSTS de 9 de febrero o 16 de mayo de 1990) sostenía la denominada tesis del documento oficial «*por incorporación*», que transmutaba el carácter particular de un documento cuando era introducido formalmente en un expediente administrativo.

Pero incluso esa doctrina fue posteriormente objeto de un serio cuestionamiento al sostenerse que lo determinante es la naturaleza del documento en el momento de la comisión de la maniobra mendaz (SSTS de 28 de mayo de 1994 y 10 de septiembre de 1997, por ej.).

En la actualidad se considera que es preciso, para semejante transmutación, no sólo que el documento se confeccione con el único o exclusivo destino de producir efectos en el orden oficial o en el seno de las Administraciones públicas sino que debe incluso provocar resoluciones del ente receptor con trascendencia para el tráfico jurídico (SSTS de 2 de marzo de 2000, 16 de junio de 2003 o 23 de enero de 2006, entre otras).

Dicha evolución doctrinal ilustra, con interés proyectado sobre el caso que aquí nos ocupa, acerca de cómo la Jurisprudencia de esta Sala ha venido restringiendo la interpretación de lo que ha de entenderse, a efectos penales, por «documento oficial», dejando bien claro cómo, en cualquier caso, para poder atribuir este carácter al documento confeccionado con contenido falso por un particular, el mismo no sólo ha de entrar inexcusablemente en el circuito propio de la tramitación administrativa sino que incluso, según algunas Resoluciones, ha de causar ciertos efectos en el seno de ésta.

En este sentido, he de discrepar también del sentido que otorgan mis compañeros a los precedentes jurisprudenciales, pues, al menos según mi lectura, en ellos no se contiene la doctrina que en la presente Resolución se consigna, sino que, antes al contrario, en todos aquellos casos se trataba de documentos que, de una u otra manera, habían tenido entrada en el ámbito administrativo o se habían falseado, junto al contenido del impreso, los sellos o impresiones propios de la Administración.

Así, en las referidas Sentencias mencionadas por la mayoría en apoyo de su tesis advertimos referencias como las siguientes:

«El recurso niega el carácter de documento oficial que la instancia atribuye a las «matrices de los recibos de cotización de la Tesorería General de la Seguridad Social» en las que el acusado rellenó el número de identificación, el período de cotización y la suma a entregar, junto a un sello, con texto borroso, que simulaba el de la Seguridad Social y la fecha, con lo cual se aparentaba el ingreso correspondiente en la Caja de tal Organismo» (STS de 20 de marzo de 1992).

«... La falsificación se cometió, en primer lugar, en los impresos originales de carácter oficial correspondientes a los boletines de cotización a la Seguridad Social, modelos TC 1 y TC 2. En ellos colocó sellos estampillados auténticos de la “Caja de Ahorros de Valencia”, “Caja Rural Provincial de Castellón” y “Banco Central” recortados de otros documentos bancarios haciendo constar en cada caso la fecha que le convenía. A partir de esta manipulación falsaría en documento original y con el fin de que indujera a error extrajo y obtuvo las pertinentes fotocopias» (STS de 31 de marzo de 1997).

«... La sentencia impugnada declara probados los hechos que fueron objeto de acusación en este procedimiento, esto es, que el acusado, asesor fiscal, laboral y mercantil de un negocio, del que recibía dinero para ingresarlo en la Seguridad Social como importe de las cuotas debidas por la empresa y los empleados no llegó a ingresarlo y se lo

quedó. Domicilió la empresa en su despacho profesional, para evitar que su conducta llegara a ser descubierta; para evitar reclamaciones por el impago de las cuotas, dio de baja a uno de los trabajadores. Añade el relato fáctico que dio de alta a dos trabajadores en la Seguridad Social como empleados de la empresa regida por la perjudicada, sin obedecer a una efectiva relación laboral. La cantidad a la que asciende el descubierto con la Seguridad Social es de 277.998 pesetas.

A continuación transcribe los hechos probados de una sentencia de fecha y procedimiento anterior, en el que el mismo acusado, con relación la misma perjudicada y el mismo negocio y desde la misma asesoría fiscal, laboral y mercantil, realiza unas apropiaciones y falsifica documentos. La mecánica de actuación consistía en la realización de las hojas correspondientes al Impuesto de la Renta de las personas físicas rellenando con datos falsos un formulario que presentaba a la perjudicada y por el que exigía el dinero del impuesto y otro que presentaba a la Hacienda pública, con otros datos y se quedaba con el dinero que así recibía» (STS de 11 de mayo de 1999).

«El acusado, una vez que recibía parte del impreso en el que constaba la dispensación de un aparato ortopédico de determinadas características, sustituía el dígito de identificación del artículo, en algunos casos y, en otros, añadía nuevos aparatos que no habían sido dispensados por el médico. Una vez producido el cambio en el documento lo introducía en el tráfico administrativo, remitiéndolo al organismo que debía recibirlo con lo que se producía el efecto de la difusión ideada y querida por el acusado» (STS de 3 de marzo de 2000).

«De acuerdo con el relato fáctico de la sentencia impugnada, el acusado manipuló los impresos formalizados, normalizados y expedidos legalmente por la Administración Tributaria, imitando la certificación mecánica que efectúa el funcionario correspondiente de la Delegación de Hacienda que acredita que se ha realizado el ingreso en el

Tesoro de la cantidad referenciada en el documento. De esta manera se hizo ver a los perjudicados una realidad inexistente, creada de modo mendaz por la actuación falsaria del acusado al aparentar con la imitación de la certificación mecánica la intervención de la Hacienda Pública y creando una ficción del pago que no se efectuó realmente. Estamos sin duda ante una falsedad en documento oficial, no sólo porque los impresos manipulados tienen en sí mismos este carácter, sino, además, porque la naturaleza del documento oficial a efectos penales viene también determinada por la finalidad perseguida con el documento en relación con la función pública u oficial que se le asigna, y en este sentido se ha otorgado valor de documento oficial, por ejemplo, a los impresos expedidos por la Administración Tributaria destinados a la obtención del distintivo fiscal (SSTS de 17 de julio de 1995 y 2 de febrero de 1996), o a los impresos de la Hacienda Pública para la cotización a la Seguridad Social que son facilitados por el organismo que las gestiona (STS de 9 de octubre de 1997, entre otras), así como a los documentos en los que —como en el caso presente— se simula haber ingresado cantidades de dinero en Hacienda, haciendo figurar falsariamente a funcionarios fiscales que en realidad no han intervenido (STS de 20 de mayo de 1976)» (STS de 5 de junio de 2000).

«a) Los ejemplares TC1 y TC2, los facilita la Tesorería de la Seguridad Social y obedecen a un formato o modelo uniforme y con contenidos específicos a cumplimentar, y sólo tienen como único fin o destino (para ello fueron creados), el de incorporarse a un expediente administrativo donde deben surtir los efectos pertinentes.

b) En tal sentido los cuatro ejemplares autocopiativos son documentos oficiales, ya que reflejan en el impreso, las cuotas correspondientes a satisfacer a la Seguridad Social, una realidad jurídica oficial, que justifica y proclama el propio ejemplar que al interesado se entrega.

c) Sin embargo esto sería así, si el gestor le hubiera entregado al empresario perjudicado el ejemplar que le correspondía. Pero el acusado, lejos de obrar de tal guisa, confeccionó otro juego de impresos, desechando tres de ellos (no tuvieron, por tanto, acceso a organismo público), entregando el último al cliente, con la estampación de un sello falsificado.

En tal sentido, perfectamente podíamos afirmar que el documento es privado, pues desde el inicio sólo tuvo como único destino el particular. Ahora bien, los entregados en la entidad bancaria y en las oficinas de la Tesorería de la Seguridad Social, amañados por el acusado, sí merecen el calificativo de oficiales.

d) Por consiguiente la falsedad continuada de documentos privados (los entregados al cliente) debe quedar embebida en la falsificación, también en continuidad delictiva, de documentos oficiales (los depositados en la Tesorería, coincidentes con los entregados en el Banco)» (STS de 10 de junio de 2003).

«... no puede obviarse el carácter oficial del documento, no sólo porque estamos ante una solicitud que, si bien cumplimentada sobre un formulario, ostenta la oficialidad propia del contenido a que se refiere que no es otro que el de la auto liquidación tributaria correspondiente a un determinado trimestre de la actividad de la Sociedad, sino que no debe olvidarse tampoco que la falsedad se comete precisamente estampando, con un sello de indudable naturaleza oficial, la supuesta fecha de presentación, anterior en un año al momento en el que, realmente, dicha presentación se lleva a cabo» (STS de 3 de julio de 2003).

«... el acusado aparentó presentar los correspondientes documentos ante la Hacienda Pública, relativos al modelo 300-IVA mediante el procedimiento de estampar en el ejemplar que queda en poder del interesado sellos propios de la Administración de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de Sants-Les Corts acreditativos de la

presentación del documento original que nunca tuvo lugar, ocultando los ejemplares de las correspondientes declaraciones que tendrían que haber quedado en poder de la correspondiente Administración» (STS de 15 de junio de 2005).

«En el relato fáctico de la sentencia de instancia, en el que deben estar expresados los elementos básicos que integran la figura delictiva objeto de acusación, con relación al delito de falsedad en documento oficial al que se refiere el presente motivo, lo único que se dice es que presentaron un impreso de declaración de la renta del año 1995, con etiquetas a nombre de Carlos José, más adelante se dice que se presentaron unos impresos de declaración de la renta del año 1995, con etiquetas de Luis Francisco, también se dice que presentaron como documentación unos impresos de declaración de la renta con etiquetas de Braulio y, por último, también se consigna que se ocuparon a Braulio copias originales de la declaración de la renta del año 1995, con las etiquetas a su nombre.

En ningún momento se declara probados que esas declaraciones o impresos fueran mendaces o se faltara a la verdad sobre la persona a la que correspondían sin que pueda completarse ese relato fáctico con los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida cuando la omisión afecta a aspectos esenciales de la conducta presuntamente delictiva, sin cuya presencia no existe subsunción típica» (STS de 3 de mayo de 2006).

Por ello, cuando estamos frente a un impreso, cuya estructura, obra de la Administración y como tal reconocible por todos, no ha sido alterada en modo alguno, ni tampoco se han estampado falsariamente sellos de ingreso, visados o cualquier otro elemento identificativo de una actuación verdaderamente administrativa que lo oficialice, ni, menos aún, ha tenido ingreso en ninguna oficina pública, ni ha pasado a incorporarse a un expediente, ni dado lugar a actuación

administrativa de clase alguna, ni tan siquiera era su destino la Administración, puesto que su utilidad para el falsificador se agotaba con la exhibición ante la víctima de la defraudación, resulta muy extremado afirmar que se trata de un documento oficial por el mero hecho de que los datos falsos fueron consignados por el particular en las «casillas» correspondientes de un impreso emitido por la Administración.

Si esto fuera así y el carácter oficial lo ostenta el documento tan sólo por el origen del impreso, bastaría algo tan simple como que el agente delictivo confeccionase también una imitación del modelo en el que registran los datos mendaces para eludir la calificación de falsedad en documento oficial, puesto que el impreso no provendría ya de la Administración. Lo que lógicamente conduciría al absurdo.

Aunque, como al principio decíamos, la tipicidad del delito de falsedad no requiera la utilización del documento falso, lo cierto es que la exhibición de un documento como el de referencia, formulario cumplimentado por el recurrente, sin tan siquiera un distintivo de registro de entrada en una oficina pública, difícilmente puede afirmarse que suscite en el ciudadano la confianza propia de un documento de carácter oficial, porque, a la postre, es esa credibilidad que merece lo oficial la única razón de ser de la especial protección penal dispensada, frente a los actos falsarios, para los documentos de tal naturaleza.

En definitiva, sostengo que, con base en los anteriores argumentos y en la citada doctrina de esta Sala, debería haberse estimado el Recurso en este punto concreto, absolviendo al recurrente de la comisión de un delito de falsedad en documento oficial, manteniendo la condena por la Estafa, en la que se integra como instrumento para el engaño, la utilización del impreso previamente cumplimentado con datos que no se correspondían con la realidad.

Sentencia 1130/2009, Sala de lo Penal del TS, de 10 de noviembre de 2009

INTERVENCIONES TELEFÓNICAS

Arts. 24.2 CE; 11.1 LOPJ; 779 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García**

SÍNTESIS

Con cita del Acuerdo plenario de 26 de junio de 2009 se consideran incumplidos los requisitos que en él se señalan para la habilitación de escuchas telefónicas procedentes de diligencias distintas a las del juicio y de las que aquéllas se desgajaron.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—El argumento central que da pie a la unánime denuncia de que las intervenciones telefónicas son nulas, se encuentra en que, como ya se ha anticipado en el f.jdco. primero, el origen de la investigación judicial que concluyó con la sentencia ahora recurrida, se encuentra en otras diligencias previas, llamémoslas originarias, de las que se desgajaron las que han dado lugar a esta causa, y sin embargo, no están ni se encuentran en la causa ni la petición inicial de la policía de intervención telefónica ni el subsiguiente auto autorizante por lo que se desconoce si la injerencia inicial, con sacrificio del derecho a la privacidad de las comunicaciones estuvo justificado en base a los datos que pudiera haber facilitado a la policía. Faltando este dato inicial y las subsiguientes autorizaciones decaería todo el resto de la intervención, en la tesis de los recurrentes como luego veremos.

(...)

la sentencia reconoce la realidad del desglose efectuado en las Diligencias Previas

1910/2006 y apertura de nuevas Diligencias Previas —DP 4500/2006—, pero niega y rechaza la nulidad entonces alegada porque a las nuevas Diligencias Previas 4500/2006, se llevaron todas las actuaciones referidas a la segunda red clandestina de distribución de drogas, que terminó con la condena a los ahora recurrentes, y de dos más no recurrentes.

Como ya hemos dicho, el argumento que soporta y da vida a la denuncia de los recurrentes no se refiere al desglose propiamente dicho de lo referente a esta segunda red de distribución, sino, que al efectuarse el desglose, se omitieron los antecedentes necesarios de donde derivaban las investigaciones desglosadas, es decir no se adjuntó testimonio del oficio policial inicial de solicitud de autorización ni de las resoluciones judiciales autorizantes hasta enlazar con las diligencias desglosadas.

(...)

Llegados a este punto, resulta necesario hacer referencia al reciente Acuerdo no Jurisdiccional de Sala de fecha 26 de mayo de 2009 en el que en referencia a esta cuestión, y ante la existencia de resoluciones de esta

Sala de sentido contradictorio, porque unas exigían que en las diligencias desglosadas constarán los antecedentes necesarios previos de las intervenciones iniciales al desglose, en tanto que otras resoluciones de la Sala no lo precisaban, se adoptó el acuerdo siguiente:

«En los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad.

En tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada.

Pero si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba».

De acuerdo con ello, el extremo a verificar es si esta cuestión ha surgido *ex novo* en este control casacional, o, por el contrario, se suscitó en la instancia.

El resultado del examen directo de las actuaciones es que fue concreto y precisamente alegado en tiempo oportuno en la instancia por varios de los recurrentes.

(...)

Finalmente, el estudio directo de las actuaciones acredita la realidad de la denuncia efectuada.

(...)

En las actuaciones no se encuentra el testimonio de dicho auto de 3 de Marzo, ni del oficio policial que lo solicitara, ni los ante-

riores que pudieran existir, hasta el primer oficio policial de solicitud de intervención y el primer auto judicial autorizante.

Cuarto.—No es preciso insistir en la extraordinaria importancia del primer auto judicial autorizante de la intervención telefónica, porque en ese auto el que acuerda la injerencia inicial, y por tanto debe de estar soportado en datos concretos y objetivos de la existencia de la comisión del delito para el que se solicita la intervención y de la posible intervención en él del usuario del teléfono cuya intervención se solicita. Es en este primer auto donde en toda su amplitud debe efectuarse por el Juez el juicio de ponderación que justifique el sacrificio del derecho fundamental protegido en el art. 18.3.^º de la Constitución, y por tanto donde debe verificarse la proporcionalidad, idoneidad y excepcionalidad de la medida.

Es fundamentalmente, en relación a esa injerencia inicial donde deben verificarse las «buenas razones» o «fuertes presunciones» a que hace referencia la jurisprudencia del TEDH —casos Lüdi, o Klass—, ya que en relación a las intervenciones o prórrogas siguientes, sin perjuicio de efectuar en sede judicial el mismo control, es lo cierto que ya descansan en la autorización judicial y en la acumulación de datos que se hayan ido obteniendo, por lo que la valoración de las siguientes intervenciones o prórrogas no puede efectuarse sino relacionándolos con las investigaciones anteriores.

La intervención de las conversaciones telefónicas constituye una grave injerencia en la vida privada de las personas y pueden constituir una fuente de abuso de poder dirigido a fines diferentes de aquellos que pueden justificar su operatividad como medio de lucha contra la criminalidad más grave, por ello además de la conveniencia de una Ley precisa y detallada, como también ha puesto de relieve esta Sala es imprescindible la exigencia de un efectivo control judicial, absolutamente necesario como valladar a los riesgos que pueden conllevar esa vía excepcional de investigación, que por ser ex-

cepcional, lleva ínsito el riesgo de expansión que tiene, paradójicamente, toda medida excepcional, como esta Sala ha puesto de relieve en varias sentencias —SSTS 998/2002; 498/2003; 182/2004 ó 280/2004—.

En el presente caso, es claro que no se ha podido verificar ese control sobre la autorización inicial de intervención telefónica, y que ese extremo fue oportunamente denunciado por los recurrentes, por lo que su actual denuncia no es sino reiteración de la efectuada en la instancia que no fue atendida.

La consecuencia es clara, de acuerdo con el Acuerdo del Pleno antes citado: La nulidad de toda la intervención telefónica, nulidad que de acuerdo con el art. 11 de la LOPJ arrastra a todas las pruebas derivadas de esa intervención telefónica, y como esta fue la única fuente de conocimiento que guió toda la encuesta judicial, la nulidad de las inter-

venciones arrastra a todo lo obtenido en los seguimientos y registros domiciliarios porque fueron prueba vicaria de la intervención.

En consecuencia, en relación a todos los recurrentes solo corresponde por verificar si existió alguna prueba independiente y autónoma, y el resultado del examen casacional es que no existió.

En el Plenario, ninguno de los recurrentes declaró, habiéndose acogido todos, a su derecho a no declarar —acta del Plenario, folios 1 vuelto, tres, cuatro, cuatro vuelto y cinco—, siendo irrelevante y carente de valor que se hicieron contar las preguntas que por parte de la acusación se les iba a efectuar. Nadie puede ser condenado por ejercer un derecho constitucional.

En definitiva, procede el éxito del motivo estudiado, y ello hace innecesario entrar en el resto de motivos formalizados por los recurrentes.

Sentencia 1113/2009, Sala de lo Penal del TS, de 10 de noviembre de 2009

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DE DESPOBLADO Y DISFRAZ

Arts. 22.2.º y 179 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Artemio Sánchez Melgar

SÍNTESIS

En un delito de violación se discute la eventual apreciación de las circunstancias agravantes genéricas de despoblado y disfraz. En relación a esta última, se rechaza su apreciación si a quién se cubre, para evitar la identificación del autor; es a la propia víctima. Un voto particular concurrente apunta a la posible solución de «lege ferenda» de estos casos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

El autor del recurso pretende al formalizar este reproche casacional, o bien la esti-

mación de la circunstancia agravante de despoblado, esto es, circunstancias derivadas del *lugar o tiempo* de la comisión delictiva (en la terminología actual del Código penal, anteriormente figuraban como *despo-*

blado o nocturnidad), o bien, la agravante genérica de disfraz.

En punto a la primera cuestión, y con una reiterada doctrina legal, de la que es exponente la citada STS 32/2007, de 26 enero, ha de señalarse que «es lógico que éste y otros delitos de igual naturaleza se cometan en la intimidad, fuera de la vista de terceros». Sin embargo, no puede afirmarse la absoluta incompatibilidad entre la agravante de descampado y los delitos contra la libertad sexual, pues, por habitual que resulte la comisión clandestina de estas infracciones, ello no excluye la hipótesis de búsqueda intencionada por su autor de un lugar absolutamente aislado que, además de facilitar esa clandestinidad en la comisión del ilícito, impida totalmente la eficacia de las posibles demandas de auxilio de la víctima, reforzando incluso con ello las propias circunstancias intimidatorias de su acción. Ahora bien, como dice la STS 920/2003, de 23 junio, la simple mención de que, como escenario del delito, acaeció en un «descampado», no resulta suficiente para sustentar la aplicación de la referida agravante, al no especificarse las circunstancias de especial soledad y aislamiento de ese lugar que, por otra parte, aparecen contradichas —en este caso— por la rápida intervención de un vecino, paseando con su perro, que resultó testigo compaciente al juicio oral, tratándose, dice la fundamentación jurídica de la recurrida, de un lugar transitado, si bien de forma esporádica por vehículos y por personas. El *factum* señala que el acusado arrastró a su víctima a un camino de piedras y setos, «contiguo a la calzada» y hacia unos bancales *próximos*.

Desde esta perspectiva, este reproche casacional no puede prosperar.

Mucho más sugerente es el relativo a la circunstancia agravante de disfraz.

La jurisprudencia de esta Sala exige tres requisitos para la apreciación de esta agravante (entre otras STS 1001/2009, de 1 de octubre):

1.º Objetivo, consistente en la utilización de un medio apto para cubrir o desfigurar el rostro o la apariencia habitual de una persona.

2.º Subjetivo, o propósito de evitar la propia identificación para eludir sus responsabilidades (o en menos ocasiones, para una mayor facilidad).

3.º Cronológico, porque ha de usarse al tiempo de la comisión del hecho delictivo, careciendo de aptitud a estos efectos agravatorios cuando se utilizara antes o después de tal momento (SSTS 1264/1998, de 20-10, 939/2004, de 12-7).

Aunque la jurisprudencia no se haya pronunciado de modo concluyente acerca de que quien ha de utilizar tales medios impositivos de la identificación sea el propio autor del delito, resulta de la propia configuración histórica de esta agravación y del significado gramatical de disfraz (artificio que se utiliza para desfigurar algo y que no se conozca). Es cierto que lo mismo da que el agresor se tape la cara, o que, por el contrario, le cubra el rostro a la víctima, a efectos de no ser reconocido o identificado por ella, particularmente cuando no hay nadie más. Pero este mecanismo, más que un propio disfraz, resulta un procedimiento que opera exclusivamente sobre la víctima, pero no sobre los terceros que puedan eventualmente ser testigos de la ejecución del hecho. Al no estar incluida esta genérica agravación como tal en nuestro Código, no puede interpretarse extensivamente esta agravante de disfraz, fuera de sus contornos históricos, que pueden comprobarse con la Sentencia de esta Sala, de 25 de octubre de 1962, en donde ya se declaraba que existe disfraz siempre que el culpable se vale de cualquier artificio para desfigurar sus rasgos característicos, evitando con ello el reconocimiento de su persona.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

(...)

VOTO PARTICULAR CONCURRENTE QUE
EXPRESA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO DON
JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR, A LA SENTENCIA
1113/2009, DE 10 DE NOVIEMBRE, DICTADA
EN EL RECURSO DE CASACIÓN
NÚMERO 10132/09

Quisiera como Ponente completar la fundamentación jurídica de la Sentencia dictada en estas actuaciones, realizando algunas reflexiones o sugerencias de «lege ferenda» sobre la circunstancia genérica agravante de disfraz, cuando no es el propio autor del hecho, sino a su víctima, a quien se le taponan la visión, para impedir igualmente el reconocimiento del autor, y en suma, favorecer su impunidad, en situaciones, como aquí ocurre, en que no existen otros testigos presenciales. Y a tal efecto, sugerimos que el progreso de los tiempos pudiera llevar al legislador a establecer una circunstancia agravante genérica que persiguiera esta misma finalidad, es decir, la de inutilizar los controles mecánicos de identificación que faci-

litaran la impunidad del delincuente, como la anulación de cámaras de seguridad u otros mecanismos automáticos de observación y control, en delitos, claro es, cometidos en soledad, como los perpetrados en locales, viviendas, o entidades bancarias, fuera de las horas de apertura o sin la concurrencia de sus moradores. La finalidad es la misma a la utilización de un propio disfraz, de contornos históricos: facilitar la comisión delictiva, y procurar la mejor impunidad del autor. Esta modalidad comisiva (inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda), se encuentra prevista ya legalmente en el art. 238, circunstancia 5.ª, para cualificar el delito de robo con fuerza en las cosas. Es obvio que la finalidad es la misma, pues la fractura de los medios de protección de los bienes, estaría ya incluida en las circunstancias 2.ª y 3.ª de tal precepto.

Estas reflexiones las incorporamos, pues, a nuestro Voto Particular Concurrente con esta Sentencia, realizadas por el propio Ponente de la misma.

Sentencia 477/2009, Sala de lo Penal del TS, de 10 de noviembre de 2009

VIOLENCIA DOMÉSTICA HABITUAL

Art. 173.2 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Artemio Sánchez Melgar

SÍNTESIS

Amplia discusión, en la sentencia y en un voto particular discrepante, en torno al concepto de violencia física o psíquica en el delito de violencia habitual en el ámbito familiar, recogido en el artículo 173.2 del Código Penal, y a la posibilidad de su comisión por omisión.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—(…)

No es cuestionable que la relación jurídica existente entre acusada y víctima, y la

subsiguiente relación social, permita incluir las dentro del ámbito a que se refiere el comportamiento tipificado en el artículo 173.2 del Código Penal.

Lo que es cuestionable es que sea compatible con la exigencia democrática del principio de legalidad el forzamiento de los términos utilizados por el legislador en el citado tipo penal cuando sanciona como tal delito la utilización de la violencia como medio comisivo.

Es cuestionable calificar como típico el comportamiento de quien, en posición de garante, desatiende las prestaciones asistenciales, asumidas, además, bajo contrapartida económica. Incluso ocasionando cuadros de desnutrición y deshidratación en la persona garantizada. Esa omisión no parece que constituya también violencia.

Prescindiendo, en el caso, del análisis de la nota de habitualidad lo que debe cuestionarse es que la voz violencia utilizada en el tipo del artículo 173.2 pueda predicarse del hecho declarado probado.

Desde la perspectiva de la jurisprudencia, la voz violencia ha sido objeto de clara delimitación frente a otras manifestaciones de comportamiento delictivo.

En relación al delito de agresión sexual, pero que dio lugar a la estimación, además, del delito de violencia doméstica, hemos dicho en la Sentencia 914/2008, de 22 de diciembre, la doctrina de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo *es diáfana, reiterada y pacífica, al declarar que 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, coacción 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* (STS de 18 de octubre de 1993, 28 de abril y 21 de mayo de 1998, y Sentencia 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 núm. 1583/2002, de 3 octubre).

Nada empece reunir ambas modalidades bajo la descripción típica de violencia física y psíquica. Pero resulta difícil admitir que ésta alcance a cualquier tipo de atentado que pueda considerarse que afecte a la integridad moral del sujeto pasivo. Como lo sería un acto vejatorio. Sin perjuicio de que, si alcanzare suficiente entidad, pueda éste subsumirse en el apartado 1 del artículo 173 para lo que no debe ser obstáculo que entre autor y víctima exista la relación a que se refiere el apartado 2.

Desde una perspectiva sistemática el alcance de tal voz (violencia) en la descripción típica del artículo 173.2 del Código Penal ha de permitir diferenciarlo del hecho típico del artículo 226 del Código Penal que el legislador no quiso derogar cuando introdujo el delito de violencia habitual doméstica en el catálogo de delitos las diversas manifestaciones de violencia en el ámbito familiar y doméstico.

A tal resultado llevaría calificar como la violencia del artículo 173.2 del Código Penal la omisión constituida por el *dejar de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes* a relaciones equiparables a las que existen entre los sujetos a que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal (patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar) o la omisión consistente en *dejar de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento* de personas que se encuentran con el sujeto activo en relaciones equiparables a las citadas del art. 173.2 (descendientes, ascendientes o cónyuge) que se hallen necesitados. La tal asistencia legalmente establecida no es otra que la descrita en el artículo 142 del Código Civil, es decir los alimentos entendidos como todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica y que se deben entre sí, conforme al artículo 143 los cónyuges ascendientes y descendientes. A mi modo de ver hacer lo que se imputa en la sentencia recurrida a la acusada es precisa y llanamente, pero también exclusivamente,

dejar de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida.

En la misma perspectiva sistemática no cabe olvidar que en el tipo delictivo del artículo 153, tras la emigración del anterior al actual 173.2 del Código Penal, se describen comportamientos de más amplio espectro que la genuina violencia, sin que esa laxitud terminológica haya sido reiterada en el citado artículo 173.2. Lo que evidencia el alcance más restringido que se ha querido dar por el legislador al comportamiento tipificado en este último precepto. Lo que se explica si se advierte que en él no se exige otro *resultado* que la situación de sometimiento bajo parámetros de indignidad, pues el bien jurídico protegido es aquí, precisamente, la integridad moral, y resultaba preciso acotar la intervención penal de tal suerte que no abarcara la punición de conductas que, aun afectando a esa integridad, en una amplia interpretación de tal bien jurídico, no se compardecían con el carácter mínimo que aquella intervención penal debe tener en un Derecho Penal democrático.

Y también desde una perspectiva sistemática ha de advertirse que, si cualquier acto que menoscabe gravemente la integridad moral de la víctima fuera subsumible en el apartado 2 del artículo 173, bastaría que el legislador, al tipificar el comportamiento del citado apartado se limitase a requerir la habitualidad y la específica relación intersubjetiva, sin necesidad de acotar el modo comisivo con la locución *violencia física o psíquica*.

Finalmente, en la misma perspectiva sistemática, en la medida que las lesiones pueden ser causadas por cualquier medio o procedimiento, según se establece en el artículo 147 del Código Penal, la producción de las mismas no lleva necesariamente a la aplicación del artículo 173.2 del Código Penal si el medio no cabe calificarlo de violento, sea físico o psíquico.

Desde la perspectiva de los antecedentes, cabe subrayar que la tipificación trae causa de la establecida en el artículo 425 del Cód-

go Penal de 1973 en el que la exigencia del carácter físico de la violencia no se discutía (STS 17 de abril de 1997). El Código Penal de 1995 redefine las notas típicas, admitiendo ya en el artículo 153 una diversidad de medios comisivos muy amplia. (El que, por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo una lesión no definidos como delito en este Código o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión o amenazar a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos....). Se exigía entonces, sin embargo, la habitualidad como presupuesto del tipo.

La reforma por Ley Orgánica 14/1999 supuso, además de un nuevo retoque al ámbito subjetivo, una ampliación de las conductas típicas, añadiendo la violencia psíquica, y mantuvo la habitualidad como exigencia del tipo.

Aun cuando ya entonces se subrayó que el bien jurídico protegido iba más allá de la integridad física —que sugería su ubicación sistemática— para afectar a *fundamentales valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar* (STS 927/2000). Por lo que se proclamó su autonomía respecto a la consideración de los hechos como constitutivos, además, de eventuales delitos de lesiones u otros que pudieran derivar de los concretos y aislados actos imputados al autor.

Como ilustra la STS 580/2006, de 23 de mayo, la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, introdujo un tipo de nueva planta en el artículo 153, y su anterior contenido se ha desplazado al artículo 173.2.

El artículo 153 ha sido modificado por Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de Protección Integral contra la violencia de Género, modificación que no estaba en vigor cuando los hechos juzgados en esta causa acaecieron. Consecuencia de la reforma del artículo 153 se transforman en delito conductas que hasta entonces eran constitutivas de las faltas previstas en los artículos 617 y 620 del Código Penal, suprimiéndose el último párrafo del artículo 617.

El tipo comprende, por tanto, abarcando también los actos aislados, todas las lesiones no constitutivas de delito, maltratos de obra, amenazas con armas o instrumentos peligrosos, ejercidas sobre alguna de las personas contempladas en el artículo 173.2.

Pero el actual artículo 173.2, tras la reforma de 2003, mantiene un catálogo bien estricto de comportamientos tipificados, sin duda en consonancia con el bien jurídico a que sirve desde esa nueva ubicación.

En primer lugar mal puede decirse que incluye modalidades típicas omisivas que no se compadecen con el verbo típico ejercer. No han faltado ocasiones en que se haya castigado, bajo aplicación del artículo 11 del Código Penal comportamientos no activos. Pero, además de venir referidos a la versión del precedente artículo 153 del Código Penal se imputaban a persona tenida por coautora de la violencia física ejercida por otro, respecto de cuya violencia se estimaba que el omitente tenía el dominio del hecho (STS 26 de junio de 2000).

En segundo lugar el predicado típico de dicho verbo se circunscribe a la violencia (física o psíquica). La física parece exigir un acometimiento sobre el cuerpo de la víctima. Sin que, desde luego, sea necesario un resultado lesivo para su integridad física. Y para la psíquica suele reclamarse una restricción que no la aleje del concepto de violencia y se traduzca en efectos sobre la psique del sujeto pasivo. Al menos en términos de riesgo, si no llega a producir un resultado lesivo para aquélla.

El actual artículo 173.2, no afectado por la reforma de 2004, mantiene su autonomía respecto de los eventuales tipos que puedan resultar de los actos violentos. Aquél se consume cuando la actuación se manifiesta de manera habitual y determina, como en el caso de nuestra Sentencia 607/2008, de 3 de octubre, *una convivencia insoportable para la víctima, la cual ha vivido en una situación de miedo, depresión y ansiedad, temiendo, incluso, por su vida, todo lo cual implica un claro desconocimiento, por parte*

del acusado, de la dignidad personal de la mujer (v. art. 10 CE).

En nuestra Sentencia 1050/2007 de 20 de diciembre dijimos, reiterando la Sentencia núm. 105/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 14 febrero respecto a dicha autonomía que:

«... La jurisprudencia de esta Sala ha entendido que la conducta que se sanciona (en el art. 173.2) es distinta de las concretas agresiones cometidas contra esas personas, lo que se corresponde con el inciso final del precepto, que establece la pena para la violencia habitual sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. La conducta típica viene, pues, integrada por una forma de actuar y de comportarse de manera habitual en la que la violencia está constantemente presente, creando una situación permanente de dominación sobre las víctimas, que las atemoriza impidiéndoles el libre desarrollo de su vida. Tal forma de actuar se traduce y se manifiesta en distintos actos agresivos, de mayor o menor entidad, pero siempre encuadrados en aquel marco de comportamiento».

El Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo acordó en la sesión del día 21 de julio de 2009, que: *El tipo delictivo del art. 173.2 del C. Penal exige que el comportamiento atribuido sea activo, no siendo suficiente el comportamiento omisivo.*

Aunque también matizó que, *sin perjuicio de ello, es sancionable penalmente, conforme a dicho precepto, quien contribuye a la violencia de otro, no impidiéndola pese a encontrarse en posición de garante*, con tal decisión vino a zanjar la discusión sobre el alcance del término violencia a los efectos del tipo que examinamos, de manera acorde a lo que ahora dejamos expuesto.

En conclusión, conforme a las pautas interpretativas antes indicadas no basta, para estimar cometido este delito del artículo

173.2, ni el total incumplimiento de las obligaciones asistenciales, ni la producción de tratos vejatorios y degradantes, ni siquiera la producción de resultados lesivos, sino que se requiere que, con o sin tal resultado, el autor haya ejercido violencia física o psíquica.

Al no poder considerarse como tal violencia los actos descritos en los hechos probados, el motivo debe ser estimado.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO EXCMO. SR. DON JULIÁN
SÁNCHEZ MELGAR, A LA SENTENCIA
477/2009, DE 10 DE NOVIEMBRE, EN EL
RECURSO DE CASACIÓN 2078/2008

(...)

Y comparto igualmente la condena por el delito de lesiones, pero no la absolución por el delito de violencia doméstica habitual, incluido en el art. 173.2 del Código penal, como razono seguidamente, entendiendo que tal condena debió haber sido también mantenida por esta Sala Casacional.

Por ello, me referiré a la concurrencia, a mi juicio, de los requisitos precisos para la existencia de un delito tipificado en el art. 173.2 del Código penal.

El delito contra la integridad moral, antigua violencia doméstica habitual.

De los requisitos legales precisos para la consumación de expresado delito, considero que no hay controversia sobre la situación de garante de la acusada y la habitualidad de su comportamiento, al no alimentar reiteradamente a su pupila, o hacerlo deficientemente.

En efecto, sobre la posición de garante, hay que referirse a una situación de guarda de hecho, reconocida por la acusada (y prestada no precisamente gratis). A tal respecto, la jurisprudencia ha señalado que la mención de la guarda de hecho, la encontramos en los arts. 303, 304 y 306 del CC y en los arts. 153 y 192 del CP. Concretamente, el art. 303 CC autoriza a la autoridad judicial

que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho a «requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas». El hecho de que el juez pueda requerir al guardador de hecho para que le informe de su actuación y la facultad que se concede al primero de establecer medidas de control y vigilancia, indican claramente la existencia de obligaciones en el guardador de hecho con respecto al menor o incapaz encomendado a su guarda. La decidida voluntad del legislador de que un menor o incapaz no quede jamás absolutamente desprotegido le ha llevado a deducir obligaciones, que no pueden ser sino de protección y cuidado y que son rigurosamente legales, de las situaciones de guarda de hecho, sin que lógicamente las mismas requieran, para nacer y producir sus efectos, formalidad ni mandato expreso alguno.

En el caso, la guarda de hecho de Laura por Bárbara, nos parece fuera de toda duda.

La posibilidad de cometer este delito mediante omisión impropia.

Se discrepa sobre la característica omisiva del mismo, en el sentido de si la *omisión encaja en la descripción típica*, es decir, en el verbo «ejercer», que utiliza el tipo, y ello referido a la violencia física o psíquica, en que consistirá la acción.

En concreto, el art. 173.2 del Código penal, dispone, para lo que aquí afecta, lo siguiente:

«... el que habitualmente ejerza violencia física o psíquica...».

No puede mantenerse, a mi juicio, que la voz *violencia* utilizada por el tipo del art. 173.2, impida que pueda predicarse del hecho declarado probado.

En nuestra posición, es meridianamente claro que se ejerce violencia, omisiva, cuando no se da de comer a una persona que se tiene a cargo del acusado, o no se le suministra medicamentos, o, pongamos por caso,

no se enciende la calefacción en una situación de intenso frío, por ejemplo respecto a un bebé, o un niño de corta edad, o un anciano, y todo ello teniendo en cuenta que estas situaciones pueden producir lesiones físicas en la víctima.

Y tan violento es tal comportamiento, tanto se trate de una actitud positiva como pasiva u omisiva, lo que nos remite directamente a lo que sigue. De modo que tal acotación —comportamiento omisivo— nos conduce el problema al hecho declarado probado, del que debemos partir.

Por de pronto, en tal resultancia fáctica, se expone que Bárbara sometió a Laura a «continuos malos tratos psíquicos»: comportamiento activo. Ello sólo sería suficiente para colmar las exigencias típicas del precepto cuestionado, sin nos atenemos a la literalidad de la sentencia recurrida.

Pero como esta mención puede estar referida a que no permitía a la citada señora a que se fuera a una Residencia, nos referiremos a la violencia física. Tal violencia física en el actuar de la acusada Bárbara, se tradujo en la concurrencia (unida a la habitualidad de la desnutrición), de dos delitos de lesiones, aunque se castigó solamente por uno, por exigencias del principio acusatorio.

La compatibilidad con otros delitos es clara. No puede haber duda alguna de que la violencia física habitual es perfectamente compatible con la comisión de un resultado lesivo que, si es típico, será subsumible en el correspondiente delito de lesiones, común o agravado. Veremos que así lo prevé el precepto al establecer una cláusula concursal.

Tampoco debe existir ninguna duda, a mi juicio, sobre la posibilidad de cometerse tal delito mediante actos de omisión, a través del mecanismo de la omisión impropia o de la comisión por omisión, a que se refiere el art. 11 del Código penal.

El aspecto discrepante parte de la teoría de que, si bien es posible tal omisión impropia en el delito de lesiones resultado de la violencia física habitual (homicidio, lesiones, amenazas, etc.), no es posible, sin em-

bargo, en la propia configuración delictiva, o descripción típica, del delito que se define en el art. 173.2 del Código penal.

Obsérvese que en éste ya se declara la cláusula concursal, conforme a la cual:

Todo ello, «... *sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica*».

Y ello porque el delito de maltrato habitual no es un delito puramente de lesiones, físicas o psíquicas, sino una *especie* (junto al del apartado 1) de delito contra la integridad moral, en donde lo que se incrimina es una situación reiterada (habitual, si quiere) de actos de violencia, físicos o psíquicos, contra las personas que conforman su relación inter-subjetiva. Convenimos que, de tratarse de *lo mismo*, la proscripción de la doble valoración sería patente.

Luego, este comportamiento típico no se traduce, sin más, en un delito de lesiones, en donde la voz «ejercer» («*el que habitualmente ejerza...*») haya de interpretarse de una manera que impida la comisión por omisión de un delito propio de lesiones. En el caso, lo que se ejerce es una situación de intolerable violencia, física o psíquica, que se traduce en un clima hostil (no incluido, sin embargo, en el tipo como tal), que el legislador ha considerado elevarlo a la categoría de delito, en sí mismo considerado, con independencia de sus resultados lesivos (que pueden, o no, existir), o de otros delitos (una agresión sexual, por ejemplo). Pero no es una forma especial de violencia que se caracterice, mediante determinado resultado, en un delito de lesiones. Se trata de actos violentos en sí mismos, con independencia de su tipicidad, como acontece con los malos tratos de palabra continuos, amenazas, coacciones, agresiones sexuales, golpes, quemaduras, vejaciones, etc. Repetimos, no es un delito de lesiones agravado por el clima doméstico en donde se *ejerce tal violencia*.

De ese modo, es claro que situaciones positivas o negativas, que dan lugar a «vio-

lencia», si se producen con habitualidad y dentro del seno (en el ámbito personal) de protección de la norma, pueden dar lugar a la comisión de un delito del art. 173.2 del Código penal.

Este delito fue introducido por la reforma operada por Ley Orgánica núm. 11/2003, de 29 septiembre, estando plenamente vigente en la fecha de los hechos enjuiciados, que modificó la sistemática anterior en el art. 153 como un delito de lesiones, para introducirlo en los delitos contra la integridad moral.

Ahora bien, como procedente de la redacción alojada en su momento en el art. 153 del Código penal, la jurisprudencia respecto a este último es plenamente aplicable al que estamos interpretando.

En la STS 20/2001, de 22 de enero, ya se expuso que: *«hemos afirmado que el bien jurídico protegido por este delito no es propiamente la integridad física de los agredidos (si lo fuese no podrían sancionarse doblemente las agresiones individualizadas y además la violencia habitual integrada por las mismas, sin vulnerar el principio ne bis in idem), sino la pacífica convivencia familiar, por lo que no se trata propiamente de un delito contra las personas sino contra las relaciones familiares, pese a su ubicación sistemática. También hemos destacado que esta norma penal ha sido creada con la finalidad de proteger a las personas físicamente más débiles frente a las agresiones de los miembros más fuertes de la familia, lo que determina que el tipo lleve ínsito, al menos, un cierto abuso de superioridad»*.

Sobre la posibilidad de comisión por omisión.

La STS 320/2005, de 10 marzo, declaró que la posibilidad de cometer el delito de violencia doméstica por omisión es «palmaria» (*sic*) (y citaba, entre otras, las SSTs de 20 de diciembre de 1996 y 26 de junio de 2000).

En la doctrina de las Audiencias, ocurre lo propio. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Cuarta,

282/2003, de 11 de julio, en un caso de actitud pasiva de la madre frente a los malos tratos reiterados de su marido, que se tradujeron, además, en 2 delitos de lesiones y 1 falta de lesiones. La comisión por omisión que declara lo es frente un delito de violencia habitual, condenando a la madre. Y en igual sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección Segunda, 13/2000, de 26 de mayo. Y la de Barcelona (Sección 2.^a), 156/1998, de 20 de febrero.

No existe ninguna resolución judicial que haya afirmado lo contrario, salvo que *no se pruebe*, naturalmente, la *habitualidad* en el maltrato, por tratarse de actos «episódicos», como es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 20.^a, 510/2007, de 6 de junio. En un supuesto igualmente de omisión impropia.

En la STS 320/2005, de 10 marzo, se explica que la coexistencia autónoma entre el delito de lesiones y el tipificado en el art. 153 del CP está admitida también por esta Sala Casacional, atendiendo, sobre todo, a los distintos bienes jurídicos tutelados, como así se declara en la STS de 24 de marzo de 2003, invocada por la parte recurrida, ya que «el delito de maltrato familiar o violencia doméstica tipificado en el art. 153 del CP, constituye un plus diferenciado de los individuales actos de agresión que lo generan, según el acertado criterio del nuevo CP de 1995. Precisamente por ello, es dudoso que también fuera acertada su ubicación sistemática en el Título III del Libro II, que tiene por rúbrica «De las lesiones», porque el bien jurídico protegido por el art. 153 del CP, trasciende y se extiende, como ha destacado esta Sala en varias ocasiones, más allá de la integridad personal, al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden, como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad —art. 10—, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes —art. 15—, y en el derecho a la

seguridad —art. 17—, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos del art. 39. (En este sentido SS. 927/2000 de 24 de junio y 662/2002 de 18 de abril). Los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor, y por ello se sancionan separadamente, no impidiendo la sanción adicional de la conducta de violencia doméstica como delito autónomo, con sustantividad propia. El bien jurídico protegido, como se ha dicho, no es propiamente la integridad física de los agredidos. Si lo fuese no podrían sancionarse doblemente las agresiones individualizadas y, además, la violencia habitual integrada por las mismas, sin vulnerar el principio *non bis in idem*.

Sobre los elementos de la comisión por omisión.

De acuerdo con la doctrina científica y legal, los elementos de los que depende que pueda ser imputado un delito activo por haber incurrido la persona presuntamente responsable en una omisión que, sin haber producido el resultado —la omisión nunca es causal por definición—, no ha evitado su producción, son los siguientes: A) Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal *descrito en términos activos por la ley*. Si la descripción es negativa, sobra acudir a este expediente de imputación objetiva de la acción. B) Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el art. 11 del CP exigiendo que la no evitación del resultado «equivalga» a su causación. C) Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate, requisito que adquiere toda su importancia en los tipos delictivos especiales. D) Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado. E) que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o

contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

Los casos aplicados de comisión por omisión.

Casi siempre, como ya hemos dicho, han sido comportamientos de padres que con respecto a menores, bien niños o bebés, que han omitido la más mínima y elemental diligencia en su protección, conforme al deber esperado por la norma (posición de garante). Y se han subsumido los hechos tanto en un delito de violencia habitual, como el correspondiente delito al resultado típico producido.

Este *caso* ciertamente tiene contornos diferentes, pues la víctima es una persona de avanzada edad, bajo custodia de hecho de la acusada (guardadora), a quien se le produce una situación de malnutrición que termina causándola unas lesiones típicas, que son penadas aparte.

Pero obsérvese que el hecho tiene unas connotaciones muy estrechas con un niño de corta edad, a quien se le privara el alimento, o no se le suministraran los medicamentos recetados facultativamente. En ambos casos, si la conducta es habitual y concurre la relación intersubjetiva que exige el precepto, se habrá ejercido una situación de violencia frente al menor o tutelado, como consecuencia de tales omisiones, de manera que se infrinja el deber esperado por la norma.

Lo que ocurre aquí, sin embargo, es que la construcción del precepto, bajo tesis general, parece estar pensada para reprimir conductas habituales de quien se comporta violentamente con las personas del círculo familiar protegido, bien mediante expresiones injuriantes reiteradas, vejaciones, faltas de lesiones, amenazas, o en general, cualquier comportamiento violento, que pudiera pensar que se pueden cometer únicamente *en positivo*. Es cierto. Pero también lo es que el tipo penal ni está incluido ya en el delito de lesiones, sino en los delitos contra la integridad moral, ni excluye específicamente estos actos omisivos, por lo que abar-

ca una multiplicidad de acciones y omisiones que integran otros ilícitos —y no solamente las lesiones—, ni puede predicarse que la expresión «ejercer» es sinónimo de actuar positivamente, impidiendo la omisión impropia. Tanto se ejerce actuando, como omitiendo, *lo que se debe ejercer*. Si así fuera, la expresión «el que matare a otro», incluida en el art. 138, también tendría un *aparente* sabor positivo, y obvio es que igualmente puede cometerse un homicidio por comisión por omisión.

Es cierto que podría sostenerse que quien, de forma pausada, pero continuamente, malnutre a otro, no proporcionándole alimentos, o bien no proporcionándole los medicamentos prescritos, si el resultado de su acción es la muerte o la causación de lesiones típicas, habrá cometido un (solo) delito de homicidio o lesiones. También éste podría ser el resultado jurídico en nuestro caso. Pero como quiera que el legislador ha configurado un tipo penal de maltrato habitual, denominado hoy delito contra la integridad moral, que se traduce en la reiteración de comportamientos de violencia física o psíquica contra el círculo de personas que describe, podemos preguntarnos si queda consumado por la realización, habitual, de tales omisiones en la alimentación de Laura, pese a la advertencia de los servicios de salud.

Si estos actos fueran positivos, consistentes en frases amenazantes, insultos, bofetadas, etc. no habría lugar a duda. Si tales actos fueran negativos, en el sentido de producir dolor o perturbación anímica (tortura psicológica), de manera que causen una lesión psíquica (igualmente prevista en el precepto), tampoco existiría duda alguna, a nuestro juicio, sobre su consumación.

Ahora bien, si la omisión que se despliega por quien está obligado a ello, y consiste nada menos que en dejar de alimentar a su pupilo de manera reiterada (o como dice la sentencia recurrida: y «*como quiera que la acusada seguía con su designio criminal*»), continúa desatendiendo y malnutriendo a Laura en su domicilio, lo que provoca un nuevo ingreso hospitalario, el día 22 de febrero de 2004, este hecho nos parece que integra las connotaciones típicas necesarias para ser considerado un delito de maltrato físico habitual, que por imperativo del principio de legalidad debe ser sancionado.

En suma, la voz «ejercer» violencia tolera perfectamente un comportamiento como el antedicho.

Por ello, se debiera haber desestimado el recurso en este apartado, y la correcta subsunción jurídica en el precepto que se define en el art. 173.2 del Código penal, como hicieron los jueces *a quibus*.

Sentencia 1117/2009, Sala de lo Penal del TS, de 11 de noviembre de 2009

INDEFENSIÓN. ASISTENCIA LETRADA EFECTIVA

Art. 24.1 CE

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

SÍNTESIS

Se declara la nulidad de las actuaciones hasta el momento anterior a la notificación del auto de transformación en procedimiento abreviado a causa de la pasividad de letrado de oficio designado, que vulneró el derecho constitucional del acusado a una defensa efectiva.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

1. La alegación del recurrente se concreta en la queja por no haber dispuesto de una defensa adecuada, por falta de actividad del letrado que le correspondió, lo que afectaría a su derecho a la defensa, y sin que el Tribunal que pudo apreciar la situación hiciera nada para remediarlo, lo que afectaría al derecho a la tutela judicial efectiva.

En lo que se refiere a la primera cuestión, que constituye en núcleo del planteamiento del recurrente, la Constitución reconoce en su artículo 24.2 el derecho de todos a la defensa. Como se dice en la STC n.º 141/2005, «El derecho a la defensa y a la asistencia letrada tiene por finalidad la de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan generar a alguna de ellas la indefensión prohibida por el art. 24.1 de la CE». Como recordaba la STC n.º 18/1995, «en los supuestos en que la Ley exige la preceptiva intervención de Letrado, ha de garantizarse al imputado una adecuada defensa técnica».

El Tribunal Constitucional también señalaba en la STC n.º 162/1993, FJ 2, que «El derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la CE comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión, lo que significa que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes a quienes debe darse la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses, como ya dijimos, entre otras, en las SSTC 112/1987, 251/1987, 114/1988 y 237/1988. Este principio de defensa contradictoria ha de verse complementado con el de igualdad de armas en el proceso y en el ejercicio de los recur-

sos, de manera tal que esa posibilidad de alegación y prueba sea real y efectiva para las partes comparecidas en estos últimos. Precisamente la preservación de los derechos fundamentales y, en especial, la regla o principio de interdicción de indefensión, reclaman un cuidadoso esfuerzo del órgano jurisdiccional por preservar los derechos de defensa de ambas partes [STC 226/1988]. Corresponde, pues, a los órganos judiciales velar porque en el proceso y en el recurso se dé la necesaria contradicción entre las partes, posean éstas idénticas posibilidades de alegación y prueba y, en definitiva, ejerciten su derecho de defensa en cada una de las fases o instancias que lo componen. Este deber se agudiza, desde luego, en el proceso penal en los casos de defensa de oficio, de condenado en prisión y de única pretensión impugnatoria de la acusación pública. Como dijimos en la STC 112/1989, aun en el caso de falta de previsión legal, no queda liberado el órgano judicial, e incluso al propio Ministerio Público “de velar por el respeto del derecho de defensa del imputado, más allá del mero respeto formal de las reglas procesales. Por ello, a la luz del art. 24.2 de la CE, que garantiza el derecho a no ser condenado sin ser oído y, por tanto, a no ser condenado sin haber podido ejercer el derecho de defensa, con la debida asistencia Letrada, corresponde cuando se trata de reos asistidos de oficio al celo del órgano judicial, evitar, aun a falta de previsión expresa por parte de la Ley, que se produzcan situaciones de indefensión no imputables al condenado”.

El derecho de defensa, pues, no se satisface con una designación de letrado meramente nominal, sino que exige que el acusado disponga de una defensa efectiva. Es cierto que no puede menos de reconocerse al Letrado responsable de la defensa un margen de actuación, pues en principio dispone de diferentes posibilidades para orientar y organizar la defensa del acusado. Pero

la absoluta pasividad, acompañada de la imposibilidad de ser localizado para mantener el contacto con el defendido, e incluso con el Tribunal, no puede ser aceptada como manifestación de una defensa efectiva.

2. En el caso, la Audiencia Provincial, en la detalladamente razonada sentencia de instancia, FJ 1.^º, luego de señalar que el acusado achacó a la pasividad de su letrado la falta de aportación de documentos que acreditaran que el dinero recibido lo fue aplicando al pago de otras deudas y a la finalización de otros trabajos, reconoce que manifestó no estar satisfecho con la defensa, reiterando esta queja en varias ocasiones a lo largo de la vista, y que «durante la instrucción no consta que por la dirección letrada del acusado se instara la práctica de ninguna diligencia, pudiendo decirse que todas las diligencias practicadas lo son de cargo y ninguna de descargo, no instando tampoco dicha dirección letrada en el escrito de conclusiones provisionales, elevado a definitivo, la práctica de pruebas para el juicio oral salvo la documental ya unida a los autos y la admitida a las acusaciones». Sigue diciendo la Audiencia que «esta situación de indefensión...» ya se puso de manifiesto por la representación procesal del acusado cuando, siendo notificada del auto de apertura del juicio oral, se vio obligada a comunicar al Juzgado la imposibilidad de contactar con el Letrado, lo que dio lugar a que se le concediera un plazo de tres días para que designase nuevo letrado o solicitase el nombramiento de oficio, opción «esta última que ejercitó», si bien, sorprendentemente a juicio de esta Sala, el Colegio de Abogados, «arguyendo motivos administrativos rogó al Juzgado se abstuviera de solicitar abogado por turno de oficio para aquellos asuntos en los que ya existía abogado designado», lo cual motivó que no se produjera la sustitución del Letrado hasta entonces encargado de la defensa. La propia Audiencia reconoce que tuvo serios problemas para contactar con el Letrado del recurrente, pues «no atendía al teléfono y tampoco era posible comu-

nicarse con él por fax», para citarlo para el juicio oral. Incluso se recoge en la sentencia que el propio acusado se personó en la Audiencia el 3 de noviembre de 2008, para poner de manifiesto que no había podido ponerse en contacto con el Letrado para preparar la defensa, volviendo el Tribunal a realizar gestiones sin obtener respuesta, hasta su localización el día 11 de noviembre. Consta igualmente que la Procuradora había devuelto el 7 de noviembre la notificación del auto de señalamiento y admisión de pruebas ante la imposibilidad de contactar con el Letrado. Y, finalmente, el Tribunal explica que la pretensión del Letrado orientada a la suspensión del juicio para la acumulación de todos los procedimientos seguidos contra el acusado, fue rechazada pues, presentada la víspera del señalamiento y reiterada al inicio del juicio oral, no aportaba información alguna acerca del estado de esos otros procedimientos a los que se refería. A pesar de todo ello, quizá porque un nuevo nombramiento de Letrado no fue solicitado de forma expresa, el Tribunal celebró el juicio oral estando el recurrente asistido del mencionado Letrado.

3. Tres aspectos deben ser destacados. En primer lugar, que el recurrente puso de manifiesto la nula actividad y el nulo interés del Letrado responsable de su defensa técnica antes del juicio oral de modo indirecto, llegándose incluso a acudir a una nueva designación del turno de oficio, finalmente no realizado, y de forma manifiesta y expresa en el propio plenario. En segundo lugar, que de los datos antes expuestos resulta con claridad la ausencia evidente de una defensa efectiva, dada la pasividad del Letrado responsable durante la fase de instrucción e incluso su desaparición ya en la fase intermedia, sin proponer diligencia ni prueba alguna, sin contactar con el acusado y sin realizar acto alguno conocido encaminado a la preparación de la defensa. Y en tercer lugar, que tanto el Juez de instrucción a lo largo de esa fase, como el Tribunal desde el momento en que recibió las actuaciones y

con posterioridad, fueron conscientes de las negativas características de la forma en la que era ejercida la defensa que le correspondía al acusado en la causa que se seguía contra él, sin que, finalmente se procediera a su sustitución por otro Letrado que cumpliera sus obligaciones legales de forma mínimamente adecuada.

En conclusión, el Letrado responsable de la defensa no cumplió con sus obligaciones causando al recurrente una indefensión contraria a las previsiones constitucionales, por lo que los órganos jurisdiccionales debieron adoptar las medidas pertinentes para que fuera sustituido por otro. Al no hacerlo así, se aprecia un déficit en la defensa que la hace inexistente más allá del puro formalismo de su designación y de su presencia en el juicio oral, lo que supone una vulneración del derecho a la defensa que la Constitución reconoce al acusado en un proceso penal.

Consecuentemente, el proceso debe ser

anulado. Aunque el recurrente solicita que lo sea desde el momento en que se le da traslado para el trámite de calificación provisional, la Sala considera procedente anular el proceso hasta el momento anterior a la notificación del Auto por el que se acuerda continuar las actuaciones por los trámites del Procedimiento abreviado, con la finalidad de permitirle la interposición del pertinente recurso si lo considera oportuno para la propuesta de diligencias de instrucción. El juicio oral, en su caso, deberá celebrarse por un Tribunal compuesto por Magistrados distintos de los que han dictado la sentencia que ahora se anula. El Tribunal competente resolverá con libertad de criterio acerca de la pertinencia de comunicar al correspondiente Colegio de Abogados la conducta del Letrado inicialmente designado de oficio para la asistencia del recurrente, para la adopción, en su caso, de las medidas que resulten oportunas.

Por lo tanto, ambos motivos se estiman.

Sentencia 1111/2009, Sala de lo Penal del TS, de 11 de noviembre de 2009

ATENUANTE ANALÓGICA DE DILACIONES INDEBIDAS

Art. 21.6.^a Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín**

SÍNTESIS

Se aprecia la circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas, atendiendo al amplio lapso temporal entre la terminación de la vista oral y la notificación de la sentencia. Contiene un voto particular discrepante. (En el mismo sentido, y también con un voto particular discrepante del mismo Magistrado, véase la Sentencia del Tribunal Supremo 1199/2009, de 23 de noviembre).

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

B) Mientras que el motivo Primero afirma la infracción del derecho a un Juicio sin dilaciones indebidas, para que sea tenida en cuenta en orden a la determinación de la pena aplicable. Motivo que expresamente apoya el Fiscal.

En este sentido, esta Sala acordó, en el Pleno celebrado en fecha de 21 de Mayo de 1999, seguido en numerosas Sentencias posteriores como las de 8 de junio de 1999, 28 de junio de 2000, 1 de diciembre de 2001, 21 de marzo de 2002, etc., la procedencia de compensar la entidad de la pena correspondiente al delito enjuiciado, mediante la aplicación de la atenuante analógica del artículo 21.6.^º del Código Penal, en los casos en que se hubieren producido en el enjuiciamiento dilaciones excesivas e indebidas, no reprochables al propio acusado ni a su actuación procesal. Dando con ello cumplida eficacia al mandato constitucional que alude al derecho de todos a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 de la CE).

Ese derecho al proceso sin dilaciones, viene configurado como la exigencia de que la duración de las actuaciones no exceda de lo prudencial, siempre que no existan razones que lo justifiquen. O que esas propias dilaciones no se produzcan a causa de verdaderas «paralizaciones» del procedimiento o se debieran al mismo acusado que las sufre, supuestos de rebeldía, por ejemplo, o a su conducta procesal, motivando suspensiones, etc. Semejante derecho no debe, así mismo, equipararse a la exigencia de cumplimiento de los plazos procesales legalmente establecidos.

La «dilación indebida» es, por tanto, un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, es el mismo injustificado y cons-

tituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable (SS del TC 133/1988, de 4 de junio, y del TS de 14 de noviembre de 1994, entre otras).

En las presentes actuaciones, y al margen de lo que aconteciera en otras fases del procedimiento, se observa una importante dilación entre la fecha que consta en la Sentencia recurrida y la notificación de ésta a los condenados, que alcanza a más de un año de duración.

Ello justifica, plenamente y por sí solo, la aplicación de la atenuante interesada, al margen de las razones que provocaron tal dilación en relación, según se dijo, con ciertas disfunciones sufridas en el sistema informático del órgano jurisdiccional, que en ningún caso pueden argumentarse como justificación ante los ciudadanos que han visto vulnerado su derecho fundamental.

Debiendo, por lo tanto, estimar el motivo y corregirse la indebida inaplicación de la referida atenuante en la Segunda Sentencia que, seguidamente a ésta, se dictará.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO.
SR. D. MANUEL MARCHENA GÓMEZ, EN LA
SENTENCIA RECAÍDA EN EL RECURSO DE
CASACIÓN NÚM. 996/2009

Mi discrepancia con el criterio mayoritario se centra, de forma exclusiva, en la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas, en su calidad de atenuante analógica (art. 21.6 CP). Soy consciente de los esfuerzos interpretativos que ha hecho esta misma Sala para ofrecer un tratamiento jurídico adecuado a la vulneración de un derecho de rango constitucional proclamado en los arts. 24.2 de la CE y 6 del Convenio de Roma. Nuestro acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 21 de mayo de 1999 es una buena muestra de la búsqueda de una fórmula jurídica satisfactoria que proporcione, de forma inmediata y apreciable, una compensación jurídica por el menoscabo que la respuesta ju-

risdiccional tardía añade a los males del proceso penal.

La solución consistente en la aplicación de una atenuante por analogía —pese a sus innegables dificultades— nos viene permitiendo reparar de forma directa y eficaz la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. A mi juicio, sin embargo, el reconocimiento de las ventajas de la fórmula jurídica que venimos proclamando de manera reiterada, no nos debe impedir reconocer que nuestra solución no resuelve todas las manifestaciones de un problema complejo y que se escapa a una respuesta única.

Hasta ahora, por ejemplo, no hemos alumbrado una vía jurisprudencial para remediar los efectos nocivos del paso del tiempo cuando aquéllos, además de al imputado, han afectado a la víctima o al perjudicado que ejercen la acusación particular. Al margen de este aspecto —que ahora no es objeto de nuestra atención—, el supuesto que hoy nos ocupa es la muestra más elocuente de que la atenuante por analogía no proporciona cobertura para todos los casos que reclaman un resarcimiento, pese a que no falten precedentes de nuestra Sala que solucionan situaciones similares con el mismo criterio.

Según pone de manifiesto el recurrente —con el apoyo expreso del Ministerio Fiscal—, desde la fecha en que concluyó la vista y se inició el término para dictar sentencia, transcurrió más de 1 año hasta que aquélla fue pronunciada o, al menos, hasta que fue notificada a las partes.

Nuestro deseo de ofrecer una justa compensación al imputado no nos puede llevar al extremo de dar la espalda al fundamento dogmático que está en la esencia de la atenuante analógica, tal y como nuestra propia jurisprudencia la ha perfilado. Es cierto que el legislador ha admitido que circunstancias posteriores a la comisión del hecho puedan operar extinguiendo parte de la culpabilidad (art. 21.4 y 5 del CP, atenuantes de confesión del hecho y reparación del daño). Y esta idea nos ha permitido integrar la análo-

ga significación que impone el art. 20.6 del CP. También es cierto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia 15 julio 1982, *Caso Eckler*) aceptó la reducción de la pena como fórmula para compensar la vulneración de aquel derecho. Mi discrepancia no se centra tanto en la solución final cuanto en el fundamento técnico con el que, siempre y en todo caso, pretende justificarse esa rebaja de pena.

En mi opinión, las atenuantes que sirven para fundamentar la *análoga significación* con la injustificada ralentización del procedimiento, señalan una referencia cronológica que actúa, sin excepción, como obligado límite temporal. Así, mientras que la de confesión a las autoridades ha de producirse *antes de que el procedimiento judicial se dirija contra el culpable* (art. 21.4 del CP), la reparación del daño causado a la víctima puede verificarse en cualquier momento del procedimiento, pero *con anterioridad a la celebración del juicio oral* (art. 21.5 del CP).

Esa exigencia cronológica no es, desde luego, caprichosa. Entronca con la necesidad material de que los presupuestos fácticos de la atenuación —de aquélla y de cualesquiera otras— sean objeto de discusión y debate en el juicio oral. No son, pues, razones estrictamente sustantivas a la hora de fundamentar la procedencia de la *análoga significación* con otras atenuantes, sino que aquéllas también presentan una dimensión procesal que no merece ser despreciada. En efecto, la apreciación de una atenuación, cuyo hecho desencadenante se ha producido después de la formalización del objeto del proceso, superada ya la fase de conclusiones definitivas, encierra un entendimiento excesivamente audaz de los límites cognitivos de esta Sala al resolver el recurso de casación.

Considero, en definitiva, que ni en el plano sustantivo ni en el orden procesal, concurren razones que avalen una atenuación como la que ahora pretende el recurrente y apoya el Fiscal. Desde el punto de vista de su configuración sustantiva, la significación analógica desaparece cuando el hecho que

genera la injustificada tardanza se ha producido, no ya antes del juicio oral, sino concluido éste y en el tiempo del que dispone el Magistrado ponente para dictar sentencia. En el ámbito estrictamente procesal, estimo que una atenuante cuyo sustento fáctico no se ha incorporado a las conclusiones definitivas, sino que surge de forma sobrevenida cuando ya el objeto del proceso ha sido formalizado, representa una quiebra de los principios elementales que definen nuestro ámbito cognitivo.

Me resulta muy difícil imaginar una solución, con arreglo al criterio mayoritario, para aquellos supuestos en los que la injustificada paralización se produjera, no ya en el período del que dispone el Tribunal de instancia para dictar sentencia, sino, por ejem-

plo, durante la tramitación del recurso de casación. ¿Estaríamos también obligados a compensar la indebida interrupción del procedimiento con una atenuante promovida por nosotros mismos? En la búsqueda de hipótesis que refuercen las razones para mi desacuerdo, me planteo de qué forma podríamos reparar, a la vista del fundamento dogmático sobre el que basamos nuestra solución, aquellas dilaciones injustificadas que pudieran llegar a surgir, por ejemplo, durante la fase de ejecución.

Por cuanto antecede, considero que el motivo en el que se reivindica la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas, debería haber sido desestimado con arreglo al art. 885.1 de la LECrim.

Sentencia 1081/2009, Sala de lo Penal del TS, de 11 de noviembre de 2009

TRÁFICO DE DROGAS

Art. 368 Código Penal

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

SÍNTESIS

Se recoge la doctrina jurisprudencial relativa a los requisitos para entender atípica la conducta de adquisición de droga para consumo compartido, lo que no se aprecia en la sentencia. Contiene un voto particular discrepante.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

La Sala de instancia desestima la alegación exculpatoria del «consumo compartido» por no concurrir los requisitos que jurisprudencialmente se han venido exigiendo.

Así esta Sala (SSTS 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 consumidor 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, entendiéndolo 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 nega-

tivo 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 calibrar 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 16-6-1997 y 15-1-1998).

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 crimílogos 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 la sentencia recurrida considera probado que: «El día 23 de octubre de 2006, los acusados Ovidio y Segundo, mayores de edad y sin antecedentes penales, puestos de acuerdo entre sí y con un nutrido grupo de jóvenes, adquieren de un tercero cuya identidad no consta 178 comprimidos de MDMA (éxtasis) para distribuirlos en el autobús que iban a fletar esa noche para desplazarse a Valencia y consumirlos en el autobús y en la discoteca Bananas, sita en dicha ciudad, donde tenían proyectado celebrar el cumpleaños de varios de los jóvenes que participaban en la expedición».

Añadiendo a continuación que: «Sobre las 23 horas del mismo día, agentes de la Guardia Civil interceptaron el autobús en el que los dos acusados viajaban con unos cincuenta jóvenes más a Valencia, y en un cacheo ocuparon al acusado Ovidio los 178 comprimidos que habían adquirido. Analizada la sustancia resultó ser MDMA con un peso total de 43,72 gramos y un porcentaje de riqueza media del 5,5%. En el momento en que los agentes de la Guardia Civil accedieron al autobús los acusados estaban procediendo al reparto de la droga entre los participantes en la fiesta».

Pues bien la anterior descripción de lo acontecido revela el acierto de la Sala de instancia al no estimar concurrentes la totalidad de los requisitos para efectuar la imputación a la conducta del recurrente.

En efecto con independencia de que la versión del recurrente de que todos los parti-

cipantes en las fiestas de cumpleaños, habían puesto un fondo común para adquirir la droga —20 €—, concertados para distribuirla y consumirla, y que el control policial fue rutinario, no puede asumirse de forma total pues ni el control fue rutinario: el Guardia Civil ... declaró que tenían conocimiento del alquiler del autobús para ir a una fiesta a una discoteca en Valencia y que se llevaba drogas, y el número..., intervinieron porque había rumores de que en el autobús se podía portar droga.

Ni está acreditado que todos los participantes pusieran ese fondo común para adquirir la droga, sino lo probado es el acuerdo para la adquisición, pero las pastillas cada uno tenía que pagarlas en el autobús (ver por ejemplo declaración del testigo Lázaro), lo cierto es que ni siquiera la versión del acusado se compadece con la doctrina jurisprudencial expuesta.

Así las personas entre las que se debe distribuir la droga han de ser adictas —al menos, consumidores de fin de semana— pues al no serlo se corre el riesgo de potenciarse en ellos la adicción y su habituación, supuesto subsumible en el delito. En el caso presente solo hay una referencia a «un nutrido grupo de jóvenes» y a los 50 jóvenes que viajaban en el autobús a Valencia, sin más especificaciones en orden a su condición de consumidores —en el juicio oral solo comparecieron seis testigos y las sustancias que a algunos de ellos les fueron intervenidas fueron hachís y cocaína, no MDMA. Tampoco concurrirían los requisitos de ser pocos y determinados los consumidores y el consumo inmediato y en lugar cerrado o privado.

Así, de una parte, no solo no consta la identidad de aquellos jóvenes sino ni siquiera que el «nutrido grupo» lo constituyan la totalidad de los 50 viajeros del autobús, y de otra, los testigos que depusieron en el juicio oral apuntaron a un consumo que se prolongaría tanto en el autobús como en la discoteca durante toda la noche y la lógica que impone el sentido común es pensar que cada uno de ellos se llevase las pastillas que les

correspondieran (3 ó 4) y las consumiera a su discreción y voluntad de manera independiente del grupo.

Lo razonado nos lleva, 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, 21-9-1999), a desestimar el motivo.

(...)

Quinto.—El motivo primero se formula al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y art. 852 de la LECrim. por cuanto la sentencia recurrida vulnera el derecho fundamental a un juicio justo con todas las garantías consagrado en la CE art. 24.2, en relación con el art. 53.1 del propio Texto Constitucional, por haberse obtenido y practicada la declaración del recurrente ante la Guardia Civil sin asistencia de letrado.

Con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional, sentencia 165/2005 «es necesario distinguir entre la asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales y judiciales que la Constitución reconoce en el art. 17.3 como una de las garantías del derecho a la libertad personal protegido en el apartado 1 de ese mismo artículo, y la asistencia letrada al imputado o acusado que la propia Constitución contempla en el art. 24.2 de la CE dentro del marco de la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso debido», de modo que, esta doble proyección constitucional del derecho a la asistencia letrada, que guarda paralelismo con los textos internacionales sobre la materia (arts. 5 y 6 Convenio Europeo de Derechos Humanos y arts. 9 y 14 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos), no permite asignar su mismo contenido a los derechos a la asistencia letrada que se protegen de forma individualizada y autónoma en los arts. 17.3 y 24.2 de la CE (en sentido similar las SSTC 196/87 de 11-12, 188/91 de 3-10, 7/2004 de 9-2, 165/2005). Esta doble proyección constitucional del derecho a la asistencia letrada no constituye no constituye

originalidad de nuestra Constitución, sino sistema que guarda esencial paralelismo con los textos internacionales reguladores de los derechos humanos suscritos por España, aunque deba adelantarse que, en materia de asistencia letrada al «detenido», nuestra Constitución es más amplia y generosa, al menos explícitamente, que dichos textos internacionales, STC 196/87 de 11-12.

El derecho del detenido a la asistencia letrada en las diligencias policiales y judiciales, reconocido en el art. 17.3 de la CE, adquiere relevancia constitucional como una de las garantías del derecho a la libertad protegido en el apartado primero del propio artículo y su función consiste en asegurar que los derechos constitucionales de quien está en situación de detención sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como sobre su derecho a comprobar, una vez realizados y concluidos con la presencia activa del letrado, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presente a la firma (por todas SSTC 196/87 de 11-12, 252/94 de 19-9, 299/99 de 13-12).

Por el contrario, el derecho a la defensa y a la asistencia de letrado reconocido en el art. 24.2 de la CE, adquiere relevancia constitucional en una doble dimensión, diferente a la expresada, según que, de acuerdo con su configuración legal, dicha asistencia técnica letrada sea preceptiva o potestativa. En el supuesto en que la intervención del Letrado sea preceptiva esta garantía constitucional se convierte en una exigencia estructural del proceso tendente a asegurar su correcto desenvolvimiento (STC. 42/82 de 5-7, FJ. 2), cuyo sentido es satisfacer el fin común a toda asistencia letrada, como es el lograr el adecuado desarrollo del proceso como mecanismo instrumental introducido por el legislador con miras a una dialéctica procesal efectiva que facilite al órgano judicial la búsqueda de una sentencia ajustada a Derecho (SSTC 47/7 de 22-4 y 233/98 de 1-12).

La conexión existente entre el derecho a la asistencia letrada y la institución misma del proceso determina que la pasividad del titular del derecho deba ser suplida por el órgano judicial para cuya propia actuación, y no solo para el mejor servicio de los derechos e intereses del defendido, es necesario la asistencia del letrado (SSTC 229/99 de 13-12; 101/2002 de 6-5; 145/2002 de 15-7).

En los supuestos en que la intervención del letrado no sea legalmente preceptiva la garantía de asistencia letrada no decae como derecho fundamental de la parte procesal. A este respecto ha de tenerse en cuenta que el hecho de poder comparecer personalmente ante el Juez o Tribunal no obliga a las partes a actuar personalmente, sino que les faculta para elegir entre la autodefensa o la defensa técnica, dejando a su libre disposición la opción por una u otra (SSTS 215/2002 de 25-11, 222/2002 de 25-11, 199/2003 de 10-11).

El derecho de defensa, reconocido en el art. 24.2 de la CE no es ilimitado pues está modulado, entre otros supuestos, por la obligación legal del Tribunal a rechazar aquellas solicitudes que entrañen abuso de derecho, o fraude de ley procesal según el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y también la indefensión tiene constitucionalmente su contenido material, no meramente formal (SSTC 21-2-1995, 23-11-1996, y STS. 985/2006 de 17-10), aunque la asistencia letrada al imputado sólo afecta al derecho de defensa (art. 24 de la CE), y la del detenido también al derecho a la libertad y seguridad (art. 17 de la CE). En ambos supuestos se pretende proteger y apoyar moralmente, o ayudar profesionalmente al acusado, asegurando la efectiva realización de los principios de igualdad y de contradicción que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes, o de evitar limitaciones a la defensa que causen indefensión (SSTC 7-10-1985, 28-9-1995, 19-12-1996 y 6-6-1997).

Delimitado así el campo de actuación de ambos preceptos constitucionales preciso es ahora atender a la regulación de la LECrim. Así el art. 118 prevé que desde el momento mismo en que a una persona se le imputa un acto punible puede ejercitar el derecho de defensa con abogado de su elección o designado de oficio. Las circunstancias que determinan la activación de este mecanismo de defensa, están taxativa y explícitamente reconocidas en la Ley. La protección empieza desde el momento en que se comuniquen la existencia de la imputación, cuando haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento; y el art. 767, tras la reforma Ley 38/2002 de 24-10, que entró en vigor el 28-4-2003, dispone que «desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada será necesario la asistencia letrada. La Policía judicial, el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial recabarán de inmediato del Colegio de Abogados la designación de su Abogado de oficio, si no lo hubiera nombrado ya el interesado».

La obligatoriedad de la asistencia letrada se hace depender desde el momento en que aparezca una imputación contra la persona en las mismas diligencias policiales de investigación sin necesidad de atender a la situación personal que afecte a su libertad.

En el caso presente consta que el día 2-11-2006 tras personarse en las dependencias de la Guardia Civil Segundo, por el Instructor, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 962, 796 y 520.2 de la LECrim., y especialmente en los apartados c), b), c), y d) conforme al Imputado del contenido de los mismos, en relación a la denuncia interpuesta en su contra, persona que la interpone y contenido de la misma, así como la posibilidad de manifestar en estas dependencias de forma voluntaria en relación a dicha denuncia si lo considera oportuno. El imputado que no estaba asistido de letrado y no consta su renuncia a tal asistencia se limitó a manifestar que si deseaba declarar y en rela-

ción a las pastillas reconoció: «que se reunieron días antes, y toda la gente que iba a consumir pastillas puso un dinero, en total unos 10 ó 15 euros por persona, quedando encargado el dicente de ir a recoger las pastillas al lugar que previamente le habían indicado, si bien no conocía a la persona que le entregó las pastillas, ni quién fue el encargado de gestionar la compra de la mercancía».

No obstante en su declaración ante el Juez instructor, el día 13-12-2006, asistido de letrado manifestó, entre otros extremos que no mantenía su declaración prestada ante la Guardia Civil y que quería rectificar en el sentido de que las pastillas eran de Ovidio y no del dicente, que no es cierta la declaración de Ovidio. Que las pastillas eran para todo el autobús. Que es consumidor esporádico. Que desconoce la procedencia de las pastillas. Que el dicente llevó a Ovidio a comprar las sustancias en su coche, insistiendo en que las pastillas no eran del dicente.

E igualmente el recurrente prestó declaración en el plenario con plena vigencia de los principios de inmediación y contradicción.

Siendo así el haber declarado en sede policial sin la intervención de letrado solo produce el efecto de no poder ser apreciada tal declaración como prueba apta para enervar la presunción de inocencia (SSTS. 12-4-1995, 28-9-1995 y 19-12-1996). En este sentido la STS 1309/2004 de 2-12, recuerda la STC 135/89 de 19-7, que dice que: *«la invalidez de las declaraciones sumariales prestadas con incumplimiento de las garantías reconocidas al imputado en el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sólo trascenderán, con efecto defensor, a otros actos del procedimiento cuando se produzca una efectiva indefensión del imputado por ser su declaración irregular, el único fundamento de su procesamiento. Si no se da tal circunstancia aquella irregularidad no debe trascender por sí sola hasta causar la nulidad del juicio»*.

Con mayor motivo se puede aplicar a esta postura cuando se ha llegado a tramitar íntegramente el procedimiento y se ha celebrado el juicio oral en el que se han manejado pruebas distintas de las que se produjeron con la irregularidad procesal denunciada y se ha reconocido íntegramente su posibilidad de defensa y contradicción.

El motivo por lo razonado se desestima.
(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO D. JOSÉ ANTONIO MARTÍN
PALLÍN A LA SENTENCIA RESOLUTORIA DEL
RECURSO DE CASACIÓN N.º 706/2009,
SENTENCIA N.º 1081/2009, PONENTE
D. JUAN RAMÓN BERDUGO GÓMEZ
DE LA TORRE.

1. Con pleno respeto a la opinión de la mayoría estimo que en el caso presente nos encontramos ante un autoconsumo compartido impune que daría lugar a la admisión del Recurso y la consiguiente absolución de los condenados.

2. El hecho probado afirma, clara y rotundamente, que los acusados *«puestos de acuerdo entre sí y con un nutrido grupo de jóvenes»* adquirieron 178 comprimidos de MDMA (Éxtasis). Antes de entrar en el análisis de los contenidos posteriores debemos admitir que la sentencia de forma inequívoca está relatando un acuerdo en el que participan los acusados y un nutrido grupo de jóvenes, lo que nos lleva, sin necesidad de tergiversar su sentido, a la conclusión de que los cincuenta jóvenes que viajaban en el autobús en su totalidad, —versión favorable a los acusados—, o en su mayoría, estaban implicados en el acuerdo de adquirir droga para el solo consumo personal, sin otro ulterior propósito o finalidad.

3. La sentencia recurrida admite que la versión de los acusados ha sido confirmada, con unos u otros matices, por varios testigos que han declarado en el juicio. Es decir, que se adquirió la droga para repartirla entre un grupo de cincuenta amigos —directos o amigos de los amigos—, para consumirla el

día de autos en el autobús que les llevaba a la discoteca, para celebrar una fiesta, de la que ya habían adquirido entradas para todos.

4. La Sala sentenciadora admite la atipicidad, según nuestra jurisprudencia, del consumo compartido o la tenencia destinada al mismo. Los sujetos concertados han de ser consumidores o bien haber decidido libremente realizar el consumo. Si se conciertan y dan su aquiescencia a la adquisición y reparto, se induce que todos eran potenciales consumidores. No existe ninguna base para imputar a los acusados la intención de ser iniciadores en el consumo al resto de los concertados. El segundo punto radica en que el consumo ha de hacerse en lugar cerrado. La sentencia siempre ha dicho que se realizaba en el autobús para que surtiera sus efectos antes de llegar a la discoteca, por lo que no existe dificultad alguna de equiparar el vehículo a un lugar cerrado en el que nadie que no fuera ocupante, podía participar en el reparto o consumo. No existía el más mínimo riesgo de habituar a extraños que no se hubiesen previamente concertado. La cantidad de droga como factor para establecer el autoconsumo se obtiene de dividir el número de partícipes conscientes, entre el número de pastillas encontradas, lo que arroja una cantidad compatible con el consumo personal de cada uno de ellos. La acción no varía por el número de personas sino por las dosis que se consumen y no se trata de una difusión o promoción del consumo, por lo que sus efectos criminógenos, desde la perspectiva del tráfico son nulos.

5. La sentencia mayoritaria estima, en contra del sentido natural de las palabras que no existía acuerdo porque los jóvenes tenían que pagar las pastillas en el autobús. Esta afirmación o interpretación contraria a los acusados no refleja la realidad. Nada se opone a considerar conforme a parámetros de racionalidad el análisis de los conceptos, que el acuerdo masivo existió, resultando indiferente que algunos adelantasen el dinero o que después el resto entregase su cuota cuando recibieran lo que habían convenido.

6. Los hechos y solo los hechos y no las conjeturas deben marcar la decisión del conflicto. La sentencia es, en este punto, un tanto contradictoria ya que combina la afirmación de que uno de la Guardia Civil ocupó a uno de los acusados los 178 comprimidos, después de haber afirmado tajantemente que existía un concierto de voluntades previo y masivo. La finalidad inicial de consumo compartido se asume por la sentencia al declarar que *«En el momento en que los agentes de la Guardia Civil accedieron al autobús los acusados estaban procediendo al reparto de la droga»*. Esto supone la confirmación plena de que la adquisición se había realizado para el autoconsumo sin que a ello afecte el número de los concertados ya que la modalidad típica exige la tenencia o adquisición con destino al tráfico, cuestión que no aparece en ningún pasaje del hecho probado. En estos casos, no existe la conducta típica y hay que dictar una sentencia estimatoria del recurso con la consiguiente absolución de los acusados.

Sentencia 1110/2009, Sala de lo Penal del TS, de 16 de noviembre de 2009

DIFUSIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

Art. 189 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García**

SÍNTESIS

De nuevo vuelve el Tribunal Supremo sobre el alcance de las conductas de «difusión» de pornografía infantil, aclarando en un voto particular uno de los magistrados su posición particular al respecto.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—1. La sentencia recurrida condenó a Florencio como autor de un delito de posesión de material pornográfico infantil para su propio uso, imponiéndole la pena de doce meses de multa con una cuota diaria de seis euros, en total 2160 €.

El Ministerio Fiscal había solicitado condena por el delito del art. 189.1.b) con la agravación del art. 189.3.a) por entender que el hecho delictivo había sobrepasado esa intención de posesión para sí y había incurrido en la figura de distribución a terceros; y ahora en este recurso pretende que se sancione conforme a estas últimas normas penales.

Se ampara el Ministerio Fiscal en un solo motivo al amparo del n.º 1.º del art. 849.1.º, con denuncia de la infracción de ley a la que acabamos de referirnos.

2. Como hemos dicho, el problema se reduce a determinar si Florencio se limitó a poseer para sí la pornografía infantil que tenía almacenada en su ordenador o si hubo distribución a terceros.

Sobre el hecho objetivo fundamental no se ha planteado cuestión. Los hechos probados de la sentencia recurrida nos narran una actuación de la policía portuguesa por la que se conoció una distribución por Internet de pornografía infantil con imágenes fijas y vídeos de menores realizando actos de significación sexual. A través del correspondiente IP se pudo conocer el teléfono de uno de estos usuarios que resultó ser el luego acusado y condenado Florencio. Las imágenes se referían a una niña de edad notoriamente inferior a dichos 13 años que practicaba una felación a un adulto para después desnudarse y ser penetrada por vía vaginal con pene y dedos, vídeo conocido en la red con el nombre de «Russian Pedo 8yo girl.avi». Tras la correspondiente autorización judicial, se practicó el 23-5-2007 diligencia de entrada y registro en el domicilio de dicho Florencio sito en la Calle... n.º ... de Barcelona. Por medio de prueba pericial se analizó el contenido del ordenador que manejaba Florencio. Dicho contenido aparece sintetizado en los hechos probados de la sentencia recurrida. Nos interesa destacar lo que se dice en su apartado c) en el que consta que tenía instalados diversos programas de intercambio (eMule, Azuerus y Ares) en los que se hallaron 63 archivos fotográficos y 6 vídeos de pornografía infantil. Se concreta que el an-

dos de la sentencia recurrida nos narran una actuación de la policía portuguesa por la que se conoció una distribución por Internet de pornografía infantil con imágenes fijas y vídeos de menores realizando actos de significación sexual. A través del correspondiente IP se pudo conocer el teléfono de uno de estos usuarios que resultó ser el luego acusado y condenado Florencio. Las imágenes se referían a una niña de edad notoriamente inferior a dichos 13 años que practicaba una felación a un adulto para después desnudarse y ser penetrada por vía vaginal con pene y dedos, vídeo conocido en la red con el nombre de «Russian Pedo 8yo girl.avi». Tras la correspondiente autorización judicial, se practicó el 23-5-2007 diligencia de entrada y registro en el domicilio de dicho Florencio sito en la Calle... n.º ... de Barcelona. Por medio de prueba pericial se analizó el contenido del ordenador que manejaba Florencio. Dicho contenido aparece sintetizado en los hechos probados de la sentencia recurrida. Nos interesa destacar lo que se dice en su apartado c) en el que consta que tenía instalados diversos programas de intercambio (eMule, Azuerus y Ares) en los que se hallaron 63 archivos fotográficos y 6 vídeos de pornografía infantil. Se concreta que el an-

tes referido como designado «Russian pedo 8y0 girl.avi» aparecía transferido a otros usuarios 562 veces a través del citado programa eMule.

Como ya se ha dicho, el problema aquí suscitado es si hubo infracción de ley por haberse condenado solo por el art. 189.2 en lugar de haber aplicado la figura delictiva notoriamente más grave del art. 189.1.b) en relación con el 189.3.a).

Entendemos que tiene razón el Ministerio Fiscal al plantear este recurso de casación. Esa transmisión a otros usuarios por 562 veces constituye la actividad de distribución —una de las especificadas en tal art. 189.b)— para cuya confección se habían usado a personas de edad inferior a los 13 años.

3. Sin embargo, no cabe aplicar la agravación específica del art. 189.3.a) que manda castigar con la pena de prisión de cuatro a ocho años: Cuando se utilicen a niños menores de trece años.

Es claro que no es lo mismo utilizar niños que utilizar imágenes de niños, razón por la cual esta singular agravación solo debe apreciarse cuando haya existido un contacto directo entre el acusado y el menor de esa edad, lo que ordinariamente ocurrirá en las actividades de producción de esa pornografía, sin que pueda ser bastante al respecto la mera distribución o difusión de fotografías o vídeos relativos a menores de trece años. Véanse las sentencias de esta sala 795/2009 de 28 de mayo, 592/2009 de 5 de junio, 873/2009 de 23 de julio y la más reciente de 22-10-2009.

Ha de sancionarse, por tanto, el hecho con la pena del art. 189.1, prisión de uno a cuatro años.

(...)

VOTO PARTICULAR CONCURRENTES DEL
MAGISTRADO EXCMO. SR. DON JULIÁN
SÁNCHEZ MELGAR, A LA SENTENCIA
1110/2009, DE 16 DE NOVIEMBRE, DICTADA
EN EL RECURSO DE CASACIÓN 1196/09

La sentencia recurrida condena al acusado como autor de un delito de posesión para

uso propio de material pornográfico con intervención de menores de trece años, y le absuelve, en cambio, del delito de distribución de tal material a terceros, al entender que solamente ha quedado probado, mediante informe pericial, la difusión de un archivo denominado «Russian pedo 8y0 girl.avi», pero no de los 90 archivos fotográficos hallados en el disco duro Seagate n.º..., ni de los 63 archivos fotográficos hallados en el disco duro Seagate n.º..., que contenía seis archivos de vídeo, «*lo que nos conduce a concluir que lo único que puede entenderse probado que fue distribuido fue el archivo "Russian pedo 8y0 girl.avi"*». Ahora bien, tal archivo «*habría sido distribuido total o parcialmente 562 veces, puesto que éstas habrán sido las peticiones aceptadas de un total de 153.092 efectuadas*». Así se expresan los jueces *a quibus* en el apartado 2.º del FJ 2.º de la sentencia recurrida.

Recorre esta Sentencia el Ministerio Fiscal.

La decisión mayoritaria dice al respecto que «entendemos que tiene razón el Ministerio Fiscal al plantear este recurso de casación. Esa transmisión a otros usuarios por 562 veces constituye la actividad de distribución —una de las especificadas en tal art. 189.1.b)— para cuya confección se habían usado a personas de edad inferior a los 13 años».

No se entiende aplicable, sin embargo, el art. 189.3.a) del Código penal, por no haberse utilizado niños de esa edad, sino utilizado imágenes de tales menores, lo cual se expresa que «no es lo mismo», pues no ha «existido un contacto directo entre el acusado y el menor de esa edad, lo que ordinariamente ocurrirá en las actividades de producción de esa pornografía, sin que pueda ser bastante al respecto la mera distribución o difusión de fotografías o vídeos relativos a menores de trece años». Y se cita doctrina legal de esta Sala Casacional al respecto, que mantiene tal jurisprudencia.

Como quiera que la Sala sentenciadora de instancia, tuvo en consideración la STS 105/2009, de 30 de enero, de la que fui Po-

nente, conviene que realice algunas aclaraciones al respecto.

En dicha resolución judicial se decía que la estructura del tipo penal alojado en el art. 189.1.b), tiene dos apartados: uno, relativo a actos directos de creación o propia exhibición, y un segundo apartado, de *puesta en circulación* del material de pornografía infantil. Así, por el primero se incrimina la producción (acto de creación), venta (acto de intermediación), distribución (acto de divulgación) o exhibición (acto de ofrecimiento visual directo); por el segundo, los verbos que utiliza el legislador son los mismos, pero bajo una actividad de facilitación, de modo que se incrimina a quien «facilita la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio». De ello se colige, que para el legislador es lo mismo distribuir que difundir, ambos conceptos son sinónimos de divulgar, pues en el primer apartado utiliza la locución «distribución» y en el segundo, el sustantivo «difusión». Aunque es cierto que facilitar es hacer posible una cosa, en derecho penal tal facilitación no puede ser una actividad automatizada sin control del autor, sino que cuando posibilita la misma, lo hace con intención de distribución o difusión. Es decir, llevando a cabo actos de difusión a terceros con la finalidad de atentar contra el bien jurídico protegido por la norma penal. La distribución es un concepto aún más restringido, pues supone tanto como dividir algo entre varios o dar a cada uno lo que le corresponde. En todo caso, tales actos de divulgación requieren inexcusablemente el dolo de actuar con tal finalidad, deducido de cualquier circunstancia, pero especialmente de la intervención del autor en la confección de tales materiales o en la elaboración de actividades para ser «colgados en la red» (difundidos), o del concierto de actos de intermediación o pública exhibición, y, en todo caso, cuando se trata de una acción de compartir archivos recibidos, *tal dolo se ha de inducir del número de elementos que son puestos en la red* a disposición de terceros, para lo que se tendrá en cuenta

la estructura hallada en la terminal (archivos alojados en el disco o discos duros, u otros dispositivos de almacenamiento), *el número de veces que son compartidos* (pues este parámetro deja huella o rastro en el sistema informático), la recepción por otros usuarios de tales imágenes o vídeos como procedentes del terminal del autor del delito, y cuantas circunstancias externas sean determinantes para llegar a la convicción de que tal autor es consciente de su actividad de facilitar la difusión de pornografía infantil, entre las que se tomará el grado de conocimiento de la utilización de sistemas informáticos que tenga el autor del delito.

Pero sustancialmente, en el caso de referencia (STS 105/2009), lo que tuvimos en cuenta fue que «*ni los hechos probados nos ilustran acerca del grado de difusión que tuvieron las imágenes y [además] hemos descartado el elemento subjetivo de la expresada difusión, como ya hemos razonado anteriormente*» [en otros fundamentos jurídicos]. En el caso, se trataban de 6 fotografías nada más, de las que no constaba su difusión.

Como quiera que en el supuesto ahora analizado, la difusión del expresado vídeo se produjo durante 562 ocasiones, la doctrina aplicable no puede ser ésta, como ya tuvimos ocasión de aprobar en nuestro Pleno no Jurisdiccional para la Unificación de Criterios, celebrado recientemente, el pasado 27 de octubre de 2009, en donde se acordó: «*una vez establecido el tipo objetivo del art. 189.1.b) del Código penal, el subjetivo deberá ser considerado en cada caso, evitando incurrir en automatismos derivados del mero uso del programa informático empleado para descarga los archivos*».

Este Acuerdo Plenario significa que hay que estudiar, caso por caso, los pormenores de tal difusión en el supuesto enjuiciado, para deducir si se ha producido un acto de difusión que pueda incluirse en el tipo penal, lo que se producirá sin automatismos referidos a la mera redistribución o *redifusión* que

el fichero creado por defecto por el sistema informático al uso realice de forma mecanizada, es decir, en función del grado de conocimiento que el autor tenga de tal acontecimiento, de donde habrá de deducirse el mencionado elemento subjetivo del tipo.

La combinación entre lo acordado plenariamente, y lo singular del caso tratado en nuestra STS 105/2009, es por lo que manifieste mi aceptación a la Sentencia a la que se acompaña este Voto Particular, pero dejando así establecida mi posición personal.

Sentencia 1097/2009, Sala de lo Penal del TS, de 17 de noviembre de 2009

PUBLICIDAD ENGAÑOSA

Art. 282 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín**

SÍNTESIS

Se ofrece la doctrina jurisprudencial relativa al delito de publicidad engañosa, previsto en el artículo 282 del Código Penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

1. La mayor o menor minuciosidad de los términos en que se presenta la publicidad de un producto son decisivos para su valoración desde una perspectiva jurídica, dentro del marco de los derechos de los consumidores o bien cuando el reproche se eleva a las esferas penales que sólo deben intervenir cuando la falsedad de los términos publicitarios sea manifiesta o puede inducir a engaño. Es cierto que, como diremos más adelante, la línea divisoria entre la publicidad lícita que sobrevalora las cualidades del producto, la que las exagerándolas hasta términos irreales y la que lisa y llanamente utiliza el engaño como medio de comunicarse con los potenciales consumidores, es siempre muy tenue, de tal modo que llegar al

extremo más riguroso de la sanción penal debe limitarse a casos de grave contravención de la buena fe y fidelidad que se debe a los consumidores como titulares de derechos que vienen marcados por los principios rectores de la política social y económica sancionados por la Constitución. El artículo 51 impone a los poderes públicos la tarea de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, *protegiendo*, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y *los legítimos intereses económicos de los mismos*.

2. El análisis de la figura delictiva de la publicidad engañosa, que se tipifica en el artículo 282 del Código Penal, para los fabricantes o comerciantes que en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo

que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores. Hasta este párrafo el legislador se sitúa en la modalidad de un delito de peligro que se consuma por la utilización y puesta en el mercado, la oferta pública engañosa sin que sea necesario un resultado concreto. El legislador, consciente de esta postura, hace compatible la existencia de la publicidad engañosa con otros delitos entre los que se encontraría una posible defraudación o estafa cuando las consecuencias perjudiciales fuesen exclusivamente económicas, añadiéndole, como delito autónomo, el posible fraude al patrimonio.

3. La fiscalización y control de la publicidad fue uno de los objetivos prioritarios de la entonces Comunidad Económica Europea que, coherentemente con sus postulados, consideraba esencial para el desarrollo económico la existencia de un mercado con reglas limpias y con eliminación de prácticas fraudulentas como la publicidad engañosa. La primera Directiva sobre este punto fue la 84/450/CEE del Consejo de 10 de Diciembre de 1994 sobre publicidad engañosa. La modificación de esta Directiva, realizada en el año 2005, añade que no será óbice para que los Estados miembros mantengan o adopten disposiciones tendentes a asegurar una protección más amplia en materia de publicidad engañosa (artículo 7.1).

4. Después, de sucesivos retoques, se llega a la conclusión de que era necesaria, en aras de una mayor racionalidad y claridad, la codificación de la Directiva lo que se lleva a efecto por la Directiva 2006/114 /CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea. Se pone de relieve que los efectos negativos no sólo afectan a los consumidores sino que pueden ocasionar, además, una distorsión de la competencia. Incita a una homologación de las legislaciones miembros sobre la publicidad engañosa y pretende establecer unos criterios mínimos y objetivos sobre cuya base sea posible determinar si una publicidad es o no engañosa. A pesar de que la Directiva se refiere específicamente a los perjuicios derivados para

los competidores comerciantes, hace una referencia expresa a la posibilidad de inducir a error a las personas a las que se dirige o afectan.

5. La protección de los consumidores se establece de manera más específica en la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a prácticas desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, también conocida como «*Directiva sobre las prácticas comerciales desleales*».

6. Insiste en la necesidad de normas uniformes a escala comunitaria que garanticen un alto nivel de protección del consumidor aclarando y uniformando algunos conceptos jurídicos. La afinidad entre la publicidad engañosa y la estafa se pone de relieve por la propia Directiva en su Preámbulo al hacer una especial diferenciación entre los potenciales consumidores. Recuerda que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dedicado su atención a los efectos de la publicidad engañosa en atención a una diferenciación entre especies de consumidores. Distingue entre la figura teórica del consumidor típico y el consumidor medio, atendiendo al principio de proporcionalidad. Toma como referencia el consumidor medio que es aquel que está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta sus factores sociales, culturales y lingüísticos. A su lado dedica también especial atención al consumidor que por no reunir estas características en grado aceptable o nivel medio resulta especialmente vulnerable, como los niños, los que padecen dolencias físicas o trastornos mentales o sean especialmente crédulos. En el caso que nos ocupa, podríamos calificar a los denunciantes en la categoría de consumidores típicos por la especificidad de la oferta.

7. Define al consumidor como cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o pro-

fesión [artículo 2.a)]. Pone el acento en que la publicidad debe mermar de manera apreciable la capacidad del consumidor de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa haciendo así que éste tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado. Obsérvese la afinidad y similitud de esta definición con la que el Código Civil hace del dolo en el artículo 1269 («*Hay dolo cuando con palabra o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido por otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho*»).

8. La decisión es por supuesto ajena a cualquier posición de poder o de monopolio que reduzca la capacidad de análisis, ponderación y decisión de la persona afectada. En estos casos estaríamos ante una influencia indebida que debiera ser erradicada del sistema comercial por medios ajenos al derecho penal, debiendo hacerse a cargo de esta responsabilidad los poderes públicos a través de sus organismos reguladores o por medio del control de las reglas del mercado.

9. Los indicadores de la posible existencia de una publicidad engañosa son muy variables y dependen de muchos factores, como la naturaleza del producto o sus características principales. También es relevante si se ha omitido información sustancial que necesite el consumidor medio para tomar una decisión. Se equipara la omisión a la inclusión de informaciones poco claras, ininteligibles o ambiguas. En el caso que nos ocupa se oferta una titulación de una especialidad médica, jugando un papel determinante el alcance de los compromisos que se adquieren. Además, su concesión se subordinaba a un patrocinio o control externo y ajeno al proponente u ofertante.

10. La Directiva que venimos comentando en el anexo incluye algunas prácticas desleales, entre las que incluye que su oferta ha sido aprobada, aceptada o autorizada por un organismo público o privado. Cuando éste no sea el caso, hacer esta afirmación sin cumplir las condiciones de la aprobación, aceptación o autorización, es evidentemente un procedimiento desleal.

Sentencia 1166/2009, Sala de lo Penal del TS, de 19 de noviembre de 2009

DELITO PROVOCADO

Arts. 11.1 LOPJ; 282 bis LECrim.

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Artemio Sánchez Melgar

SÍNTESIS

Se analiza con detalle en la sentencia y en el voto particular que también extractamos el concepto de delito provocado y sus diferencias con el delito «comprobado», en que la actuación policial se produce en casos de comprobación delictiva de una previa ideación criminal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La sentencia de la Sección V de la Audiencia Provincial de Valencia de

19 de diciembre de 2008 condenó a Amador como autor de un delito contra la salud pública de drogas que causan grave daño a la

salud, tipo básico, a la pena de tres años de prisión y multa, con los demás pronunciamientos incluidos en el fallo.

Los hechos, en síntesis, se refieren a que tras tener la Guardia Civil información de que Amador se dedicaba a la venta de drogas en la zona del club gimnástico en Cullera, información que habían recibido de un tal Jayro pocas horas antes, que les facilitó todos los datos incluidos los del vehículo que utilizaba, montaron el correspondiente servicio de información, y vieron sobre las 21:15 h del mismo día, al poco tiempo, que llegaba al lugar indicado un vehículo de las características facilitadas por Jayro, y que se acercaba el propio Jayro, trabando conversación con el conductor del vehículo, efectuando el gesto de intercambiar algo, en cuyo momento intervinieron los agentes, lanzando el ocupante del vehículo, el condenado y recurrente Amador algo al río próximo que quedó flotando, y que fue recogido en el acto por uno de los agentes, resultando ser un estuche de carrete de fotos en cuyo interior se encontraron cuatro pequeños envoltorios cuyo posterior análisis acreditó tratarse de cocaína.

En el inmediato registro del vehículo se ocupó otro estuche de carrete de fotos en cuyo interior se encontraron otros tres envoltorios de iguales características y de la misma sustancia.

Se ha formalizado recurso de casación por el condenado, que lo desarrolla a través de un único motivo encauzado por la vía del *error iuris* del art. 849.1 LECriminal, que sostiene la tesis central de estar en presencia de un delito provocado, y por tanto atípico, lo que conduciría a la absolución de su defendido.

(...)

En esta situación se estimó en la sentencia que se estaba en presencia de un delito de tráfico de drogas, rechazando la tesis de la trama urdida por Jayro contra el recurrente por diferencias existentes entre ellos.

La provocación delictiva es una inducción engañosa, es decir, supone injertar en otra persona el dolo de delinquir, y cuando esto se hace con la colaboración policial, se produce el efecto perverso de que la policía lejos de prevenir el delito, instiga a su comisión —elemento subjetivo— bien que sin poner en riesgo ningún bien jurídico, pues en la medida que lo apetecido es la detención del provocado —elemento objetivo—, toda la operación está bajo el control policial por lo que no hay tipicidad ni culpabilidad, ya que los agentes de la autoridad tienen un control absoluto sobre los hechos y sus eventuales consecuencias —elemento material—, siendo estos tres elementos los que vertebran y arman la construcción del delito provocado, figura que como también se ha dicho por esta Sala es distinta a la actividad del agente encubierto o provocador, figura regulada en el art. 282 bis LECriminal, que tiende exclusivamente a hacer aflorar a la superficie, la actividad delictiva de quien por su propia voluntad y sin instigación ajena, está dedicado a una actividad delictiva, o como se dice, entre otras STS 1114/2002, «... cuando los agentes de la autoridad sospechan o conocen la existencia de una actividad delictiva y se infiltran entre los que la llevan a cabo en busca de información o pruebas que permitan impedir a sancionar el delito...».

(...)

Como hemos dicho en nuestra Sentencia 848/2003, de trece de junio, el delito provocado aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto, no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un colaborador de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad, que, guiado por la intención de detener a los sospechosos o de facilitar su detención, provoca a través de su actuación engañosa la ejecución de una conducta delictiva que *no había sido planeada ni decidida por aquél*, y que de otra forma no hubiera realizado, adoptando al tiempo las medidas de precaución necesarias para

evitar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Tal forma de proceder lesiona los principios inspiradores del Estado Democrático y de Derecho, afecta negativamente a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, fundamento del orden político y de la paz social según el artículo 10 de la Constitución, y desconoce el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, contenidos en el artículo 9.3 de la misma, sin que resulte admisible que en un Estado de Derecho las autoridades se dediquen a provocar actuaciones delictivas (STS 1344/1994, de 21 de junio). Hemos dicho en la STS 1992/1993, de 15 de septiembre, que «para la existencia del delito provocado es exigible que la provocación —en realidad, una forma de instigación o inducción— parta del agente provocador, de tal modo que se incite a cometer un delito a quien no tenía previamente tal propósito, surgiendo así en el agente todo el *iter criminis*, desde la fase de ideación o deliberación a la de ejecución, como consecuencia de la iniciativa y comportamiento del provocador, que es por ello la verdadera causa de toda la actividad criminal, que nace viciada, pues no podrá llegar nunca a perfeccionarse, por la ya prevista *ab initio* intervención policial. Esta clase de delito provocado, tanto desde el punto de vista de la técnica penal —por el carácter imposible de su producción— como desde el más fundamental principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), y hasta desde el de la lícita obtención de la prueba (art. 11.1 LOPJ) debe considerarse como penalmente irrelevante, procesalmente inexistente y, por todo ello, impune». En estos casos, por lo tanto, además de la infracción de principios constitucionales, no puede decirse que exista infracción criminal más que en apariencia, pues no se aprecia riesgo alguno para el bien jurídico, como consecuencia del absoluto control que sobre los hechos y sus eventuales consecuencias tienen los agentes de la autoridad encargados, precisamente,

de velar por la protección de aquellos bienes.

No existe delito provocado, como dice la Sentencia 1114/2002, de 12 de junio, cuando los agentes de la autoridad sospechan o conocen la existencia de una actividad delictiva y se infiltran entre quienes la llevan a cabo, en busca de información o pruebas que permitan impedir o sancionar el delito. En estas ocasiones, la decisión de delinquir *ya ha surgido firmemente en el sujeto con independencia del agente provocador*, que, camuflado bajo una personalidad supuesta, se limita a comprobar la actuación del delincuente e incluso a realizar algunas actividades de colaboración con el mismo, en la actualidad reguladas, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se refiere concretamente a adquirir y transportar los objetos, instrumentos o efectos del delito. La intervención policial puede producirse en cualquier fase del *iter criminis*, en el momento en que el delito ya se ha cometido o se está cometiendo, especialmente en delitos de tracto sucesivo como los de tráfico de drogas, y aun en sus fases iniciales de elaboración o preparación, siendo lícita mientras permita la evolución libre de la voluntad del sujeto y no suponga una inducción a cometer el delito que de alguna forma la condicione. En estos casos, la actuación policial no supone una auténtica provocación, pues la decisión del sujeto activo siempre es siempre libre y anterior a la intervención puntual del agente encubierto, aunque éste, siempre por iniciativa del autor de la infracción criminal, llegue a ejecutar labores de adquisición o transporte de los efectos del delito (art. 282 bis de la LECrim.), u otras tareas de auxilio o colaboración similares, simulando así una disposición a delinquir que permite una más efectiva intervención policial.

Tampoco existe delito provocado en casos de comprobación delictiva de una previa

ideación criminal, cuando el investigado no comete el delito como consecuencia de la actuación policial, a modo de inducción o instigación, sino que ya está resuelto a cometerlo, o bien se dedica a una permanente actividad criminal, que únicamente pretende comprobarse. En esos casos, los funcionarios policiales no provocan nada, sino que se limitan a comprobar la veracidad de la *notitia criminis*, mediante técnicas de investigación, que bien pueden consistir en la comprobación directa de los hechos denunciados. Obsérvese, que no solamente se trata de obtener pruebas de lo que un tercero les informa —acerca de una realidad delictiva ya existente—, o, si se quiere, permanente, sino de impedir la continuación del delito, y eventualmente, la detención de sus autores, para frustrar nuevas realidades delictivas. No se provoca nada que no estuviera ya en la ideación —eventualmente ejecución— del criminal, sino que se trata lisa y llanamente de *comprobarlo*. Así, pongamos por caso, si se solicita la venta de sustancias estupefacientes a quien se encuentra dolosamente en condiciones de hacerlo, o bien es su deseo proporcionarlas, y en efecto, se ofrecen a cambio de precio, no se provoca nada, sino única y exclusivamente se comprueba la comisión de un delito contra la salud pública, por el que estaba dispuesto a cometer, de todos modos, tal delito, con tal de tener un comprador que acudiese al concurso de su oferta. Pero ni siquiera éste es el caso de autos, pues es a un tercero, y no a un agente policial, a quien se ofrece la sustancia estupefaciente, y por si fuera poco, la tenencia de otros carretes de fotos con igual disposición de dosis individuales dispuestas para su venta, acreditaría, en todo caso, una tenencia preordenada al tráfico, fuera de tales contornos fácticos.

Esta conclusión, en esta sede casacional aparece totalmente razonable y razonada, con la consecuencia de rechazar el recurso formalizado por no estar en presencia de un supuesto de delito provocado.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA, A LA SENTENCIA N.º 1166/2009, RECURSO DE CASACIÓN N.º 517/2009, INTERPUESTO POR AMADOR, CONTRA LA SENTENCIA DICTADA POR LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA, SECCIÓN V, DE FECHA 19 DE DICIEMBRE DE 2008

Desde el respeto a la opinión mayoritaria, no puedo compartirla por lo que me veo precisado a justificar mi oposición discrepante a través de este Voto Particular, y ello ha justificado el cambio de Ponente.

Primero.—Obviamente comparto la doctrina general sobre el delito provocado expuesta en los fundamentos primero y segundo.

Mi discrepancia, no es tanto que se esté en presencia de un delito provocado como juicio de certeza que necesariamente debería llevar a la conclusión absolutoria, siendo esa la tesis del recurrente, y a tal efecto bastaría retener la siguiente frase del motivo:

«... Nos encontramos, por tanto, ante una inducción engañosa de una persona bajo instrucción clara y precisa de agentes de la autoridad, que deseando la detención de sospechosos...».

Mi tesis, que justifica mi disidencia y la justificación de este Voto Particular es que no existe certeza de que tal inducción engañosa no hubiera existido o dicho de otro modo, pudo haber existido y por tanto bastando la sospecha que impide la obtención de la certeza de que los agentes policiales acudirán *por casualidad* al lugar donde se produjo el encuentro entre Jayro y el recurrente, la conclusión hubiera debido ser la de absolución del recurrente.

La probabilidad de que pudiera haber existido provocación excluye la certeza de que no la haya habido.

La misión del control casacional, en su vertiente de recurso efectivo desde las exigencias del art. 14.5.º del Pacto Internacio-

nal de Derechos Civiles y Políticos de 19 de Diciembre de 1966, no es decidir ni elegir, sino controlar el razonamiento con el que otro Tribunal justifique su decisión y por tanto, verificar si el fallo condenatorio y la pena se han impuesto conforme a lo previsto en la Ley, no siendo obstáculo a ello el que el Tribunal sentenciador no haya exteriorizado duda alguna al respecto, pues si bien en varias sentencias de esta Sala hemos dicho que el Tribunal de instancia no está obligado a dudar, (vertiente procesal del principio *in dubio pro reo*), no es lo menos que en este control casacional, en la medida que el control del razonamiento de instancia es esencial, sí debemos comprobar si el Tribunal de instancia, aunque no dudara, debió dudar a la vista de las circunstancias del caso.

(...)

En síntesis, y en lo que interesa a los fines propuestos, resulta acreditado que Jayro, sobre las 20 horas comunica a la Guardia Civil la realidad de las ventas de droga que llevaba a cabo Jayro, dándoles los datos necesarios, y una hora más tarde, los agentes, en una ronda habitual ven en el lugar indicado el Ford fiesta rojo y que se acerca al conductor Jayro con la ocupación de las papelinan en la forma y modo descritos en el *factum*.

En estas concretas circunstancias, existen las suficientes dudas, ambigüedades y sobre todo, coincidencias temporales, como para que los razonamientos de la sentencia sobre la inferencia de que el delito no fue provocado no puedan superar el control casacional sobre certeza «... *más allá de toda duda razonable...*», y que en definitiva, el fallo no se ajusta a la Ley y ello tanto desde el canon de la lógica como de la suficiencia.

Sentencia 1159/2009, Sala de lo Penal del TS, de 19 de noviembre de 2009

PRUEBA TESTIFICAL. CONCLUSIÓN DEL SUMARIO

Arts. 627, 656 y 659 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Julián Artemio Sánchez Melgar**

SÍNTESIS

Recordada la interpretación constitucional del artículo 627 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que exige dispensar idéntico traslado para instrucción a acusación y defensa (ignorada por el tribunal de instancia), declara además la Sala la vulneración del derecho de defensa del condenado, que sin base normativa ni lógica alguna vio restringida la admisión de testigos al juicio oral a los «estrictamente sumariales».

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—Interpuesto recurso de casación frente a la sentencia de instancia, dictada por la Audiencia Provincial de Almería, Sección Tercera, lo primero que debemos

estudiar es la viabilidad procesal de los motivos quinto y sexto formalizados por el recurrente, el acusado Juan Manuel, numerados incorrectamente como cuarto y quinto en el escrito de interposición, y que hacen referencia a dos cuestiones íntimamente re-

lacionadas, como son la imposibilidad de formular alegaciones frente a la decisión de la Sala, relativa a la conclusión del sumario, en la fase intermedia de estas actuaciones, en procedimiento seguido por los cauces del sumario ordinario ante la Audiencia Provincial, y en la denegación probatoria que se ha resuelto por dicha Sala, en lo referente al material de defensa que propuso el aludido recurrente en la instancia.

Uno y otro tema están indiscutiblemente unidos, pues el recurrente se queja de no haber podido retrotraer el procedimiento para practicar tales pruebas, o que, al menos, no se le hayan permitido proponerlas para el acto del plenario. Y sobre la protesta relativa a esta cuestión, incluso al comienzo del acto del juicio oral, se reprodujo la misma, sin que tuviera efectiva acogida por el Tribunal sentenciador. Analizaremos después más detenidamente este aspecto formal de la impugnación del recurrente.

Sobre la primera cuestión, si bien la redacción del art. 627 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no prevé un traslado similar para la defensa, que el nominalmente previsto para las acusaciones, es lo cierto que la doctrina constitucional sobre este art. 627 LECrim., ha impuesto la audiencia obligatoria del procesado, sosteniendo que «procede integrar lo mandado en el art. 627, norma de origen pre-constitucional, con las garantías resultantes del artículo constitucional citado [el 24 CE], que incluye la igualdad de armas entre las partes y, por tanto, y en este caso, el traslado a los procesados en los mismos términos que los previstos en el art. 627 para el Ministerio Fiscal y querellantes si los hubiere» (STC 66/1989, de 17 de abril).

La Ley 13/2009, para la implantación de la nueva Oficina Judicial, ha aprovechado esta reforma para dar expreso refrendo legal a lo que, por mandato del Tribunal Constitucional, era ya una práctica generalizada en los Tribunales de Justicia. Y si bien no ha entrado aún en vigor, no puede desconocerse la aludida doctrina constitucional al respecto, ya declarada desde 1989, y seguida,

como decimos, en la operativa procesal de las Audiencias.

Analizaremos ahora la segunda vertiente de esta queja casacional. Nos referimos a la proposición de pruebas de la defensa (...).

Del estudio de la causa, resulta que mediante Auto de fecha 23-12-2008 (folios 87 y 88), se denegaron todos los aludidos medios probatorios, por no ser los propuestos «testigos sumariales», o por tratarse, en suma, de prueba «reiterativa» y «superflua», y con respecto a la pericial, igualmente se denegó por ser la credibilidad del acusado o víctima, propia del Tribunal, lo que es cierto, pero no de los demás aspectos solicitados, sobre los que guarda la resolución judicial absoluto silencio.

Ciertamente, frente a esta resolución no cabe recurso alguno, como disciplina el art. 659 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, salvo el de casación, consignando la oportuna protesta.

Esta regulación debiera ser objeto de atención por el legislador. La Ley 13/2009, de implantación de la nueva Oficina Judicial, que aún no ha entrado en vigor, únicamente se ocupa de modificar el párrafo 5.º de este artículo 659 y añadir un 6.º y un 7.º, relativos al señalamiento de la causa para juicio oral.

En el escrito de proposición de pruebas (art. 656), únicamente se exige que el Ministerio Fiscal y las partes manifiesten en sus respectivos escritos de calificación las pruebas de que intenten valerse, presentando listas de peritos y testigos que hayan de declarar a su instancia. Y repetimos, la única exigencia es que en tales listas se expresen sus nombres y apellidos, el *apodo*, si por él fueren conocidos, y su domicilio o residencia; manifestando además la parte que los presente si los peritos y testigos han de ser citados judicialmente o si se encarga de hacerles concurrir.

Sería conveniente que, como ha ocurrido en este caso, la parte tuviera el deber de expresar la razón o motivos por los cuales desea proponer a un testigo o perito, a fin de

que el Tribunal valore las condiciones de pertinencia y necesidad probatoria, lo que debiera incluirse como requisito por el legislador. E igualmente, que ante su denegación, se posibilitara un recurso previo a la casación, para evitar los inconvenientes de tener que declarar la nulidad del juicio oral, en esta sede casacional, con rasgos procesales —en muchas ocasiones— de falta de proporcionalidad en la adopción de tal medida. De ser ello posible, el recurrente podría combatir las razones de la Audiencia, y ésta tener la oportunidad de reconsiderar su negativa, toda vez que está en juego nada menos que el derecho de defensa, de rango constitucional, que a todo acusado le permite proponer el cuadro probatorio que juzgue necesario para proteger sus intereses. De otro lado, la simple protesta que se interesa de la parte, ha sido interpretada por esta Sala Casacional como incluida en cualquier *acto de discrepancia* con tal resolución a lo largo del proceso penal, en cualquier fase ulterior, y —claro es— en el seno del propio juicio oral, como aquí se articuló. Por lo demás, cuando de apelaciones procedentes del Tribunal del Jurado se trata, no podemos olvidar como signo interpretativo, que el art. 846 bis c) nos dice que, cuando la impugnación se formalice por haberse incurrido en el procedimiento o en la sentencia dictada, en quebrantamiento de las normas y garantías procesales, que causaren indefensión, bastará que se hubiere efectuado la oportuna reclamación de subsanación, añadiendo que «esta reclamación no será necesaria si la infracción denunciada implicase la vulneración de un derecho fundamental constitucionalmente garantizado». Y claro que el derecho de defensa y la proposición de pruebas, en los términos con que se expresa el art. 24.2 de nuestra Carta Magna: derecho «a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa», constituye un derecho fundamental constitucionalmente garantizado. De modo que si tal reclamación no es necesaria en el ámbito de aquel proceso, este criterio legal debe inspirar el nuestro, en

el recurso de casación. Y de otro lado, vemos que ha existido esa voluntad de combatir este aspecto, al comienzo del juicio oral, referido a la práctica probatoria en la instrucción, a los efectos dispuestos en el art. 627 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que han de traducirse igualmente a la práctica en el plenario.

De modo que el motivo será estimado desde esta última perspectiva. En efecto, toda parte —y con más razón la defensa— tiene derecho a practicar a su instancia las pruebas conducentes a la protección de sus intereses legítimos, sin que pueda producirse indefensión. La restricción de testigos admisibles al plenario, como a los estrictamente sumariales, que fue el criterio de la instancia, carece de toda base razonable. Podrán ser los testigos tanto *sumariales*, como *no sumariales*. Además, obsérvese que aquí el razonamiento de la Audiencia entraña un círculo vicioso y cerrado. No se permite, primeramente, a la parte alegar lo conducente a su conformidad con la conclusión sumarial, incumpléndose la doctrina constitucional acerca de la interpretación del art. 627 de la Ley de ritos, y a renglón seguido, no se permite tampoco la práctica de los testigos propuestos, porque no son «sumariales». La indefensión es patente: o lo uno, o lo otro. Lo propio ocurre con la documental o las periciales propuestas. De manera que apreciándose el quebrantamiento de forma, junto a la vulneración constitucional del derecho de defensa, y de conformidad con lo previsto en el art. 901 bis a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, este Tribunal Supremo ha de declarar haber lugar a tal queja casacional, y ordenar la devolución de la causa al Tribunal de que proceda, para que, reponiéndola al estado que tenía cuando se cometió la falta, la sustancie y termine con arreglo a derecho. Lo que aquí traducimos, para evitar dilaciones indebidas, al momento de admisión de las pruebas propuestas por la defensa, con celebración, en su caso, de un nuevo juicio por magistrados diferentes a los que formaron Sala.

Sentencia 1199/2009, Sala de lo Penal del TS, de 23 de noviembre de 2009

DILACIONES INDEBIDAS. ATENUANTE ANALÓGICA

Arts. 24.2 CE; 21.6 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer**

SÍNTESIS

Se resume la doctrina general sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y la justificación como remedio a su vulneración de la aplicación de la atenuante analógica, aspecto este último respecto del que se formula voto discrepante que también se reproduce.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El primer motivo se basa, al amparo del art. 5.4 LOPJ y 24.2 CE, en la vulneración el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y sin dilaciones indebidas.

1. Reclama el recurrente la aplicación de la atenuante, sin efectos privilegiados, del art. 21.6.^º CP, en atención a que el juicio acabó en 7-2-2008 y desde entonces transcurrió casi un año hasta que, en 19-12-2008, fue dictada sentencia.

2. Como precisan las SSTs de 28-4-2008, núm. 179/2008, y de 19-9-2008, n.º 569/2008, hay que recordar que esta Sala acordó, en el Pleno celebrado en fecha de 21 de mayo de 1999, seguido en numerosas sentencias posteriores, como las de 8 de junio de 1999, 28 de junio de 2000, 1 de diciembre de 2001, 21 de marzo de 2002, etc., la procedencia de compensar la entidad de la pena correspondiente al delito enjuiciado, mediante la aplicación de la atenuante analógica del artículo 21.6.^º del Código Penal, en los casos en que se hubieren producido en el enjuiciamiento dilaciones excesivas e

indebidas, no reprochables al propio acusado ni a su actuación procesal. Dando con ello cumplida eficacia al mandato constitucional que alude al derecho de todos a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE).

Ese derecho al proceso sin dilaciones, viene configurado como la exigencia de que la duración de las actuaciones no exceda de lo prudencial, siempre que no existan razones que lo justifiquen. O que esas propias dilaciones no se produzcan a causa de verdaderas «paralizaciones» del procedimiento o se debieran al mismo acusado que las sufre, supuestos de rebeldía, por ejemplo, o a su conducta procesal, motivando suspensiones, etc. Semejante derecho no debe, así mismo, equipararse a la exigencia de cumplimiento de los plazos procesales legalmente establecidos.

La jurisprudencia de la Sala (Cfr. STS de 5-5-2008, núm. 165/2008) viene reiterando desde la decisión del Pleno de 1999, que las dilaciones indebidas conllevan la lesión de un derecho fundamental que debe ser compensado en la pena a imponer, de tal manera que la privación de derechos que implica la

pena guarde proporción con la gravedad de la culpabilidad por el hecho.

La «dilación indebida» es, por tanto, un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, es el mismo injustificado y constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable (S.^a del TC 133/1988, de 4 de junio, y del TS de 14 de noviembre de 1994, entre otras). Y así, los factores que han de tenerse en cuenta son 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.

3. En el presente supuesto, se revela como indiscutible a partir del contenido de las propias actuaciones que, para un enjuiciamiento de tan escasa complejidad como el que nos ocupa, habiéndose incoado el procedimiento en octubre de 2005 y dictado sentencia en 19 de diciembre de 2008, se ha tardado más de tres años en concluirlo, dándose, además, la particularidad de que, acabada la vista en 6 de febrero de 2008, ha habido una dilación de más de diez meses en dictar la correspondiente sentencia lo que, en principio, supone la vulneración del derecho a un juicio en «plazo razonable» (Cfr. STS de 19-11-2007, n.º 968/2007), que consagran expresa y específicamente, más allá del concepto mismo de la inexistencia de dilaciones indebidas, los Convenios supranacionales [arts. 6.1 CEDH y 14.3.c) PIDCP] suscritos por nuestra Nación.

Consecuentemente, la duración del proceso ha sido claramente excesiva (la sentencia de instancia, tan sólo trata de justificarse alegando un indeterminado «*ingente cúmulo de asuntos de preferente atención*») y, por lo tanto, según la doctrina expuesta, debe ser apreciada la compensación de la grave-

dad de la culpabilidad en la pena impuesta, debiéndose admitir la atenuante analógica de dilaciones, incluíble en el art. 21.6.^a CP, con los efectos, previstos en el art. 66, regla 2.^a CP, que se señalarán en segunda sentencia, dada la concurrencia —por lo que se refiere a este recurrente— de las otras dos atenuantes ordinarias de toxifrenia y análoga de confesión, estimadas, tal como postula el Ministerio fiscal que apoya el motivo. Procediéndose, de acuerdo con su solicitud, a poner la dilación en conocimiento del CGPJ, a efectos de averiguación y depuración, en su caso, de lo acontecido.

En consecuencia, el motivo ha de ser estimado.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. MANUEL MARCHENA GÓMEZ, EN LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 1019/2009

Mi discrepancia con el criterio mayoritario se centra, de forma exclusiva, en la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas, en su calidad de atenuante analógica (art. 21.6 CP). Soy consciente de los esfuerzos interpretativos que ha hecho esta misma Sala para ofrecer un tratamiento jurídico adecuado a la vulneración de un derecho de rango constitucional proclamado en los arts. 24.2 de la CE y 6 del Convenio de Roma. Nuestro acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 21 de mayo de 1999 es una buena muestra de la búsqueda de una fórmula jurídica satisfactoria que proporcione, de forma inmediata y apreciable, una compensación jurídica por el menoscabo que la respuesta jurisdiccional tardía añade a los males del proceso penal.

La solución consistente en la aplicación de una atenuante por analogía —pese a sus innegables dificultades— nos viene permitiendo reparar de forma directa y eficaz la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. A mi juicio, sin embargo, el reconocimiento de las ventajas de la fórmula jurídica que venimos proclamando

de manera reiterada, no nos debe impedir reconocer que nuestra solución no resuelve todas las manifestaciones de un problema complejo y que se escapa a una respuesta única.

Hasta ahora, por ejemplo, no hemos alumbrado una vía jurisprudencial para remediar los efectos nocivos del paso del tiempo cuando aquéllos, además de al imputado, han afectado a la víctima o al perjudicado que ejercen la acusación particular. Al margen de este aspecto —que ahora no es objeto de nuestra atención—, el supuesto que hoy nos ocupa es la muestra más elocuente de que la atenuante por analogía no proporciona cobertura para todos los casos que reclaman un resarcimiento, pese a que no falten precedentes de nuestra Sala que solucionan situaciones similares con el mismo criterio.

Según pone de manifiesto el recurrente, desde la fecha en que concluyó la vista y se inició el término para dictar sentencia, transcurrió casi 1 año hasta que aquélla fue pronunciada o, al menos, hasta que fue notificada a las partes.

Nuestro deseo de ofrecer una justa compensación al imputado no nos puede llevar al extremo de dar la espalda al fundamento dogmático que está en la esencia de la atenuante analógica, tal y como nuestra propia jurisprudencia la ha perfilado. Es cierto que el legislador ha admitido que circunstancias posteriores a la comisión del hecho puedan operar extinguiendo parte de la culpabilidad (art. 21.4 y 5 CP, atenuantes de confesión del hecho y reparación del daño). Y esta idea nos ha permitido integrar la análoga significación que impone el art. 20.6 del CP. También es cierto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia 15 de julio de 1982, *Caso Eckler*) aceptó la reducción de la pena como fórmula para compensar la vulneración de aquel derecho. Mi discrepancia no se centra tanto en la solución final cuanto en el fundamento técnico con el que, siempre y en todo caso, pretende justificarse esa rebaja de pena.

En mi opinión, las atenuantes que sirven para fundamentar la *análoga significación* con la injustificada ralentización del procedimiento, señalan una referencia cronológica que actúa, sin excepción, como obligado límite temporal. Así, mientras que la de confesión a las autoridades ha de producirse *antes de que el procedimiento judicial se dirija contra el culpable* (art. 21.4 CP), la reparación del daño causado a la víctima puede verificarse en cualquier momento del procedimiento, pero *con anterioridad a la celebración del juicio oral* (art. 21.5 CP).

Esa exigencia cronológica no es, desde luego, caprichosa. Entronca con la necesidad material de que los presupuestos fácticos de la atenuación —de aquélla y de cualesquiera otras— sean objeto de discusión y debate en el juicio oral. No son, pues, razones estrictamente sustantivas a la hora de fundamentar la procedencia de la *análoga significación* con otras atenuantes, sino que aquéllas también presentan una dimensión procesal que no merece ser despreciada. En efecto, la apreciación de una atenuación, cuyo hecho desencadenante se ha producido después de la formalización del objeto del proceso, superada ya la fase de conclusiones definitivas, encierra un entendimiento excesivamente audaz de los límites cognitivos de esta Sala al resolver el recurso de casación.

Considero, en definitiva, que ni en el plano sustantivo ni en el orden procesal, concurren razones que avalen una atenuación como la que ahora pretende el recurrente. Desde el punto de vista de su configuración sustantiva, la significación analógica desaparece cuando el hecho que genera la injustificada tardanza se ha producido, no ya antes del juicio oral, sino concluido éste y en el tiempo del que dispone el Magistrado ponente para dictar sentencia. En el ámbito estrictamente procesal, estimo que una atenuante cuyo sustento fáctico no se ha incorporado a las conclusiones definitivas, sino que surge de forma sobrevenida cuando ya el objeto del proceso ha sido formalizado, representa una quiebra de los principios ele-

mentales que definen nuestro ámbito cognitivo.

Me resulta muy difícil imaginar una solución, con arreglo al criterio mayoritario, para aquellos supuestos en los que la injustificada paralización se produjera, no ya en el período del que dispone el Tribunal de instancia para dictar sentencia, sino, por ejemplo, durante la tramitación del recurso de casación. ¿Estaríamos también obligados a compensar la indebida interrupción del procedimiento con una atenuante promovida por nosotros mismos? En la búsqueda de hi-

pótesis que refuercen las razones para mi desacuerdo, me planteo de qué forma podríamos reparar, a la vista del fundamento dogmático sobre el que basamos nuestra solución, aquellas dilaciones injustificadas que pudieran llegar a surgir, por ejemplo, durante la fase de ejecución.

Por cuanto antecede, considero que el motivo en el que se reivindica la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas, debería haber sido desestimado con arreglo al art. 885.1 LECrim.

Sentencia 1177/2009, Sala de lo Penal del TS, de 24 de noviembre de 2009

VIOLENCIA DE GÉNERO

Arts. 153.1 y 3 y 617 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo

SÍNTESIS

La sentencia de la Audiencia absuelve al condenado de la conducta prevista en el artículo 153 del Código Penal, condenándolo sólo por una falta de lesiones a la mujer, en un supuesto de agresión recíproca. El Tribunal Supremo mantiene el mismo criterio, del que discrepa un voto particular.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—La razón de ser y el origen del actualmente vigente art. 153 CP se encuentra, efectivamente, en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que modificó el precepto penal precisamente como una de las medidas encaminadas a luchar para erradicar el maltrato del hombre a la mujer en el marco de su relación conyugal o análoga, actual o pretérita, y que —como establece el art. 1.1 de la misma—, tiene por objeto actuar contra la vio-

lencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges...

Es importante subrayar que todas las disposiciones adoptadas por el legislador —entre ellas la modificación del art. 153 CP— tienen como fundamento y como marco de su desenvolvimiento, lo que el legislador ha denominado violencia de género, considerando el mayor desvalor de esta violencia en tanto que afecta a la igualdad, a la libertad, a

la dignidad y a la seguridad de las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja, «... porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa» (STC n.º 45/2009, de 19 de febrero), produciendo un efecto negativo añadido a los propios usos de la violencia en otro contexto (STC n.º 95/2008, de 24 de julio). Y es en esta misma resolución del Alto Tribunal donde se reitera que el ámbito donde la LO 1/2004, de 28 de diciembre y las medidas que en ella se adoptan, es el de la violencia de género al señalar que «la diferencia normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen, y a partir también de que tales conductas no son otra cosa... que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada».

Queda claro, de este modo, que no toda acción de violencia física en el seno de la pareja del que resulte lesión leve para la mujer, debe considerarse necesaria y automáticamente como la violencia de género que castiga el nuevo art. 153 CP, modificado por la ya tantas veces citada Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, sino sólo y exclusivamente —y ello por imperativo legal establecido en el art. 1.1 de esa Ley— cuando el hecho sea «manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer...».

Cabe admitir que aunque estadísticamente pueda entenderse que ésta es la realidad más frecuente, ello no implica excluir toda excepción, como cuando la acción agresiva no tiene connotaciones con la subcultura machista, es decir, cuando la conducta del varón no es expresión de una voluntad de

sojuzgar a la pareja o de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer colocando a ésta en un rol de inferioridad y subordinación en la relación con grave quebranto de su derecho a la igualdad, a la libertad y al respeto debido como ser humano en sus relaciones sentimentales.

Pues bien, todo lo expuesto avala la necesidad de que el acusado pueda defenderse de la imputación, proponiendo prueba en el ejercicio de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva a fin de acreditar las circunstancias concurrentes al realizar la conducta típica, así como el *animus* que impulsaba la acción, pues estamos ante un delito eminentemente doloso en el que —debe repetirse una vez más— la conducta típica debe ser manifestación de la discriminación, desigualdad, dominación y sometimiento que el sujeto activo impone sobre el sujeto pasivo, según el principio rector que informa la Ley Orgánica de la que emana el tipo delictivo.

Paralelamente, el Juez o Tribunal se encuentra en la misma obligación de respetar los mencionados derechos fundamentales del acusado, valorando la prueba practicada al efecto y verificando si concurren o no los elementos que confieran el delito.

Así lo ha hecho en el presente caso el Tribunal de instancia, resultando de la actividad probatoria el relato fáctico que figura en la sentencia objeto de este recurso de casación, al que hay que atenerse en todo su contenido, orden y significación para resolver el motivo formulado por el recurrente al amparo del art. 849.1.º LECrim. Y lo cierto es que en el *factum* no se describe una situación de maltrato habitual del acusado hacia su esposa (que, en todo caso constituiría el tipo del art. 173 CP, por el que no fue acusado ni por el Fiscal ni por la acusación particular), sino una única agresión por el acusado en el seno de una trifulca matrimonial inicialmente verbal «... que degeneró en una agresión física comenzada por ella, según su propia versión, al afirmar, haberlo agarrado por los pelos a él, quien en respuesta a su acción le propinó un cabezazo en la parte

superior de la nariz...» explica la sentencia en su fundamentación jurídica. Es decir, una agresión mutua pero iniciada por la mujer al agarrar del pelo al acusado que generó la reacción violenta de éste, reacción en la que no puede descartarse un componente de represalia, pero tampoco un modo de defenderse del ataque del que estaba siendo objeto.

En este escenario fáctico, y en sintonía con las consideraciones que han quedado consignadas en esta resolución, el Tribunal *a quo* rechaza la subsunción de los hechos probados en el tipo penal del art. 153 CP, señalando que éste obedece a una finalidad de la norma dirigida a otorgar la máxima tutela a aquellas personas que, dentro del ámbito familiar o doméstico, se ven sometidas a situaciones de discriminación y dominio por parte de los convivientes o ex convivientes, unas personas que, con alarmante frecuencia, vienen a engrosar las ya de por sí elevadas estadísticas de la violencia doméstica, pretendiendo, como reza en la propia exposición de motivos de la LO 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género cuando, luchar eficazmente contra las diversas manifestaciones de la relación desigual existente entre hombres y mujeres, por la que éstas se encuentran en una situación de subordinación, y articulando una serie de medidas destinadas a tal fin, como forma de dar respuesta firme y contundente contra este fenómeno a través de ciertos tipos penales específicos como el que aquí nos ocupa. Y partiendo de estas premisas, expone que «es posible excluir la aplicación de este tipo penal, y acudir en consecuencia a otro tipo de calificación únicamente en aquellos casos en que se demuestre que las circunstancias en que se desarrollaron los hechos fueron otras, como ocurre, por ejemplo, en los supuestos de maltrato o agresiones mutuos y de análogo alcance y consideración entre los dos miembros de la pareja, que excluyen la presencia de esa relación de dominación-subordinación, trasladando la conducta de

las previsiones específicas del 153 a la falta ordinaria del artículo 617.1 o 2 del Código Penal. Y esto es lo que ocurrió en el episodio enjuiciado donde, a raíz de la discusión existente entre el matrimonio, se produjo una agresión, durante la cual, según la versión de la mujer, primero ella lo atacó a él, agarrándolo de los pelos; y segundo, él a ella, dándole un cabezazo en la nariz, y después, agarrándolo ella de las muñecas, y arañándolo en los brazos».

Si, como hemos establecido líneas atrás, la aplicación del art. 153 requiere no sólo la existencia de una lesión leve a la mujer por parte del compañero masculino, sino también que esta acción se produzca en el seno de una relación de sumisión, dominación y sometimiento a la mujer por parte del hombre, esto es, de una discriminación de todo punto inadmisibles, habrá de ser el Tribunal sentenciador el que, a la vista de las pruebas practicadas a su presencia, oyendo con intermediación y contradicción a denunciante y denunciado y los testimonios de otros posibles testigos, el que establezca el contexto en el que tuvieron lugar los hechos, analizando los componentes sociológicos y caracteriológicos concurrentes a fin de establecer, mediante la valoración razonada de los elementos probatorios si el hecho imputado es manifestación de la discriminación, desigualdad y relaciones de poder del hombre sobre la mujer, u obedece a otros motivos o impulsos diferentes. Así lo ha entendido el Tribunal sentenciador excluyendo argumentadamente que la agresión mutua de marido y mujer se hayan producido en un ámbito de «violencia machista» en una conclusión valorativa ciertamente racional y razonada que esta Sala de casación carece de motivos para invalidarla.

Para finalizar, un comentario a la sentencia de esta Sala que invoca la parte recurrente en apoyo de su pretensión: en ella se dice que «La Audiencia argumenta que tal automatismo —la elevación de los hechos antes calificados como de falta y ahora de delito— no es posible, dado que podrían darse

situaciones, como las de pelea en situación de igualdad con agresiones mutuas entre los miembros de la pareja, que nada tendrían que ver con actos realizados por el hombre en el marco de una situación de dominio, y que impedirían aplicar la pluspunción contenida en el art. 153.1 CP por resultar contraria a la voluntad del legislador al no lesionar el complejo de intereses que dicho artículo trata de proteger». En función de tal razonamiento el Tribunal *a quo*, sanciona las lesiones como falta del art. 617.1 CP.

Pero el fundamento de la subsunción que hace el TS al aplicar el art. 153 CP radica en lo que la propia sentencia resalta al indicar que «la situación de dominio exigible en tales situaciones está, sin duda, íntimamente relacionada con los motivos que ocasionan el conflicto, la discusión o la agresión. Nótese que en el primero de ellos, como acertadamente expone el M.^o Público recurrente, la decisión del hombre de prohibir a la mujer salir a la calle con un determinado pantalón, o en segundo, la negativa de ella a mantener relaciones sexuales con su compañero, son expresiones de superioridad machista, como manifestación de una situación de desigualdad, en tanto suponen la imposición de la vestimenta o el mantenimiento forzoso de relaciones sexuales. En suma se pretende imponer una situación de sumisión en contra de las convicciones de nuestra sociedad, en la que la relación de pareja se rige por criterios de igualdad, tolerancia y respeto mutuo».

Es claro y patente que el escenario fáctico no es comparable en absoluto con el supuesto objeto de este recurso.

El motivo debe ser desestimado.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO.
SR. MAGISTRADO DON JULIÁN SÁNCHEZ
MELGAR, A LA SENTENCIA 1177/2009, DE 24
DE NOVIEMBRE, DICTADA EN EL RECURSO
DE CASACIÓN 629/2009

Respetuosamente discrepo de la decisión mayoritaria de la Sala, al desestimar el re-

curso de casación formalizado por el Ministerio Fiscal en este caso, que, a mi entender, lo era de violencia de género, producido por un encontronazo entre el marido —acusado— y su esposa, en el curso del cual, dentro de la discusión descrita en el *factum*, la mujer le agarra a su marido «por los pelos, a la par que él le propinaba un cabezazo a ella en la nariz, iniciándose un forcejeo entre ambos durante el cual, el procesado la sujetó por las muñecas mientras ella le arañaba en los brazos». Como consecuencia de estos hechos, la esposa sufrió lesiones consistentes en contusiones varias, dolores y discretos signos inflamatorios, que precisaron una primera asistencia facultativa, sin necesidad de tratamiento médico.

La sentencia recurrida condena al ex marido como autor de una falta de lesiones (del art. 617.1 del Código Penal) y le impone una medida de alejamiento, con prohibición de comunicación y acercamiento a su mujer por tiempo de seis meses.

El art. 153.1 del Código Penal, reformado por LO 1/2004, de 28 diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, dispone que «el que por cualquier medio o procedimiento causare... una lesión no definid[a] como delito en este Código,... cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia», será castigado como autor de este delito. Agravándose la penalidad en caso de ocurrir los hechos en el domicilio de la víctima (apartado 3), y con posibilidad (apartado 4), de imponer menor penalidad, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho (pena inferior en grado).

Aunque estoy de acuerdo en interpretar este precepto de conformidad con los postulados de la antedicha Ley Orgánica 1/2004, y entre ellos, entender la violencia de género como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, cuando se ejerce sobre éstas por parte de

quienes sean, o hayan sido, sus cónyuges o de quienes estén o han estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia, no es menos cierto que tal Ley, igualmente determina que la violencia de género comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones sexuales, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.

Ciertamente, al redactar el precepto comentado, el legislador, por las razones que sean, no ha trasladado esas manifestaciones de desigualdad, discriminación o relaciones de poder al propio tipo penal, de tal modo que únicamente se requiere causar, entre otros resultados, una lesión, no definida como delito en el Código penal para que adquiera esta consideración delictiva, cuando la ofendida sea o haya sido la esposa, que es el caso enjuiciado.

Que aquí se ha causado una lesión de esas características, está fuera de toda duda, porque la sentencia recurrida precisamente condena al acusado como autor de una falta definida en el art. 617.1 del Código penal.

Que el autor es criminalmente imputable y la conducta es típica y antijurídica, también está fuera de duda, pues no se le aplica ninguna suerte de atenuación por un comportamiento supuestamente defensivo —en otras palabras, no concurre la eximente ni completa ni incompleta de legítima defensa— y, es más, los jueces *a quibus* optan, a la hora de individualizar la sanción penal aplicable por la pena privativa de libertad, y no por la multa, legalmente prevista en mencionado precepto del Código penal.

Que existe cierto riesgo al menos de reiteración delictiva, se comprueba con la pena de alejamiento y prohibición de comunicación impuestas.

Y sobre el presupuesto de falta de desigualdad entre los cónyuges, que es la causa de no aplicación del tipo incluido en el art. 153.1 del Código penal, se razona en la sentencia recurrida, y se acepta por la nuestra, que lo es «en aquellos casos —como en éste— en que se demuestre que las circunstan-

cias en que se desarrollaron los hechos fueron otras, como ocurre, por ejemplo, en los supuestos de maltrato o agresiones mutuos y de análogo alcance y consideración entre los dos miembros de la pareja, que excluyen la presencia de esa relación de dominación-subordinación».

Desde mi punto de vista, este elemento de riña mutua, o acometimiento recíproco, no es suficiente para excluir la aplicación del tipo penal reclamado por el Ministerio Fiscal. Excluida la legítima defensa en cualquiera de sus grados, la acción conjunta y recíproca, diríamos en unidad de acto entre discusión y producción de lesiones mutuas, la comience cualquiera de ambos miembros de la pareja en su mutuo acometimiento físico, no impide, sin más, la consideración de la agresión ejercida por el varón a la mujer, recordemos unidos en pareja, o por razón de esa ligazón, de la comisión de un delito de violencia de género, que se define en mencionado precepto punitivo, de reciente incorporación a nuestro ordenamiento jurídico. Adentrarse por la vía de la interpretación valorativa en cada caso concreto enjuiciado acerca de cuándo existe desigualdad o relación de subordinación o dominación, o una situación de discriminación, exige un mayor componente de resultancias fácticas, que se encuentren muy acreditadas, más allá de la simple determinación de que una pelea mutua, o «trifulca matrimonial», si se quiere, neutraliza la aplicación de este tipo. Lo propio podríamos decir respecto a una supuesta desigualdad cultural, económica, educativa, juvenil, incluso resultante de componentes físicos, etc. El legislador ha tratado de objetivar la violencia de género a la ejercida por el varón sobre la mujer, en el ámbito de la pareja, y ello, al parecer, por razones estadísticas o históricas. No nos corresponde a nosotros el enjuiciamiento sobre el acierto de este componente sociológico, y es más, a pesar de las razonables dudas de constitucionalidad de una medida de discriminación positiva en el ámbito penal, el Tribunal Constitucional las despejó en sentido negativo, no sin posturas discrepantes en el seno

del mismo. Así las cosas, la interpretación del precepto, cuya aplicación se reclama por el Ministerio Fiscal, no admite, a mi juicio, y con todo el respeto a la decisión mayoritaria, internarse por esos caminos de una inexistente desigualdad cuando la agresión es mutua, como ocurre en este caso.

Sin embargo, era perfectamente posible la aplicación del tipo atenuado, en función de esas circunstancias, a que se refiere el apartado 4 del art. 153 del Código Penal, rebajando la penalidad en un grado.

En consecuencia, el motivo debió ser estimado.

Sentencia 1202/2009, Sala de lo Penal del TS, de 26 de noviembre de 2009

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Art. 24 CE

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

SÍNTESIS

Se resume la doctrina general sobre el contenido del derecho a la presunción de inocencia, cuyas exigencias fueron desconocidas por el tribunal de instancia.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—En el segundo de los motivos de la impugnación denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del recurrente.

El motivo será estimado. En una reiterada y pacífica jurisprudencia de esta Sala hemos concretado el contenido esencial del derecho y las facultades revisoras de los órganos jurisdiccionales encargados del conocimiento de los recursos cuando se invoca el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Así, hemos declarado (STS 175/2000, de 7 de febrero), que se vulnera el derecho fundamental a la presunción de inocencia cuando se condena sin pruebas, o éstas son insuficientes, o estas no son susceptibles de valoración, por su ilicitud o su irregularidad en la obtención y práctica de la

prueba. También cuando la motivación de la convicción que el tribunal expresa en la sentencia es irracional o no se ajusta a las reglas de la experiencia o de la lógica. Consecuentemente, el ámbito sobre el que se ejerce el control revisor del derecho fundamental que se invoca se contrae a comprobar que ante el tribunal de la instancia se practicó la precisa actividad probatoria; que ésta es susceptible de ser valorada, por su práctica en condiciones de regularidad y licitud previstas en la ley, concurriendo los requisitos de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción efectiva; que tiene el sentido preciso de cargo; que permite imputar a una persona, objetiva y subjetivamente, unos hechos por los que es acusado; y que la valoración de la prueba desarrollada por el tribunal de instancia es racional y lógica. El tribunal de instancia destaca en el fundamento undécimo de la sentencia los fundamentos de su

convicción sobre el hecho que declara probado: este recurrente, junto a otros, fue quien contrató la compra de la sustancia tóxica en el mes de febrero de 2006, sustancia que fue remitida a Palma de Mallorca en un paquete que fue intervenido y que contenía 2.963 gramos de cocaína. La prueba que valora el tribunal es, en primer lugar, su presencia en Madrid al tiempo de la contratación, sin que la versión para justificar esa presencia resulte al tribunal verosímil. Respecto a este elemento de convicción el tribunal no razona el juicio que emite sobre la justificación del viaje y se limita a decir que no es verosímil, argumentación que resulta insuficiente para afirmar el hecho de la imputación. Alude, además, como fundamento de su convicción, a las conversaciones telefónicas cuyas transcripciones obran a los folios 256 y siguientes «son conversaciones que revelan la estrecha relación entre ambos [el recurrente y el coimputado Adrián] en el ámbito del narcotráfico». El tribunal de instancia no reproduce esa conversación. De su lectura, incorporadas al enjuiciamiento no en su contenido literal sino en su sentido proporcionado desde la instrucción policial, no podemos extraer ninguna consecuencia

para la acreditación del hecho imputado. Por último, el tribunal destaca la conversación telefónica el recurrente con un tal Peliirrojo, identificado desde la investigación policial como el vendedor de la droga, conversación que tampoco se transcribe en sus contenidos incriminatorios y que obra a los folios 812 y siguiente, de la que sólo puede deducirse que ambos sujetos van a quedar porque al día siguiente van a realizar un viaje. No es posible deducir de ese acervo probatorio una participación en el hecho delictivo con el grado de convencimiento que requiere la condena penal. En definitiva, las conversaciones no se reproducen, ni siquiera los imputados son indagados sobre su contenido y el tribunal sólo afirma su convicción sobre su contenido críptico, argumentación que es insuficiente para afirmar el hecho de la imputación, pues no basta con afirmar un hecho, el empleo de un lenguaje oculto, sino que es preciso explicar por qué de la utilización de un lenguaje críptico, resulta racional su implicación en el tráfico, lo que el tribunal no realiza.

El motivo, por lo tanto debe ser estimado y procede dictar segunda sentencia absoluta de este recurrente.

Sentencia 1246/2009, Sala de lo Penal del TS, de 30 de noviembre de 2009

RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Arts. 147, 148, 174 y 175 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

SÍNTESIS

En un caso de torturas a cargo de la policía autonómica de Cataluña, la sentencia aborda distintos problemas, de los que destaca la consideración de si rompe la imputación objetiva de las lesiones en la acción de malos tratos la existencia de una previa enfermedad de la víctima.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...)

Respecto a la imputación objetiva en el delito de lesiones de la conducta realizada recordamos la doctrina consolidada de esta Sala sobre la relación con el resultado, a través de la imputación objetiva del resultado. Conforme a la misma y una vez comprobada la necesaria causalidad natural, la imputación del resultado requiere además verificar dos extremos:

1.º Que la acción del autor haya creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado.

2.º Que el resultado producido por dicha acción sea la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción.

Señalado lo anterior, la imputación objetiva se complementa en sus criterios de imputación cuando se actúa en un ámbito de riesgo permitido y también cuando se actúa para disminuir el riesgo, esto es cuando el autor realiza su acción que es causal a un resultado pero lo hace para evitar un resultado más perjudicial. Otros criterios de complemento surgen de lo que se ha denominado actuación confiada o actuación bajo el principio de confianza, cuando quien actúa lo hace en la confianza de que otros se mantendrán en el riesgo permitido, criterio de especial relevancia en actuaciones en el ámbito de la empresa y de pluralidad de actores. Por último, otros criterios surgen de lo que se ha denominado prohibición de regreso referida a situaciones en las que concurren otras situaciones previas puestas por quien no es garante de la evitación de un resultado.

El requisito de la concreción resultando en la acción, el segundo de los requisitos expuestos, también prevé criterios complementarios nacidos de la presencia de riesgos

concurrentes para la producción del resultado. En estos supuestos habrá de indagarse cuál es la causa que, efectivamente, produce el resultado y no podrá sostenerse la causalidad en los supuestos de «autopuesta en peligro», cuando es la víctima la que se expone a un peligro que promueve de su propia acción. También se ha discutido si la existencia de un hecho preexistente, como una enfermedad de la víctima, puede alterar la causalidad, siendo criterio consolidado el de negar la ruptura de la causalidad entre la acción y el resultado pues se trataría de concausas y habrá de estarse a la acción que efectivamente realiza el resultado. En el supuesto de acciones agresoras sobre personas con alguna enfermedad preexistente o con menores defensas, este hecho no evita que la efectiva causación del resultado prevenga de la agresión que desencadenó su producción, pues la causa preexistente no produciría el resultado.

Reproducimos nuestra jurisprudencia en este sentido. 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 octubre y 448/2003, de 28 de marzo y de forma más categórica la reciente STS 891/2008, de 11 de diciembre, sostiene que la jurisprudencia no ha acogido una teoría individualizadora de la causalidad. Por el contrario, es de suponer que a través de la fórmula «el que es causa de la causa es causa del mal causado» (SSTS de 14-2-1984; 23-6-1990; 12-12-1931; 23-11-1940; 27-6-1953, entre otras) ha dado cabida a la aplicación de la teoría de la equivalencia de condiciones que excluye, por principio, la interrupción del nexo causal, toda vez que todas las condiciones serían equivalentemente causales. En todo caso, no parece que la jurisprudencia haya distinguido entre causas inmediatas y mediatas, porque es claro que consideró que las condiciones preexistentes no eliminan la

relación de causalidad. Por el contrario, en nuestros precedentes sólo es admitida una eliminación de la causalidad en el supuesto de «interferencias extrañas» entre la acción y el resultado. En este sentido se ha dicho que «la existencia de predisposición de la víctima para reaccionar con menos defensas (...) no tiene aptitud para eliminar la imputación objetiva» (STS núm. 593/1997, de 28-4-1997) y que «una enfermedad padecida por la víctima o su especial débil constitución física» no son accidentes extraños, como tampoco lo son «las denominadas concausas preexistentes» (SSTS 574/1997, de 4-7-1997 y 278/2000, de 24-2-2000). También se ha dicho en nuestros precedentes que si concurre «una determinada enfermedad de la víctima, ello no interfiere en la posibilidad de una imputación objetiva» (STS 30/2001, de 17-1-2001) y que «una tardía asistencia médica no puede eliminar la relación de causalidad» (STS 966/2003, de 4-7-2003).

Todo ello permite resumir el punto de vista de la jurisprudencia en el sentido de establecer la causalidad natural sobre la base de la *conditio sine qua non*, aunque limitando normativamente la imputación del resultado producido exigiendo que se trate de la concreción del riesgo creado o de su incremento más allá de los límites permitidos, excluyéndola también cuando hayan intervenido condiciones del mismo que, como interferencias extrañas, aumenten inesperadamente el potencial causal de la acción, de tal forma que dicho resultado ya no sea la concreción del peligro generado por la conducta del autor.

De lo expuesto resulta la causalidad entre los golpes que recibió la víctima y el resultado producido, sin que la enfermedad del perjudicado rompa el curso causal desde las agresiones realizadas.

Por otra parte, en el supuesto de autos la discusión que pretende es, en cierta manera estéril, pues los acusados conocían, cuando actuaron, que el perjudicado presentaba una enfermedad que la hacía más débil a la realización de conductas como las que se descri-

ben en el hecho probado. Ese conocimiento permite adecuar su conducta a la realidad por lo que los acusados activaron las previsibles consecuencias de su acción.

(...)

Para la resolución del motivo opuesto hemos de recordar, en primer término, que los funcionarios policiales, funcionarios de policía judicial son técnicos conocedores de la normatividad que exigen las injerencias domiciliarias por razón de delito. Salvo los casos de delito flagrante, en cuya comprensión la jurisprudencia de esta Sala y la del Tribunal Constitucional tienen una consolidada jurisprudencia que concreta las posibilidades de actuación en un delito flagrante, las posibilidades para acceder y registrar parten de una autorización judicial, con la que obviamente no contaban, o la autorización del morador, con unos requisitos de actuación que no se dispusieron. La jurisprudencia de esta Sala ha dispuesto de especiales prevenciones que por su consolidación son de público y general conocimiento, como complemento de la ley, en todo caso, de obligado conocimiento por quienes son técnicos en el desarrollo de injerencias domiciliarias, por lo tanto, de las garantías legales y constitucionales de los titulares afectados por las injerencias que realizan en la investigación de hechos delictivos que les corresponde.

Sostienen los recurrentes, y este es el fundamento de su impugnación, que la mujer que había prestado consentimiento a la entrada de los funcionarios policiales no se opuso al registro, por lo que de conformidad con el art. 551 de la Ley procesal, el registro fue autorizado, consentimiento presunto, y, en todo caso, los policías pudieron creer fundadamente que estaba autorizado por la mujer del imputado.

El motivo se desestima. El registro adolece de tres defectos esenciales para la correcta realización de la injerencia domiciliaria. En primer lugar el relativo a la autorización para su realización. En segundo término, el de la falta de presencia del interesado detenido en la realización de la injerencia. Ade-

más, la ausencia de una documentación de la injerencia domiciliaria lo que imposibilita la posibilidad de control.

Respecto al consentimiento para la realización del registro, la Ley procesal permite la realización de la injerencia domiciliaria, además de los supuestos de flagrante delito o de autorización judicial, en los supuestos de contar con el consentimiento del titular. El art. 551 regula un consentimiento presunto que se producirá cuando el requerido por la fuerza instructora ejecuta por su parte actos necesarios que de él dependan para que pueda tener efecto, sin invocar la inviolabilidad del domicilio. Este precepto ha sido interpretado en la jurisprudencia de forma restrictiva en consonancia con el hecho de que los derechos fundamentales no existen ni desaparecen en función de que los ciudadanos titulares de los mismos los invoquen, pues no se rigen por el principio dispositivo.

La Constitución ordena a los poderes públicos su defensa y respeto, por lo que los consentimientos tácitos o presuntos deben ser interpretados restrictivamente. La jurisprudencia ha considerado que el consentimiento consiste en un estado de ánimo concreto en virtud del cual la persona interesada, ante una situación concreta que las circunstancias le presentan, accede al registro porque soporta, permite, tolera y otorga, inequívocamente, que ese acto tenga lugar. (SSTS 1-4-1996, 4-3-1999, 183/2005, de 18 de febrero).

Son requisitos de la injerencia realizada con consentimiento del titular el que sea otorgado por persona capaz; que sea otorgado de forma consciente y libre, lo que requiere que en la prestación del consentimiento no medie ninguna situación que afecta a la libertad de su emisión, como miedo, intimidación, engaño, etc. y que, en el supuesto de que el interesado se encontrara detenido, la prestación del consentimiento ha de ser en presencia de Letrado, pues se trata de una declaración personal para cuya prestación ha de ser asistido de Letrado (STS 2-12-1998, 2-7-1993, 8-7-1994 y

SSTC 196/87, 252/94); además, el consentimiento puede ser oral o escrito, pero en el primer supuesto ha de documentarse por escrito para su constancia. El consentimiento ha de ser prestado expresamente, pues aunque la Ley procesal regule sólo el consentimiento presunto este precepto ha de ser interpretado restrictivamente porque el consentimiento tácito ha de constar de modo inequívoco y la duda sobre el consentimiento presunto hay que resolverla a favor de la no autorización, en virtud del principio *in dubio pro libertas* y el criterio del Tribunal Constitucional de interpretar siempre las normas en el sentido más favorable a los derechos fundamentales de la persona, en este caso del titular de la morada (SSTS 5-3 y 3-10 de 1996, 7-3-97, 26-6-1998). Del examen de los autos, resulta que la única probanza sobre el que los recurrentes apoyan el consentimiento es el escrito de denuncia en el que la mujer del detenido manifiesta (folio 12) «me han preguntado si pueden entrar en casa y si quería colaborar. Yo, asustada les he dicho que sí». No hay ninguna otra expresión del consentimiento que se dice concurrió, y que la mujer del detenido lo niega y del que no hay constancia alguna, conforme exige la jurisprudencia de esta Sala en una reiterada jurisprudencia de la que el propio recurrente se hace eco al recordar que el problema de si hubo o no consentimiento ha de ser interpretado de manera restrictiva, al tiempo que alude al análisis de los hechos anteriores, posteriores y coetáneos para indagar la existencia del consentimiento, extremo que, del análisis de la causa, propiciado por el art. 899 de la Ley procesal, no permite constatar la existencia de ese consentimiento.

De otra parte la diligencia de injerencia domiciliaria requiere la presencia del interesado, estableciendo el art. 569 de la Ley procesal un régimen de sustitución del interesado en caso de que no fuera hallado. En el caso de que el interesado se encontrara detenido, su presencia es inexcusable por cuanto su condición de interesado, art. 569

es doble, como titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio y como interesado en el ejercicio de su defensa en el proceso penal en el que se realizara la diligencia de entrada y registro. En la STS 163/2000 de 11 de febrero, 1944/2002, de 9 de abril de 2003 se afirma que la presencia del detenido interesado en la diligencia es obligada y su ausencia determina la nulidad absoluta de la injerencia, «nulidad absoluta e insubsanable» al tratarse de una prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales.

Los recurrentes, también en esto coinciden con el recurrente Luis Antonio, insinúan que el tribunal de instancia ha procedido de forma poco rigurosa en la exigencia de la precisa actividad probatoria sobre la existencia del consentimiento justificador de la injerencia. Sin embargo, como hemos puesto de manifiesto, el consentimiento que justifica la injerencia por parte de la policía aparece rodeado de unos requisitos, anteriormente expuestos, que surgen de la propia necesidad de respetar el contenido esencial del derecho fundamental afectado por la injerencia, precisamente en supuestos como el que constituye el objeto de esta casación, en la que la persona que lo presta ni es enteramente libre, dada la situación de la que ha sido testigo respecto a su marido, el cual se encuentra preso cuando es demandada para colaborar con la policía. Por otra parte, la mujer del detenido manifestó que no fue indagada sobre si podían realizar el registro (abrir el armario) y que la vivienda fue abierta con las llaves de su marido en poder de la policía, extremo que es admitido por los funcionarios policiales que en el juicio oral admitieron que cogieron las llaves de entre los efectos personales del detenido a requerimiento del jefe del grupo. Además, en supuestos como el presente en los que el interesado principal, no sólo porque es morador, sino también por el interés en su propia defensa en un hecho en el que aparece como imputado, ni ha prestado consentimiento, ni ha asistido a su realización, pese a la disponibilidad existente para realizar la

diligencia conforme establece la Ley procesal. La sentencia de instancia ha expuesto las dudas sobre la autorización vertida por la mujer del detenido a la entrada, solo a la entrada que entiende concurrente en aplicación de la duda que favorece a los acusados, pero considera que no existió autorización, ni consentimiento, en los términos examinados, para la realización del registro.

Esta es la doctrina consolidada de la jurisprudencia sobre el consentimiento y la necesidad de presencia del detenido. En orden a la notoriedad de estos criterios de interpretación del art. 551 de la Ley procesal, no está de más recordar los «Criterios para la práctica de diligencias por la policía judicial», elaborados por la Comisión Nacional de Policía Judicial (Acuerdo 4 de febrero de 1999 y 2 de abril 2003) en el que han colaborado las distintas instituciones responsables de las fuerzas y cuerpos de seguridad con competencias en materia de policía judicial, entre ellas el Departamento de Gobernación de la Generalitat de Catalunya, que, en su publicación de 2003, pág. 16, señala al abordar la diligencia de entrada y registro con autorización del titular que «el consentimiento no se presume nunca. Si hay dudas sobre su existencia, la interpretación se inclinará siempre en la forma más favorables para el titular domiciliario». Al tiempo, aconseja la forma de redacción del consentimiento, a ser posible redactado de puño y letra por el propio autorizante y en presencia de testigos, o en el supuesto de estar detenido con asistencia de un abogado dada la naturaleza de acto personal de la prestación del consentimiento.

La elaboración de los Criterios de actuación, anteriores a 1999, parten de la recepción de la interpretación de los preceptos legales por el Tribunal Supremo, órgano supremo en la interpretación de la ley ordinaria, y del Tribunal Constitucional, de la norma constitucional, y en este apartado es de obligado conocimiento para quienes participan, como técnicos, en la actuación de injerencias legales sobre derechos fundamenta-

les, sin que pueda argüirse su desconocimiento en la materia, por quien es garante de su observancia.

Además, la tipicidad del delito no resulta sólo de la realización del registro domiciliario sin observancia de las exigencias jurisprudencialmente señaladas y que afectan a la legalidad de la injerencia, sino también del hecho de que de su realización no hay constancia alguna en las diligencias documentadas en el atestado. En este sentido, y como dijimos en la STS 626/2007, de 5 de julio, el atestado policial debe contener cuantas diligencias se hayan practicado en averiguación de un hecho delictivo objeto de la investigación así como las injerencias en derechos fundamentales que se hubiesen acordado, pues toda injerencia ha de hacerse constar documentalmente al pertenecer al ámbito de su contenido esencial el control de su realización.

En el supuesto objeto de la censura casacional, la realización del registro es un hecho acreditado, como queda dicho, por la testifical plural de las víctimas y de testigos

ajenos a los hechos de la indagación policial, y es un hecho admitido en las impugnaciones que, no obstante, arguyen su realización observante de la legislación procesal. Sin embargo, no existe constancia documental de su realización lo que es sugerente de una intención de ocultar una anómala actuación policial, conscientes de la ilegalidad en la que se había incurrido, quizás, como se sugiere en la sentencia impugnada en su fundamentación, «para justificar el craso error que a esas alturas ya imaginaban que habían cometido» rebuscando efectos que permitieran una imputación de un hecho, como también es razonable inferirlo de las preguntas a los testigos sobre la condición de prostitutas, en definitiva, buscando una posible responsabilidad penal del morador de la casa, en ese momento detenido en dependencias policiales. Esa argumentación racional sobre la ausencia de documentación del registro permite la subsunción en el tipo penal, no sólo por las irregularidades en su realización, también por la falta de documentación de la injerencia.

Sentencia 1240/2009, Sala de lo Penal del TS, de 2 de diciembre de 2009

MULTA PROPORCIONAL. INFERIOR EN GRADO

Arts. 66 y 70 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

SÍNTESIS

También la multa proporcional ha de ser rebajada, allí donde sea preceptivo, en uno o dos grados, aplicándose por analogía lo previsto en el artículo 70 del Código Penal, de acuerdo con la doctrina del Pleno no jurisdiccional de 22 de julio de 2008.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

3.—(...)

Sí resulta obligado, en cambio, atendiendo a la alegación del Ministerio Fiscal, proceder a la rebaja de la pena de multa que, como es lógico, también queda afectada por la degradación de la pena derivada de la apreciación de dos atenuantes (art. 66.1.2 CP). Así lo ha estimado esta Sala, que en reiteradas ocasiones ha precisado que en las penas conjuntas el aumento o disminución del grado de la pena debe alcanzar a la totalidad de ella, privación de libertad y multa (cfrs. SSTs 1808/1992, 21 de julio, 20 di-

ciembre 1983 y 22 enero 1986). Esta reducción de su cuantía también afecta a las penas de multa fijadas con arreglo a un criterio proporcional, conforme se entendió en el acuerdo de Pleno no jurisdiccional celebrado el día 22 de julio de 2008, en el cual se afirmó que el grado inferior de la pena de multa proporcional podrá determinarse mediante una aplicación analógica de la regla prevista en el art. 70 del CP. La cifra mínima que se tendrá en cuenta en cada caso será la que resulte una vez aplicados los porcentajes legales.

Por cuanto antecede, procede la estimación parcial del motivo, con el efecto que se precisa en nuestra segunda sentencia.

Sentencia 1190/2009, Sala de lo Penal del TS, de 3 de diciembre de 2010

PRUEBA DE ADN. RECOGIDA DE MUESTRAS

Arts. 326, 363 y 345 LECrim.

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

SÍNTESIS

Se ocupa la sentencia de diversas cuestiones relativas a la prueba de ADN destacando la aplicación a esta diligencia de la solución acordada en su día por las intervenciones telefónicas en el acuerdo plenario de 26 de mayo de 2009.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—El motivo primero por infracción de ley al amparo del art. 849.2 LECrim. por inexistencia de pruebas de cargo suficientes para enervar la presunción de inocencia basada en los propios documentos en autos y cuyo contenido ha de pasar a inte-

grar el *factum* de la sentencia impugnada, documentos tales como las diversas diligencias de prueba practicadas, de cuyo examen se deduce una absoluta falta de pruebas suficiente para desvirtuar la propia presunción de inocencia del recurrente, dado que la única prueba que permite asegurar la presencia de éste en el lugar de los hechos es una lata

de cerveza que presuntamente se había bebido tras cometer los hechos y que fue hallada en el cubo de basura de la vivienda, la cual, tras haber sido analizada, presentó rastros de ADN del procesado, pero no existe ningún elemento fáctico que permita asegurar sin ningún género de duda, en primer lugar que dicha lata estuviese en el lugar de los hechos cuando éstos tuvieran lugar. La vivienda no fue preservada sino que durante dos días el escenario del crimen fue contaminado debido a una continua entrada y salida de gente de la misma, y en segundo lugar y en directa correlación con lo anterior, tampoco se puede asegurar que la lata de cerveza analizada, cuyos resultados fueron determinantes a la hora de condenar al recurrente, fuese la misma que se intervino en la casa de la víctima, por los hechos y circunstancias que se exponen, debe ser analizado conjuntamente con (sic) El motivo segundo por infracción de Ley al amparo del art. 849.2 LECrim. por evidente nulidad en las actuaciones que condujeron a la obtención ilícita de las pruebas de cargo existentes e infracción de la presunción de inocencia, art. 24 CE.

Alegando en síntesis: que la lata de cerveza hallada en el cubo de basura de la víctima el 6-9-2007 no consta que fuese precintada, ni acta del Secretario Judicial, no llegando al juzgado hasta el 3-10-2007, y dicha evidencia se pierde hasta que el 16-10-2007 consta su entrada en Madrid, por lo que no ha quedado acreditada debidamente la cadena de custodia; que se procedió a realizar un registro en la vivienda del recurrente sin haber contado con la preceptiva autorización judicial al no constar en autos el auto del juzgado de Instrucción n.º 6 que autorizó el registro; que al recurrente se le extrajo una muestra de ADN en las propias dependencias policiales, sin que este expresase su consentimiento previo, ni los agentes actuantes contasen con la preceptiva autorización judicial, ni estuviese presente un Letrado que asistiese al detenido.

(...)

Segundo.—Asimismo habrá que analizar las objeciones expuestas por el Ministerio Fiscal al impugnar ambos motivos, dado que en la instancia el recurrente no planteó la nulidad de ninguna de las diligencias practicadas en la instrucción por lo que la ilicitud que se formula en el presente recurso *ex novo*.

Ciertamente el ámbito de la casación debe constreñirse a las cuestiones que fueron planteadas en la instancia por las partes en sus escritos de conclusiones, pero no alcanza a cuestiones nuevas que, pudiéndose haber planteado temporalmente afloran en este trámite. Así en el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 24-9-1997 se acordó que las vulneraciones de derechos constitucionales deberán alegarse previamente ante el Tribunal juzgador, como requisito previo para que luego puedan esgrimirse ante el Tribunal Supremo como motivos de casación, salvo —como es obvio— que la vulneración se haya producido en la misma sentencia (SSTS 344/2005 de 18-3, 545/2003 de 15-4, 1256/2002 de 4-7).

Este criterio, como señala la STS 707/2002 de 26-4, se fundamenta esencialmente en dos razones: una referida a los principios del proceso penal y otra a la naturaleza del recurso de casación, pero que están íntimamente relacionadas. Respecto de la primera se señala que la aceptación de cuestiones nuevas en la casación obligaría al Tribunal Supremo a decidir, por primera vez y no en vía de recurso, sobre temas que no fueron discutidos en el plenario ni, por tanto, aparecen expresamente razonados y resueltos en la sentencia de instancia, no habiéndose sometido a la debida contradicción. Respecto de la segunda se argumenta que es consustancial al recurso de casación, dada su naturaleza de recurso devolutivo que el mismo se circunscriba al examen de los errores legales que pudo cometer el tribunal de instancia al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que quepa *ex novo* y *per saltum* formular alegaciones relativas a la aplicación o interpretación de preceptos sustantivos no invocados, es decir

sobre cuestiones jurídicas no formalmente planteadas ni debatidas por las partes. En todo caso, esta Sala necesita resolver siempre sobre aquello que antes ha sido resuelto en la instancia, tras el correspondiente debate contradictorio, con la salvedad antes dicha de que la infracción contra la que se recurre se haya producido en la misma sentencia (STS 1231/2002 de 1-7), pues en caso contrario, el Tribunal de casación estaría resolviendo por primera vez, es decir, como si actuase en instancia y no en vía de recurso, sin posibilidad de ulterior recurso sobre lo resuelto en relación con estas cuestiones nuevas (SSTS 1256/2002 de 4-7, 545/2003 de 15-4).

Ahora bien dado que la misma jurisprudencia admite, no obstante, dos excepciones a este criterio, en primer lugar, cuando se trata de infracciones de preceptos penales sustantivos cuya subsanación favorezca al reo (por ejemplo la apreciación de una circunstancia atenuante) y que puedan ser apreciadas sin dificultad en el trámite casacional porque la concurrencia de todos los requisitos exigibles para la estimación de la misma, conste claramente en el propio relato fáctico de la sentencia impugnada; y en segundo lugar, cuando se trata de infracciones constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión, supuesto éste en que podrían encuadrarse algunas de las cuestiones planteadas, considera esta Sala conveniente pronunciarse sobre las mismas.

A) Recogida de la lata de cerveza por la Policía, sin levantarse acta ni intervención del secretario judicial. Cadena de custodia.

Como ya dijimos en SSTS 1337/2005 de 26-12 y 1281/2006 de 27-12 no es precisa la intervención de Secretario judicial en la inspección ocular realizada por la Guardia Civil. La Policía Judicial tiene por imperativo constitucional, art. 126, 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 auto-

ría, 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 LE criminal 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 LE-Crim. atribuyen a la Policial Judicial y el art. 11.1.g) de la LO 2/1986 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, etc... 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 cuanto que no se levantara acta de la diligencia de ocupación de la lata y no estuviera presente secretario judicial, carece de relevancia, toda vez que la prueba del hecho no radica en el acta de ocupación, sino en el testimonio prestado por los funcionarios en el juicio oral con todas las garantías relatando las circunstancias y resultado del registro practicado.

En efecto, 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 los efectos hallados, sin que precise de ratificación alguna por parte de las personas que hubieran intervenido, derivando su función acreditativa a la propia naturaleza de la función orgánica 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 un atestado policial, por lo que los elementos probatorios que de ellas pudiesen derivarse deben incorporarse al juicio oral, mediante un medio probatorio aceptable en derecho: por ejemplo, la declaración testifical de los agentes intervinientes debidamente practicada en juicio con las garantías de la contradicción y la inmediación.

Pues bien en el caso presente (...) ha existido prueba constituida por la testifical de los guardias civiles intervinientes practicada ante el tribunal *a quo* con las debidas condiciones de inmediación y contradicción acreditativa de la ocupación en el cubo de basura del domicilio de la víctima de una lata de cerveza San Miguel.

Tercero.—En relación a la cadena de custodia el problema que se plantea es garantizar que dado que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes y el juicio de lo juzgado es lo mismo. Es a través de la cadena de custodia como le satisface la garantía de la «mismidad» de la prueba. Se ha dicho por la doctrina que la cadena de custodia es una figura tomada de la realidad a la que tiñe de valor jurídico con el fin de en su caso, identificar el objeto intervenido, pues al tener que pasar por distintos lugares para que se verifiquen los correspondientes exámenes, es necesario tener la seguridad de lo que se traslada y analiza es lo mismo en todo momento, desde que se recoge del lugar del delito hasta el momento final que se estudia, y en su caso, se destruye.

a) En el caso que nos ocupa (...) no hay dato alguno del que inferir que no se haya

mantenido la cadena de custodia, insistiéndose en que lo remitido al Departamento de biología para su análisis no fue la lata intervenida en la bolsa de basura, sino los hisopos con residuos biológicos extraídos de su borde superior.

(...)

b) Con referencia al registro de la vivienda del acusado realizado el 11-9-2007 sin la preceptiva autorización judicial, al no constar en autos el auto del juzgado de instrucción 6 que autorizó el Registro, el punto de partida es si objetos intervenidos en un registro realizado en unas diligencias seguidas contra una persona pueden ser introducidos en proceso distinto seguidos contra esta persona pueden ser introducidos en proceso distintos seguidas contra esta persona, sin afectación del derecho a la inviolabilidad domiciliaria. Esta Sala ha analizado estas cuestiones relativas a la tramitación de procedimientos diferentes en los que se pretende hacer uso a medios de prueba obtenidos en otros distintos y ha llegado a rechazar la posibilidad de utilizarlos cuando no existe el menor vestigio documental ni de la petición policial de entrada y registro ni de su concesión; considerando que ello afecta a requisitos de legalidad constitucional, lo que exime del resto de las cuestiones de legalidad ordinaria que puedan suscitarse.

Ahora bien en el caso presente consta, folios 73 y ss. que como consecuencia de dos robos en los que aparecía implicado Romeo, se practicó un registro en su domicilio el día 11-9-2007, previo mandamiento de entrada y registro del Juzgado Instrucción n.º 6 Zaragoza, así figura en el acta de entrada y registro obrante a los folios 174 y 175, en la que se refiere como el secretario judicial entrega copia del auto al acusado presente, todo ello en el marco de las diligencias indeterminadas 148/07, ocupándose en este registro (ver folio 174 vuelto) una lata de cerveza San Miguel 0,0% de color azul, verde y gris, lote n.º 331.770.953, de fecha 26-6-2008.

Pues bien no se ha aportado por el recurrente resolución alguna en el sentido de declarar la nulidad de ese primer registro con posterioridad se practicó en las presentes diligencias un nuevo registro, el día 12-9-2007, judicialmente autorizado (folios 60 y 182 a 184), cuya legalidad desde la perspectiva constitucional y ordinaria no ha sido cuestionada y la prohibición de valorar cualquier prueba que directa o indirectamente derivase de aquella diligencia.

Consecuentemente y partiendo de que no puede establecerse una presunción de que cualquier actuación judicial practicada en otro procedimiento en cuanto afecta a derechos fundamentales, en el caso presente, la conformidad con las exigencias constitucionales y de legalidad ordinaria del primero de los registros se desprende del propio procedimiento, aunque se trate de diligencia realizada en otro distinto.

En este punto debemos destacar el acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26-5-2009 que si bien relativo a la habilitación de escuchas telefónicas procedentes de diligencias distintas a las que corresponden al juicio, puede ser aplicable a las entidades y registros domiciliarios, el contenido de dicho acuerdo es el siguiente: *«En los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones —en este caso de la inviolabilidad del domicilio— es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad. En tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada. Pero, si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores ins-*

tancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba.

Supuesto que sería el contemplado en el caso presente en el que el recurrente no cuestionó en la instrucción ni en la instancia la existencia y regularidad en la obtención del auto judicial de fecha 11-9-2007 autorizando la entrada y registro en el domicilio del mismo.

Quinto.—Respecto a la extracción de ADN en las propias dependencias policiales sin que el acusado expresase su consentimiento previo, ni los agentes actuantes consten con la preceptiva autorización judicial ni, por supuesto estuviese presente un letrado que asistiese al detenido, siendo al parecer dicha muestra la que se remitió a Madrid para su posterior análisis, debemos recordar —dice la STS 179/2006 de 14-2— que en nuestro panorama legislativo actual, quedan bien diferenciadas la obtención de muestras para la práctica de la prueba de ADN del cuerpo del sospechoso, de aquellas otras en la que no se precisa incidir en la esfera privada con afectación a derechos fundamentales personales.

En el primer caso contamos con el art. 363 LECrim. y para el segundo el 326 LECrim., ambos reformados por la Ley Orgánica 15 de 25 de noviembre de 2003.

(...)

Es claro que la resolución judicial es necesaria bajo pena de nulidad radical, cuando la materia biológica de contraste se ha de extraer del cuerpo del acusado y éste se opone a ello. En tal hipótesis es esencial la autorización judicial.

En los otros supuestos será el art. 326 LECrim. sistemáticamente incluido dentro de la inspección ocular a practicar en el sumario, el aplicable, en el cual dando por su puesta la intervención del juez, se establece un mecanismo para dotar del mayor grado de garantía posible a la diligencia que atri-

buye el control de la misma a la autoridad judicial en los casos usuales y al sólo objeto de «garantizar la autenticidad» de la recogida de la muestra y posterior análisis.

Pero lo cierto es que después de la reforma de 2003, y como criterio asumible antes y después de la misma, se puede concluir que la intervención del juez, salvo en supuestos de afectación de derechos fundamentales, no debe impedir la posibilidad de actuación de la policía, en el ámbito de la investigación y averiguación de los delitos en los que posee espacios de actuación autónoma.

Esa ha sido la decisión de la Sala 2.^a, del Pleno no jurisdiccional que tuvo lugar el 31 de enero del corriente año que estableció:

«La Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial».

Acuerdo que ha sido recogido en las SSTs 179/2006 de 14-2, 20-3-2006 y 701/2006 de 27-6, 949/2006 de 4-10, 1267/2006 de 20-12.

La aplicación de la doctrina anterior hace inasumible la queja del recurrente en las di-

ligencias 103/07 del Equipo de Policía Judicial de Egea de los Caballeros, Comandancia 2081.^a de la Guardia Civil de Zaragoza. Consta la muestra ... Kit de muestra biológica realizada con autorización al detenido Romeo, la cual fue realizada con su consentimiento y remitida al Laboratorio de la Unidad Orgánica de Policía Judicial de la Comandancia de Zaragoza para su análisis, quedando a disposición del Juzgado Instrucción (...).

Por auto de 14-9-2007, el Juez instructor, con base a los arts. 363.2 y 326 LECrim., autorizó la extracción de células epiteliales de la mucosa bucal a Romeo, debiéndose efectuar la extracción por médico forense, a efectos de posibilitar su ulterior remisión al Laboratorio correspondiente por parte de la Policía Judicial para los cotejos con los hallazgos de perfil genético en relación al homicidio objeto de la causa, (folios 194 y 195).

(...)

Consecuentemente las diligencias impugnadas se practicaron con pleno respeto a los derechos fundamentales del recurrente.

Sentencia 1263/2009, Sala de lo Penal del TS, de 4 de diciembre de 2009

PRINCIPIO ACUSATORIO

Arts. 24 CE; 733 y 789.3 LECrim.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez**

SÍNTESIS

Se resume la evolución jurisprudencial acerca del alcance del principio acusatorio con cita de los diversos acuerdos plenarios de la Sala Segunda y doctrina reciente del Tribunal Constitucional.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

2.—(...)

B) Con el formato de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), el acusado considera que se le ha impuesto una pena mayor de la solicitada.

Se interesaron 4 años y 6 meses de prisión por la acusación particular y 3 años y 6 meses por el Ministerio Fiscal, con multa de 9 meses por ambas acusaciones. La Sala de instancia impuso 4 años y 9 meses de prisión y multa de 10 meses, según razona en el FJ 5.º, por tratarse de la pena mínima que conlleva la calificación de las acusaciones, habida cuenta de la agravación de la pena de estafa (art. 250.1.3 CP), que habrá de imponerse, primero en su mitad superior por virtud del concurso ideal con la falsedad documental continuada (art. 77 CP) y, después, otra vez en su mitad superior por continuidad delictiva (art. 74.1), lo que sitúa la pena mínima en 4 años y 9 meses de prisión.

El motivo no puede prosperar.

Las claves del acierto del Tribunal de instancia están expresadas por el Ministerio Fiscal en su encomiable informe en el que, además, se sugiere la conveniencia de complementar alguno de los Acuerdos de esta Sala con el fin de reforzar las garantías del principio acusatorio.

En la STS 504/2007, 28 de mayo, ya abordábamos el problema suscitado. Decíamos entonces que la imposición por el órgano decisorio de una pena superior a la solicitada por las acusaciones, encontraba su apoyo en la jurisprudencia de la Sala Segunda que, con criterio calificable como mayoritario, había declarado que el Tribunal puede imponer la pena asignada al delito imputado en extensión distinta a la solicitada por la acusación, ya que tal materia está reservada por la Ley a la discrecional facultad de la Sala sentenciadora (...)

(...) en el Pleno no Jurisdiccional para la unificación de criterios, celebrado el día 20 de diciembre de 2006, se sometió a debate mantener o modificar esta línea jurisprudencial, obteniendo el respaldo mayoritario de la Sala un Acuerdo del siguiente tenor literal: *«El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa»*.

Tal criterio ha sido ya aplicado por esta misma Sala en numerosas resoluciones. La STS 393/2007, 27 de abril, se refiere de modo expreso al ya mencionado acuerdo del Pleno, fechado el día 20 de diciembre de 2006, justificando el cambio de doctrina en la necesidad de un entendimiento más estricto de las exigencias inherentes al principio acusatorio. Con cita de la STS 1319/2006, de 12 de enero de 2007, se recuerda que, respecto a la posibilidad de imponer pena superior a la más grave de las solicitadas por las acusaciones, la razón que justifica un cambio en el punto de vista seguido hasta ahora y que produzca la vinculación del juzgador a la pena en concreto solicitada, como ámbito delimitador de las facultades del Tribunal sentenciador, deriva de la esencia misma del principio acusatorio, y en suma, de la estructura del proceso penal, denominado acusatorio, en donde quedan perfectamente escindidas las funciones de acusar y de juzgar, de modo que no puede nunca un mismo órgano arrogarse ambas, bajo pretexto alguno. Del mismo modo que el Tribunal sentenciador no puede condenar por un delito que no haya sido imputado por la acusación, tampoco puede imponer una pena que no le haya sido solicitada por acusación alguna, pues ambos mecanismos se basan en el respeto al principio acusatorio, y sus correlativas derivaciones de congruencia y defensa.

(...)

Dicho principio acusatorio deriva del derecho fundamental al proceso debido (proceso con todas las garantías: art. 24.2 de nuestra Carta Magna), y es manifestación, como decimos, del principio de congruencia y defensa. De modo que este principio ha de quedar restringido no solamente al *factum* sino a la misma calificación jurídica, y dentro de ésta, tanto al título de imputación (delito), como a la propia petición punitiva contenida en la más grave de las acusaciones. Ciertamente es que, con respecto a la calificación, han de tenerse en cuenta los conceptos de identidad fáctica y de homogeneidad en la calificación jurídica, pero lo relevante ahora es la vinculación respecto a la pena en concreto solicitada, pues nuestra jurisprudencia anterior había sostenido que no se produce vulneración de tal principio cuando el Tribunal sentenciador se aparta de la concreta petición acusatoria y desborda su umbral, manteniéndose dentro de la banda prefijada por el legislador en el correspondiente tipo penal, si aquél motiva justificadamente tal elevación en consideraciones atinentes al caso enjuiciado, desenfocando en cierta manera el contenido del art. 851.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Es, por otro lado, una consecuencia obligada de la misma aplicación del art. 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su redacción actual (idéntico al anterior art. 749.3), que para el ámbito del procedimiento abreviado, como es el caso, establece: «... la sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones...». Obsérvese que la ley acentúa sobre la pena a imponer la cuantificación solicitada por las acusaciones, lo que, por otro lado, deja poco margen al intérprete, y responde además a la verdadera filosofía legal y estructural de todo el proceso penal, que se fundamenta en el principio acusatorio. Y no es posible argumentar que la motivación puede convalidar la vulneración de tal principio, cuando es el propio Tribunal, desbordando el umbral de lo pedido por las acusaciones, quien justifica la razón de tal com-

portamiento, pues entonces habrá quiebra del principio de defensa, ya que es obvio que las razones eventualmente aducidas por el juzgador no han sido evidentemente discutidas por las partes, ni pueden éstas por consiguiente tener oportunidad de refutarlas. En tal sentido, la oportunidad del debate contradictorio es la esencia del principio, ya que, como dice el Tribunal Constitucional: «lo que resulta esencial al principio acusatorio es que el acusado haya tenido oportunidad cierta de defenderse de una acusación en un debate contradictorio con la acusación» (*ad exemplum*, STC 278/2000 de 27 de diciembre). De modo que el marco penal que sirve de presupuesto al principio acusatorio no puede consistir solamente en la calificación delictiva, sino en la propia penalidad solicitada, que condiciona las expectativas del derecho de defensa, y los concretos mecanismos que lo relacionan (como la posibilidad de suspensión o sustitución de condena, entre otros). Por lo demás, esta conclusión interpretativa se aplicará a todos los procesos penales, cualquiera que sean las normas procesales que lo regulen, o su ámbito de aplicación, porque en todos ellos el fundamento es el mismo, sin que podamos decir que un procedimiento es más acusatorio que otro. Y, finalmente, siempre el Tribunal podrá plantear la tesis a que se refiere el art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la moderación que este Tribunal Supremo ha interpretado para su utilización, al efecto de corregir los manifiestos errores u omisiones en la estructuración de la pena solicitada por las acusaciones, dando oportunidad a todas las partes a un debate contradictorio.

Con idéntico criterio, las SSTs 159/2007, 21 de febrero, 424/2007, 18 de mayo y 20/2007, 22 de enero, han proclamado como principio general la vinculación del órgano jurisdiccional a la petición de pena formalizada por el Ministerio Público.

Pues bien, al primero de los acuerdos de Pleno no jurisdiccional antes mencionado, ha seguido el acuerdo de 27 de noviembre

de 2007. En él hemos proclamado que *«el anterior acuerdo de esta Sala, de fecha 20 de diciembre de 2006, debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de la pedida por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena»*.

Se viene así a permitir que el juzgador corrija al alza —si bien sólo hasta el límite punitivo mínimo del tipo penal objeto de acusación y condena— la petición errónea de pena efectuada por las acusaciones, ya fuere por la solicitud de la pena en una extensión menor de la legal o inclusive por la omisión de petición de una de las procedentes.

Este acuerdo ha sido aplicado, entre otras, en las SSTs 11/2008, 11 de enero y 89/2008, 11 de febrero, ambas en supuestos de omisión por la acusación de la petición de la pena de multa aparejada al delito del art. 368, lo que se corrigió en sentencia.

El Tribunal Constitucional, en su reciente sentencia 155/2009, 25 de junio, ha considerado oportuno, una vez constatada algunas oscilaciones en su propia jurisprudencia, *«... replantear la cuestión y avanzar un paso más en la protección de los derechos de defensa del imputado y en la preservación de la garantía de la imparcialidad judicial en el seno del proceso penal, en el sentido de estimar que, solicitada por las acusaciones la imposición de una pena dentro del marco legalmente previsto para el delito formal-*

mente imputado, el órgano judicial, por exigencia de los referidos derechos y garantía constitucionales, en los que encuentra fundamento, entre otros, el deber de congruencia entre acusación y fallo como manifestación del principio acusatorio, no puede imponer pena que exceda, por su gravedad, naturaleza o cuantía, de la pedida por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancia la causa, aunque la pena en cuestión no transgreda los márgenes de la legalmente prevista para el tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso».

Añade el Pleno del Tribunal que *«... esta doctrina constitucional, en los términos en los que ha quedado expuesta y perfilada, sobre el deber de correlación, como manifestación del principio acusatorio, entre la acusación y el fallo en el extremo concerniente a la pena a imponer, viene a coincidir sustancialmente, como el Ministerio Fiscal pone de manifiesto en sus alegaciones, con el criterio que al respecto mantiene actualmente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo»*.

Y es precisamente esta doctrina —como apunta el Fiscal— la que la Audiencia Provincial de Las Palmas ha aplicado en la sentencia recurrida, al corregir la petición de las acusaciones e imponerla —de acuerdo con la calificación de aquéllas— en el mínimo legal posible, lo que hace que la queja —articulada por falta de congruencia entre las pretensiones de las partes y la sentencia— carezca de fundamento.

Por cuanto antecede, el motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim.).

Sentencia 1209/2009, Sala de lo Penal del TS, de 4 de diciembre de 2009

CONDUCCIÓN «SUICIDA»

Arts. 263, 381, 384, 556 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García

SÍNTESIS

Se traza el límite entre los delitos de conducción temeraria y la denominada «conducción suicida», determinándose también la concurrencia con otros tipos como los daños o la desobediencia. Contiene un interesante voto particular, relativo a todas estas cuestiones, suscrito por dos de los magistrados.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Séptimo.—(...)

B) Sin embargo, tales hechos probados, como alega el recurrente en la última parte del contenido de este motivo 3.º, no reúnen los elementos del tipo de delito definido en el art. 384, párrafo primero, en relación con el art. 381, que son los siguientes:

1.º Conducción de un vehículo a motor entre los cuales se encuentran los llamados ciclomotores. Se trata de un delito de los conocidos como de propia mano, esto es, de aquellos de los cuales solo pueden ser autores propiamente dichos quienes realizan una determinada acción corporal o personal, sin perjuicio de que puedan existir partícipes en sentido amplio a título de inductores, cooperadores necesarios o cómplices (no coautores ni autores mediatos), lo mismo que ocurre con los conocidos como delitos especiales propios (por ejemplo, los delitos genuinos de los funcionarios públicos, como la prevaricación). El autor en sentido estricto ha de ser quien conduzca un vehículo a motor o un ciclomotor.

2.º Hay que conducir el vehículo con temeridad manifiesta, es decir, la temeridad ha de estar acreditada.

Temeridad significa imprudencia en grado extremo, pero también osadía, atrevimiento, audacia, irreflexión, términos compatibles con el llamado dolo eventual.

Es lo contrario a la prudencia o la sensatez.

3.º Tiene que ponerse en concreto peligro la vida o la integridad de las personas. Se trata de un delito de peligro concreto, esto es, de una infracción en la que ha de acreditarse que existieron personas respecto de las cuales hubo un riesgo para su integridad física, incluso para su vida; personas concretas aunque pudieran no encontrarse identificadas. Existen otros delitos que se denominan de peligro abstracto, en los cuales hay una peligrosidad general no específicamente recogida en la norma penal, pero que ha de concurrir porque constituye el fundamento de la punición que la ley establece (por ejemplo, el delito de conducir embriagado o drogado del art. 379).

Esos tres requisitos aparecen en el texto del art. 381 al cual expresamente se remite

el 384. Son los tres de carácter objetivo y a ellos ha de abarcar el dolo, ya que este delito de peligro concreto es de carácter doloso.

4.º El último de estos elementos se encuentra en el texto del propio párrafo primero del art. 384, que configura un elemento subjetivo del tipo, además de dolo, cuando nos dice que ha de obrarse «con consciente desprecio por la vida de los demás».

En el preámbulo de la LO 3/1989 de 21 de junio, que introdujo este delito en el art. 340 bis d) CP anterior, se dice que este tipo especial de riesgo, creado para dar respuesta a la alarma social originada por los conductores homicidas (los que iban en una autopista en dirección contraria), «alcanza una posición intermedia entre el delito de riesgo y la tentativa de homicidio». Se trata de una singular figura penal respecto de la cual solo nos interesa resaltar aquí que con la frase que acabamos de entrecomillar se requiere que el comportamiento del conductor del vehículo haya originado un peligro general, esto es, un peligro que aunque ha de ser concreto en los términos expuestos, ha de afectar a la seguridad colectiva. El art. 384 se halla incluido en el capítulo IV del título XVII del libro II del Código penal que se denomina «De los delitos contra la seguridad del tráfico». Véase el párrafo quinto de la sentencia de esta Sala 178/1996 de 17 de febrero.

C) Y decimos que no concurren todos los elementos de este tipo de delito del párrafo primero del art. 384 porque falta aquí este último elemento. En efecto:

a) Ninguna duda hay en cuanto a que Luciano conducía un vehículo de motor en este episodio de los hechos probados, en concreto un Nissan Terrano que pertenece a la clase de los llamados 4x4 porque tiene un sistema de tracción conectado a las cuatro ruedas que le permite marchar con facilidad por el campo; vehículo de tamaño y potencia grandes.

b) Entendemos que embestir con tal vehículo a otro, el Renault Space que conducía

Vicenta y en el que iban varias personas constituye una temeridad manifiesta:

Una temeridad, es decir, una conducta caracterizada por su osadía, atrevimiento o audacia, contraria desde luego a la prudencia y a la sensatez; aunque realizada sin intención (dolo directo de primer grado) de causar mal a ninguno de sus ocupantes. Recordamos que Luciano sabía que dentro del Renault se encontraban su compañera y su hijo, de quienes quería que volvieran con él: este fue el móvil de todo su anómalo comportamiento en esa jornada del 24-1-2007.

Nos dicen los hechos probados que Luciano iba conduciendo el Nissan en busca de dichos hijo y compañera, descubrió el Renault en el que estos iban y lo golpeó repetidas veces desplazándolo hasta que quedó parado en una subida. Cuando pudieron lo abandonaron sus ocupantes, tres mujeres cada una con un niño en brazos, por las puertas de la izquierda porque las de la derecha no podían abrirse por los importantes daños que había sufrido el Renault Space por efecto de los repetidos golpes; daños que se tasaron en 12.424,77 €, que fueron indemnizados por el Consorcio de Seguros. Vicenta y uno de sus hijos se quedaron a un lado de la carretera, mientras que María Inmaculada con el suyo y Benita (la abuela) con el otro de Vicenta subieron corriendo por una pequeña pendiente de césped, dirigiendo entonces Luciano su coche hacia ese lugar en persecución de los cuatro, hasta que estos consiguieron refugiarse en un lugar cubierto, perteneciente a unas casas que allí existían y a donde no podía llegar el Nissan. Entonces Luciano dio marcha atrás para volver a situarse en la carretera y colisionó con otro coche que por allí marchaba conducido por Josefina.

Aunque, como hemos dicho, estuviera fuera de su ánimo lesionar a ninguno de los ocupantes del vehículo agredido, y de hecho tales golpes no produjeron ninguna lesión, probablemente porque no fueron fuertes aunque sí muchos, es lo cierto que tal comportamiento pudo haber causado algún daño

corporal, incluso de importancia, pues los movimientos bruscos del coche impactado por efecto de tales múltiples golpes, particularmente del primero de todos producido sin duda por sorpresa, pudieron determinar en alguno de los ocupantes del Renault Space algún desplazamiento en su interior con impactos contra algún objeto duro que siempre existen en los techos o laterales de toda clase de vehículos; un golpe de la cabeza de alguien contra algún lateral pudo ocasionar lesiones importantes, algo posible que como tal hubo de percibir Luciano.

Algo que en definitiva quedó patente por la propia forma en que ocurrió este suceso.

Hubo temeridad manifiesta en un comportamiento agresivo y violento. Pudieron existir al menos unas lesiones importantes.

c) Asimismo, por lo que acabamos de decir, hemos de estimar que concurrió también el elemento del peligro para la vida o integridad física, concretado en las personas que ocupaban el vehículo golpeado.

D) Pero entendemos que faltó el mencionado elemento subjetivo del injusto. No cabe apreciar que Luciano actuó «con consciente desprecio por la vida de los demás», ya que no quedó afectada la seguridad colectiva. No podemos hablar de nada realizado contra la seguridad del tráfico en la perspectiva de generalidad antes expuesta. Los hechos ocurrieron al final de una carretera sin salida existiendo un césped contiguo por donde huyeron María Inmaculada y Benita con dos niños en brazos y por cuyo césped circuló unos metros Luciano con su coche; una conducta en definitiva que no cabe calificar como de desprecio para la vida de quienes pudieran circular por la carretera; algo muy distinto de los casos de los conductores homicidas que motivaron al legislador para crear en nuestro Código penal esta singular figura de delito. Dejamos aparte el tema de la posible existencia de homicidio (o lesiones) en grado de tentativa, pues por esto absolvió la Audiencia Provincial y sobre esto nadie ha recurrido ni directamen-

te ni por vía de adhesión. Ciertamente es que, inmediatamente después de desistir de la persecución que con el Nissan hizo Luciano contra quienes huían, este fue marcha atrás y colisionó con el otro Renault que manejaba Josefina, pero este hecho ha de reputarse una infracción culposa, claramente diferenciada del anterior comportamiento doloso y desde luego ajeno al mencionado concepto de desprecio por la vida de los demás.

E) Excluido este delito del art. 384.1 CP con el consiguiente pronunciamiento absolutorio, entendemos que procede condenar por el previsto en el art. 381 al que antes nos hemos referido:

a) Porque concurren como hemos explicado, los tres elementos exigidos en su texto:

- conducción de un vehículo de motor,
- temeridad manifiesta,
- peligro concreto para la vida o la integridad de las personas

b) Porque no hay obstáculo alguno desde el punto de vista del principio acusatorio, ya que se acusó por un delito de la misma naturaleza, más grave y homogéneo, el del art. 384 respecto del 381. Esta última infracción tiene los mismos elementos que la otra salvo el «consciente desprecio por la vida de los demás», específico de aquel.

F) Aparte de la STS 178/1996 de 19 de febrero ya referida, citamos aquí, en apoyo de las ideas antes expuestas, las siguientes: 1518/1999 de 25 de octubre, 1461/2000 de 27 de septiembre, 615/2001 de 11 de abril, 1039/2001 de 29 de mayo, 561/2002 de 1 de abril, 872/2005 de 1 de julio y 1464/2005 de 17 de noviembre.

G) No queremos terminar con este tema sin precisar que nos hemos referido a la regulación original del Código penal prescindiendo de la modificación producida en estos artículos y en los demás del mismo capítulo IV por LO 15/2007, que sanciona las conductas aquí contempladas con penas

más graves (las del art. 384 e iguales las del 381) y entró en vigor después de ocurridos los hechos objeto de este procedimiento.

(...)

c) Entendemos que no hubo acción de acometer a los agentes que estuvieron dentro de los coches policiales ni, menos aún, fuerza, intimidación grave o resistencia grave contra los mismos, que pudiera encajar en los términos de la definición que del atentado nos ofrece el precepto básico en esta materia, el art. 550, sino un acto de desobediencia grave del art. 556. Repetimos: Luciano no hizo caso de una orden tratando de huir de las fuerzas policiales que le estaban esperando para poner fin al secuestro de Vicenta. No hacer caso al mandato policial en esas circunstancias cualifica de grave el hecho de desobedecer.

d) Tal calificación de estos hechos conforme al art. 556 es respetuosa con el principio acusatorio, ya que en definitiva esa desobediencia grave a agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones es un delito homogéneo y más leve que el de atentado de los arts. 550 y siguientes.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO DON ALBERTO JORGE BARREIRO A LA SENTENCIA N.º 1209/2009, DE 4 DE DICIEMBRE, QUE RESUELVE EL RECURSO DE CASACIÓN 10335/2009; VOTO AL QUE SE ADHIERE EL MAGISTRADO DON CARLOS GRANADOS PÉREZ

Tal como anticipé en el debate de la deliberación, mantengo una respetuosa discrepancia con los criterios que se siguen en la sentencia de la mayoría, discrepancia que, una vez redactada la sentencia de casación, expongo en los razonamientos de este voto particular.

La decisión de la mayoría estima parcialmente el recurso de casación y modifica la sentencia de la Audiencia en tres puntos concretos: a) sustitución de la condena dictada por el delito previsto en el art. 384.1 (conducción con consciente desprecio por la

vida de los demás) por la condena de un delito de conducción temeraria del art. 381 del C. Penal (anterior a la reforma de LO 15/2007); b) anulación de la condena de un delito doloso continuado de daños, que se sustituye por la de un delito doloso de daños sin continuidad delictiva; y c) modificación de los hechos relativos al delito de atentado contra los Mossos d'Esquadra y anulación de la condena por un delito de atentado, aplicándose en su lugar el tipo penal de desobediencia del art. 556 del C. Penal. Las discrepancias con el criterio jurídico de la mayoría conciernen a esos tres aspectos, por lo que las expondré siguiendo el mismo orden que se sigue en la sentencia.

Primero.—1. La primera discordancia se refiere a la sustitución de la condena de instancia por un delito de conducción temeraria del art. 384.1 del C. Penal por una condena por el delito del art. 381. En la sentencia mayoritaria se asumen —y ello es importante remarcarlo— los hechos declarados probados relativos a la colisión del vehículo todo-terreno que pilotaba el acusado con el Renault Espace, en el que viajaban la compañera de aquél (María Inmaculada), la hermana de ésta (Vicenta), que iba al volante, la madre de ambas (Benita), y tres menores de edad: el hijo del acusado y María Inmaculada, de seis meses, y los dos hijos de Vicenta, de cinco y un año de edad. Se considera imprescindible para ubicar la fundamentación de las discrepancias recoger literalmente los hechos probados relativos a la colisión: «Cuando Luciano vio el vehículo en que viajaban su mujer e hijo, presidido su ánimo por el deseo de que volvieran con él embistió repetidamente al vehículo con plena consciencia de que estaba generando peligro para la vida de todos los ocupantes del coche, dirigiendo voluntariamente en varias ocasiones el Nissan Terrano que conducía contra el Renault conducido por Vicenta al que golpeó repetidamente desplazándolo hasta una subida sin salida, bajando precipitadamente las tres mujeres y los tres niños por las puertas de la izquierda

dado que las de la derecha no podían abrirse debido a los importantes daños sufridos por el impacto o impactos en todo el lateral derecho. Como consecuencia de los referidos golpes el vehículo Renault Espace matrícula ... resultó con daños valorados pericialmente en la cantidad de 12.424 euros...». En la sentencia recurrida, a partir de esta descripción fáctica, se estima que el acusado actuó con consciente desprecio por la vida de los ocupantes del coche. En la sentencia mayoritaria de casación se considera, en cambio, que el acusado actuó sin ese consciente desprecio para la vida de los ocupantes del vehículo, en vista de lo cual se descarta el elemento subjetivo del delito del art. 384.1 del C. Penal y se subsume la conducta del acusado en el tipo penal de inferior gravedad del art. 381. Debe advertirse que todas las citas normativas que se hacen corresponden a la versión del C. Penal anterior a la reforma de la LO 15/2007, pues ésta entró en vigor el 2 de diciembre de 2007 y los hechos enjuiciados se desarrollaron el 24 de enero de ese mismo año.

2. Los argumentos de la mayoría para excluir el elemento subjetivo del tipo penal se exponen en el fundamento de derecho séptimo de la sentencia. En él se dice, en primer lugar, que embestir con un vehículo de gran tamaño y volumen, y con tracción en las cuatro ruedas, al automóvil Renault Espace que conducía Vicenta constituye una temeridad manifiesta. A continuación se hace una interpretación de lo que es una temeridad manifiesta que considero insuficiente. Se afirma que «esa temeridad se caracteriza por la osadía, atrevimiento o audacia, contraria desde luego a la prudencia o sensatez». Entiendo que la temeridad, en el ámbito en que nos movemos y dada la dicción del precepto, es mucho más que eso. Por temeridad se ha de entender aquella conducta que consiste en pilotar un vehículo vulnerando las normas más elementales de la circulación. En palabras de la STS 561/2002, de 1 de abril, conduce temerariamente aquel que «incurre en la más grave infracción de

las normas de tráfico formalizadas en la Ley...». Por lo tanto ha de entenderse que se pilota un coche infringiendo el más elemental deber de cuidado y generando un riesgo muy grave para las personas y los bienes, dada la alta probabilidad de menoscabar bienes fundamentales de las personas, atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Por lo demás, el adjetivo «manifiesta» viene a recalcar la intensidad de la temeridad, en el sentido de que ha de ser patente, notoria y palmaria para el criterio de cualquier ciudadano medio, a tenor de la peligrosidad que genera el conductor para los bienes jurídicos que tutela la norma penal. En la sentencia de la mayoría no se cuestiona el elemento objetivo del delito del art. 384.1 del C. Penal: la conducción con temeridad manifiesta, pues lo cierto es que se acaba aplicando el delito del art. 381 del C. Penal, que contiene la misma base objetiva que aquél, según se comprueba en la redacción de ambos preceptos. Por otra parte, resulta incuestionable que una persona que embiste voluntariamente con un vehículo de gran tamaño a un Renault Espace que circula por una vía pública con el fin de desviarlo de la carretera y que termina arrinconándolo contra un terreno en cuesta, ocasionándole con sus colisiones unos desperfectos de 12.400 euros, especialmente en el lateral derecho, es claro que pilota su automóvil de forma temeraria. Tampoco cuestiona la resolución mayoritaria el resultado de peligro concreto, puesto que no se modificaron en este particular los hechos de la sentencia de instancia, en la que se expresa que el acusado «*embistió repetidamente al vehículo con plena consciencia de que estaba generando peligro para la vida de todos los ocupantes del coche*». Me ratifico, pues, en el criterio que mantuve en la deliberación de que para que no se aplicara el art. 384.1 y sí el 381 resultaba imprescindible modificar el *factum* de la resolución impugnada, en el sentido de no dar por probado que se generó un grave riesgo para la vida de las personas que iban dentro del coche. En la sentencia de

que discrepo se argumenta que «concurrió el elemento del peligro para la vida o integridad física, concretado en las personas que ocupaban el vehículo golpeado». Pero a continuación se añade, para justificar que no procede la aplicación del art. 384.1 del C. Penal y sí el art. 381, que faltó el «elemento subjetivo del injusto», pues no cabe apreciar —se dice— que el acusado actuara con «consciente desprecio por la vida de los demás». A la hora de fundamentar la inexistencia del elemento subjetivo del delito se vierten dos argumentos, diseminados en el fundamento de derecho séptimo, que no cabe asumir. El primer argumento resulta sustancialmente contradictorio en el contexto de la sentencia y sobre todo con respecto a la decisión final que se adopta. En efecto, se afirma que, al ponderar la frase «consciente desprecio por la vida de los demás» y ponerla en relación con el capítulo en que se incardina el precepto («De los delitos contra la seguridad del tráfico»), ha de entenderse que «requiere para su aplicación que el comportamiento del conductor del vehículo haya originado un peligro general, esto es, un peligro que aunque ha de ser concreto en los términos expuestos, ha de afectar a la seguridad colectiva» (folio 27 de la sentencia de casación). Y más adelante, cuando se fundamenta la exclusión del elemento subjetivo (último párrafo del folio 29), se vuelve a incidir en que «no cabe apreciar que el acusado actuó con consciente desprecio por la vida de los demás, ya que no quedó afectada la seguridad colectiva». Pues bien, este argumento —como ya se anunció— no se comparte por dos razones: porque en realidad se refiere al elemento objetivo del delito y sólo de forma indirecta al subjetivo. Y, en segundo, lugar porque se contradice sustancialmente con el contenido y la decisión de la sentencia. Se trata de un argumento que atañe al elemento objetivo del tipo penal porque lo que se afirma realmente con él es que, tal como señala un sector importante de la doctrina, el art. 384.1 regula un tipo penal que implica la creación de un peligro para la vida o integridad de una *colectividad inde-*

terminada de personas y de un peligro indeterminado en cuanto a los resultados lesivos. Exige, pues, tal como sucede con todos los delitos de peligro colectivo, un modelo de tipificación autónomo respecto a la tentativa porque el delito se configura en función de *víctimas potenciales indiferenciadas*. De modo que si la conducción temeraria del autor no pone en peligro *ex ante* un número indeterminado de víctimas sino que la acción peligrosa se dirige contra personas o sujetos determinados se debe operar con las normas relativas a las tentativas de delito doloso. Así las cosas, es claro que la sentencia mayoritaria incurre en contradicción, dado que el argumento que ha empleado para descartar la aplicación del tipo penal del art. 384 del C. Penal tendría que haberlo extendido también por las mismas razones al tipo penal del art. 381, pues, tal como se razonó *ut supra*, el elemento objetivo de ambos tipos penales es el mismo, a tenor de la dicción de ambas normas. En los dos preceptos se está penando una peligrosidad para víctimas potenciales indiferenciadas. Por lo cual, la propia argumentación de la mayoría se contradice con la decisión que adopta finalmente: absolver por el delito del art. 384.1 (conducción con consciente peligro por la vida de los demás) y condenar por la del delito del art. 381 del C. Penal (conducción temeraria sin ese elemento subjetivo). El segundo argumento de la sentencia de la mayoría para excluir la concurrencia del elemento subjetivo del tipo penal del art. 384.1 sí se refiere realmente al aspecto subjetivo del delito. Sin embargo, lo cierto es que atañe únicamente al dolo directo. En efecto, en la sentencia de casación se afirma que el acusado realizó una conducta caracterizada por su osadía, atrevimiento o audacia, aunque «sin intención (dolo directo de primer grado) de causar mal a ninguno de sus ocupantes» (folio 28 de la sentencia). No se entra a examinar, en cambio, en la sentencia mayoritaria el dolo eventual, que es el que se corresponde con la frase «desprecio por la vida de los demás» y que constituye el auténtico nudo gordiano del proble-

ma, puesto que aquí no se cuestiona la inexistencia del dolo directo. Y es que si se acreditara esta clase de dolo el precepto a aplicar no sería el art. 384.1, sino los correspondientes a los delitos de lesiones o al homicidio doloso. La cuestión a dilucidar es, por tanto, si se está o no ante un supuesto de dolo eventual, que fue el apreciado en la resolución recurrida, y sobre este extremo la resolución mayoritaria guarda un significativo silencio.

3. A mi entender, una vez que se declara como hecho probado que el acusado *embistió repetidamente al vehículo con plena consciencia de que estaba generando peligro para la vida de todos los ocupantes del coche*, lo coherente es colegir que concurre el dolo eventual y que por tanto ha de ratificarse la aplicación del tipo penal del art. 384.1. En primer lugar, porque la conducta realizada por el acusado no se limitó a una conducción extremadamente peligrosa para terceras personas indiferenciadas que pudieran circular por una vía pública, sino que incurrió en una conducta extremadamente peligrosa contra unas personas determinadas que ocupaban un vehículo concreto que pretendía paralizar bruscamente. Desde esta perspectiva, parece claro que se da el elemento objetivo de un tipo doloso cuando menos de lesiones en fase de tentativa, pues proyecta su vehículo contra el coche de sus familiares directos de forma consciente y a sabiendas —según se recoge en los hechos probados no modificados— de que se está generando un peligro concreto para su vida. En la sentencia de la Audiencia se descarta una tentativa por delito doloso de lesiones o de homicidio, que se imputaba en la instancia, y se desciende hasta el peldaño inferior en orden de gravedad, que se corresponde con el delito del art. 384.1 del C. Penal. Con lo cual, se introduce como elemento distorsionador la aplicación de un tipo penal que regula el peligro generado dolosamente para sujetos indiferenciados, cuando en realidad se estaba ante un supuesto en el que la acción peligrosa va dirigida directamente con-

tra unas personas concretas a las que conoce el acusado y que sabe que viajan en el interior del coche. Muy probablemente el Tribunal de instancia consideró excesivo aplicar el tipo doloso de lesiones y el de homicidio, pero, por otra parte, tampoco quería dejar de castigar una conducta de no poca gravedad. De modo que, al final, vino a estimar que si cabía incluso la posibilidad de que concurriera el tipo penal más grave, la tentativa dolosa de un delito de resultado lesivo, era preciso aplicar cuando menos el tipo de peligro de mayor severidad, aunque con ello se generara cierta perturbación, dado que no se daba el supuesto de sujeto pasivo indiferenciado y sí determinado e individualizado. Y lo mismo ha hecho la sentencia mayoritaria con el fin de no dejar sin sancionar la conducción temeraria del acusado. Ahora bien, una vez admitido por razones de justicia material el elemento objetivo del art. 384.1 del C. Penal, tal como se hace en la sentencia de la mayoría, no resulta factible, visto el relato fáctico, excluir el elemento subjetivo. En este sentido, conviene destacar que el dolo que concurre en el presente caso sobre la peligrosidad de la conducta y su resultado ostenta unas connotaciones muy especiales. En primer lugar, porque la conducta del acusado es dolosa no sólo en relación con el resultado de peligro concreto para la vida o la integridad física de los familiares que viajaban en el vehículo, sino también para el delito instrumental de daños del art. 263 del C. Penal, toda vez que, sin duda, el acusado actuó con un dolo directo de dañar el vehículo en el que viajaban sus familiares. En virtud de ello, ha de admitirse también que el dolo de peligro concreto no sólo es un dolo eventual, sino que se trata de un dolo directo para el resultado de peligro concreto, de modo que el acusado generó el peligro para la vida y la integridad física de sus familiares a sabiendas de que lo generaba y con la intención de generar ese peligro concreto. Acogidos los dos presupuestos precedentes, sobre los que entiendo que no concurren dudas, se entra ya en el terreno co-

rrispondiente al espinoso tema de dirimir si, una vez constatado el dolo directo sobre el peligro concreto, es factible inferir, a tenor del peligro generado por la conducta, un dolo eventual aunque sea de grado liviano o débil con respecto al resultado lesivo. Y digo «liviano» porque parece ser que es el que se contempla en el art. 384 del C. Penal, dado que en la exposición de motivos de la Ley que en su día introdujo esta modalidad de delito de peligro se argumenta que este tipo penal «alcanza una posición intermedia entre el delito de riesgo y la tentativa de homicidio». Por lo cual, puede hablarse de una figura dolosa atenuada con respecto al resultado lesivo, figura que entendemos se adapta en su proporcionalidad y descripción a lo que ha sucedido en el caso enjuiciado. Sin obviar, por supuesto, las contradicciones e incoherencias que alberga, tanto es su perspectiva dogmática como en la de política criminal, una figura penal híbrida como la que se tipifica en el art. 384.1 del C. Penal. Pues bien, ha de admitirse que en la práctica procesal se hace difícil deslindar empíricamente la concurrencia de un dolo de peligro concreto sin que al mismo tiempo se dé un dolo eventual de lesión. Dificultad que se incrementa cuando el dolo de peligro concreto presenta una especial intensidad por tratarse de un dolo directo con respecto al resultado de peligro. De modo que es difícil afirmar que concurre un dolo de peligro concreto directo de especial intensidad sin que al mismo tiempo el autor prevea la probabilidad de una lesión en la que resulte materializado ese peligro. Además, el elemento objetivo del tipo penal del art. 384.1 juega un importante papel en la inferencia del dolo, ya que cuanto mayor es la peligrosidad que genera la conducta del autor para el bien jurídico más se justifica la inferencia de un dolo eventual. No puede tampoco olvidarse que, a partir de la sentencia de 23 de abril de 1992, este Tribunal ha venido dictando numerosas resoluciones en las que aprecia el dolo eventual cuando se realiza la acción agresiva con conocimiento de un peligro concreto para la integridad física o la vida

de una persona o personas *determinadas* (SSTS 716/2001, de 24-4; 1531/2001, de 31-7; 1573/2002, de 2-10; 1866/2002, de 7-11; 1423/2004, de 2-12I; y 70/2005, de 26-1, entre otras). En este caso el acusado causó importantes desperfectos en el automóvil, pues fueron tasados en 12.400 euros, a lo que ha de sumarse que una importante parte de ellos fueron producidos en un lateral. A esto ha de añadirse que en el vehículo viajaban seis personas, tres de ellas niños de muy corta edad. La probabilidad de un resultado lesivo era, pues, elevada. La única duda que nos queda es si esa probabilidad afectaba no sólo a la integridad física de los viajeros sino también a su vida. Sin embargo, este extremo fáctico, que plantea no pocas sutilezas argumentales de carácter probatorio, aparece resuelto en el *factum* de la sentencia de instancia, sin que en la resolución mayoritaria —aspecto también muy discutible— haya sido cuestionado. Visto lo cual, y al no modificarse la premisa fáctica, lo coherente era ratificar la constatación también del elemento subjetivo del dolo acogido por la sentencia impugnada. Dolo que la norma plasma con unos términos quizás poco ortodoxos y acertados, puesto que la expresión «consciente desprecio» tiene unas connotaciones mucho más emotivas que asertivas.

4. Por último, considero conveniente formular dos matizaciones sobre la argumentación de la sentencia mayoritaria también en relación con el elemento subjetivo del tipo penal del art. 384. La primera pretende dar respuesta a la referencia que se hace al móvil con que actuó el acusado. Se afirma a este respecto por la mayoría que el móvil del ahora recurrente fue el de conseguir que volvieran con él su compañera y el hijo de ambos, de seis meses de edad. Sin embargo, el razonamiento no parece acertado, toda vez que en la argumentación se integran *de facto* los móviles o fines últimos personales que motivan la conducta del autor en el dolo de la acción delictiva, otorgando así al objetivo final del sujeto una rele-

vancia jurídica de la que carece en la configuración del elemento subjetivo del tipo penal. A este respecto, es preciso incidir en que la jurisprudencia de la Sala tiene declarado que «desde antiguo la doctrina y la jurisprudencia distinguen con claridad entre deseo y dolo, considerando que éste no se debe excluir por el deseo de no producir el resultado» (STS 474/2005, de 17 de marzo). En el supuesto que se enjuicia debe sopesarse que la persona que iba conduciendo el vehículo era Vicenta, la hermana de la compañera del acusado, contra la que éste albergaba cierto encono, tal como se acreditó en la secuencia posterior de los hechos. El acusado, a continuación de las embestidas, y cuando los ocupantes descendieron del vehículo, agarró a Vicenta por el cuello y la arrastró varios metros con el automóvil en marcha, causándole las lesiones que figuran en la causa. Esta acción agresiva puede explicar las anteriores embestidas contra el vehículo pilotado por Vicenta, y en el que viajaba también la madre de su compañera, Benita, con la que tampoco mantenía, al parecer, buenas relaciones. Por último, y en lo que atañe a la jurisprudencia que se cita en la sentencia mayoritaria sobre la aplicación de los tipos penales que nos ocupan, debe resaltarse que en ninguna de ellas se aplica el tipo penal del art. 381 a supuestos en que el autor embiste de forma voluntaria y por lo tanto claramente dolosa a otro vehículo. Se trata de casos en los que la base fáctica la integra un peligro indeterminado o general desencadenado por conductas manifiestamente temerarias, pero en las que no se arremete voluntariamente con un automóvil contra un vehículo concreto que circula por una vía pública.

Segundo.—El segundo punto de discrepancia con la sentencia mayoritaria se refiere a la inaplicación del delito doloso continuado de daños, previsto en los arts. 263 y 74 del C. Penal. La mayoría excluye para el cómputo de la acción continuada el episodio relativo a los daños causados al Renault Espace que se acaba de examinar en el aparta-

do anterior. Para ello se aplica la cláusula concursal del art. 383 del C. Penal: «*cuando con los actos sancionados en los arts. 379, 381 y 382 se ocasionara, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada...*». Según la sentencia de la mayoría, la aplicación de esa norma determina que se castiguen los hechos de ese episodio fáctico sólo por el precepto penal que contempla el delito más grave, es decir, la del delito contra la seguridad del tráfico del art. 381, no penándose por tanto la conducta dañosa y el correspondiente resultado. Mi discrepancia en este caso se sustenta en que los resultados lesivos que contempla la norma concursal y que por tanto han de subsumirse en su aplicación son aquéllos que se derivan de una conducta culposa y no de una conducta dolosa. Por lo tanto, al haberse ocasionado los desperfectos en el vehículo mediante dolo directo el delito de daños no puede quedar sin ser penado merced a una norma concursal prevista para los delitos de resultado culposos. La tesis de la mayoría sólo sería sostenible si se diera un resultado lesivo para la integridad física de alguno de los ocupantes del vehículo, pues aquí sí que sus razonamientos excluyentes del dolo eventual operarían con respecto al delito contra las personas, que sería culposos según el criterio de la sentencia mayoritaria. Si bien, sinceramente, mantengo serias dudas de que en el caso de que hubiera resultados lesivos se prosiguiera considerando la conducta como culposa. Se está por tanto ante un concurso de delitos y no de normas (tipos penales del art. 384.1 y 263 del C. Penal). Y al tratarse de una sola acción ha de aplicarse el art. 77 del C. Penal, si bien en este caso le favorece la punición separada y la inserción del delito de daños en la modalidad continuada. Por consiguiente, a mi entender, debe ratificarse la aplicación del art. 74 del C. Penal.

Tercero.—La última discordancia concierne a la aplicación del tipo penal de des-

obediencia. No tengo nada que oponer a la modificación de los hechos relativos al delito de atentado y a la consiguiente exclusión de este tipo penal, pero sí discrepo de que se sustituya la condena de la Audiencia con respecto a ese delito (arts. 550, 551 y 5591. del C. Penal) por otra en la que se aprecie el delito de desobediencia grave del art. 556 del C. Penal. El argumento de la sentencia de casación es que concurre el delito de desobediencia porque el acusado hizo caso omiso a la orden dada por la policía para que parara, tratando de huir de las fuerzas policiales que le estaban esperando para poner fin al secuestro de Vicenta. La subsunción de tal conducta en el tipo penal de desobediencia contradice, sin embargo, una reiterada jurisprudencia de esta Sala, en la que se argumenta que en los casos de huida o elusión de la acción policial de descubrimiento de la participación en hechos punibles se viene admitiendo limitadamente el principio del autoencubrimiento impune, como manifestación del más genérico de inexigibilidad de otra conducta, pero constriñéndolo a los casos de mera huida (delitos de desobediencia) con exclusión de las conductas

que en la fuga pongan en peligro o lesionen otros bienes jurídicos (SSTS 2681/1992, de 12 de diciembre; 1461/2000, de 27 de septiembre; 1161/2002, de 17 de junio; y 670/2007, de 17 de julio, entre otras). La doctrina precedente ha de ser aplicada al caso que ahora se dirime, habida cuenta que el acusado desobedeció al mandato de los agentes con el fin de huir y de no ser detenido por los hechos delictivos que se le imputaban. Debió, pues, ser absuelto del delito de desobediencia por el que se le condena en la sentencia de la mayoría. A modo de conclusión, considero que, sobre la base de los razonamientos expuestos, debió ser ratificada la condena del acusado por el delito del art. 384.1 del C. Penal, una vez que se mantuvieron como ciertos los hechos probados de la sentencia de la Audiencia en lo referente al peligro para la vida de los ocupantes del vehículo Renault Espace. Asimismo, debió aplicarse la modalidad del delito continuado con respecto a los daños. Y, por último, estimo que debió ser absuelto el acusado del delito de desobediencia grave a agentes de la autoridad.

Sentencia 1329/2009, Sala de lo Penal del TS, de 4 de diciembre de 2009

PRESCRIPCIÓN

Art. 132 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín

SÍNTESIS

Se ratifica el Tribunal Supremo en su tesis, distinta de la sostenida por el Tribunal Constitucional, en lo relativo a cuándo debe entenderse interrumpido el plazo de prescripción argumentando con el Proyecto de reforma del Código Penal. Contiene dos votos particulares.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

Pero si lo anterior no se tuviera aún por suficiente para considerar adecuadamente motivado nuestro propio criterio, demos un paso más recordando cómo en el nuevo Proyecto de reforma del Código Penal, aprobado en fechas recientes por el Consejo de Ministros e iniciando ya hoy los correspondientes trámites parlamentarios, el texto que se propone para superar las dudas existentes acerca de la interpretación del vigente artículo 132.2 dice así:

«La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena de acuerdo con las reglas siguientes:

1.^a Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta.

2.^a No obstante lo anterior, la presentación de querrela o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta, a contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia.

Si dentro de dicho plazo se dicta contra el querrellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales menciona-

das en el apartado anterior, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querrela o denuncia.

Por el contrario, el cómputo del término de prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querrela o denuncia si, dentro del plazo de seis o dos meses, en los respectivos supuestos de delito o falta, recae resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querrela o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querrellada o denunciada. La continuación del cómputo se producirá también si, dentro de dichos plazos, el Juez de Instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en este artículo.

3.^a A los efectos de este artículo, la persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho».

Propuesta de modificación legal que se justifica, a su vez, en la previa Exposición de Motivos del Proyecto diciendo:

«En el ámbito de la prescripción del delito, las diferencias interpretativas en cuanto al momento de inicio de la interrupción de la prescripción o los efectos que en ésta puede tener la presentación de denuncias o querrelas han evidenciado la existencia de defectos normativos que han de ser subsanados. Por ello, con el objetivo de aumentar la seguridad jurídica, se ha optado por una regulación detallada. Para llevar a cabo esta tarea, se ha prestado especial atención a la necesidad de precisar el momento de inicio de la interrupción de la prescripción, estableciéndose que ésta se produce, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el

procedimiento se dirija contra persona determinada que aparezca indiciariamente como penalmente responsable. Para entender que ello ocurre se requiere, cuanto menos, una actuación material del Juez Instructor.

Del mismo modo, se ha considerado necesario abordar el problema de los efectos que para la interrupción de la prescripción puede tener la presentación de denuncias o querellas y para ello se opta por suspender el cómputo de la prescripción por un máximo de seis meses o dos meses, según se trate de delito o falta, desde dicha presentación siempre que sea ante un órgano judicial y contra una persona determinada. Si el órgano judicial no la admite a trámite o no dirige el procedimiento contra la persona denunciada o querellada, continúa el cómputo de prescripción desde la fecha de presentación. También continuara el cómputo si dentro de dichos plazos el juez no adopta ninguna de las resoluciones citadas».

Precepto, en definitiva, que de ser aprobado finalmente en los términos propuestos por el Poder Ejecutivo, y salvo ulterior declaración de inconstitucionalidad por el Alto Tribunal competente para ello, ampararía también nuestro actual criterio, toda vez que su aplicación llevaría, en el supuesto que nos ocupa, a la retroactividad de la decisión judicial definitiva de admisión a trámite de la Querella al momento de la presentación de ésta, con idéntica solución, por tanto, a la que ya sostuviéramos y explicábamos nosotros en la Resolución hoy anulada.

Ese fue precisamente nuestro fundamento «de cierre» para motivar, ante las peculiaridades del caso concreto, la procedencia de la aplicación de la doctrina de esta Sala y la explicación del por qué de la trascendencia que pudiera tener la presencia de actos de «interposición judicial» ulteriores a la interposición de la Querella, aunque ésta no fuera admitida hasta después de la finalización del tiempo inicialmente previsto para la prescripción, y no nos cabe sino reiterarnos en ella, ahora con el refuerzo que le otorgan

los argumentos de *lege ferenda* que acabamos de exponer.

En definitiva, y con apoyo en la motivación que ha quedado expuesta, hemos de reiterar nuestro anterior criterio, contenido en la Resolución objeto de anulación parcial por el Tribunal Constitucional, en el sentido de la íntegra desestimación del Recurso interpuesto en su día por José Francisco y, en concreto, la de su pretensión relativa a la prescripción del delito por el que fuera condenado por la Audiencia Nacional.

(...)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO EXCMO. SR. D. JOSÉ MANUEL
MAZA MARTÍN

A la vista del contenido de la anterior Resolución y de nuevo con el máximo respeto que me merece el criterio recogido en la misma, por elemental coherencia con planteamientos expuestos con anterioridad me siento en la obligación de reiterar aquí los argumentos ya expuestos en su día en el Voto Particular formulado con motivo de nuestra Sentencia parcialmente anulada por el Tribunal Constitucional, en el sentido de que considero producida la prescripción del delito en el caso que nos ocupa, puesto que la expresión «*dirigir el procedimiento contra el culpable*», contenida en el artículo 132.2 CP, además de desafortunada, equívoca y merecedora también de una urgente reforma legislativa, requiere, a mi juicio, un pronunciamiento positivo del órgano jurisdiccional, iniciando al menos las actuaciones judiciales derivadas de la presentación de la Denuncia o Querella, para poder ostentar los efectos interruptivos del término de prescripción del delito que dicho precepto le atribuye.

Y todo ello sin perjuicio de mi expreso acatamiento, en cuanto que decisión adoptada al respecto por la mayoría de esta Sala, al Acuerdo del Pleno de 25 de Abril de 2006, en el sentido de «*Mantener la actual jurisprudencia sobre la interrupción de la pres-*

cripción pese a la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005».

Si bien, ante la decisión adoptada en esta ocasión por el TC, que en vez de aplicar directamente al caso de Autos su doctrina relativa al instituto de la prescripción interpretando como «*actos de interposición judicial*» no válidos para operar la interrupción de los plazos prescriptivos los que precisamente concluyeron en la, tanto explícita como implícita, negativa a dirigir el procedimiento contra los querellados, se limita a anular nuestra anterior Resolución a la espera de una «*motivación reforzada*» suficiente que, de alguna manera permita cohonestar la reiterada doctrina constitucional con un pronunciamiento finalmente condenatorio, he de insistir en algunas de las consideraciones que en el anterior Voto Particular ya efectuaba y que, a mi juicio, adquieren en este momento un significado aún mayor, como exponentes de un criterio hoy al parecer también discrepante de la interpretación que dicho TC efectúa de su propia doctrina.

En este sentido reproduzco aquellas consideraciones, que decían así:

«En efecto, la propia dicción del precepto a interpretar: “...dirigir el procedimiento contra el culpable», no permite, en mi opinión y teniendo aquí presentes los argumentos expuestos al respecto por el propio TC que suscribo en lo esencial, que la interrupción del plazo de prescripción se produzca con la mera presentación de la Denuncia o interposición de la Querella, toda vez que no cabe afirmar, y menos aún con una aplicación normativa a mi juicio claramente “contra reo”, que es la parte la que tiene atribuida la función de “dirigir” el procedimiento penal, incluso contra el criterio expreso del propio órgano judicial que inadmite a trámite dicha Denuncia o Querella.

Pues, de hecho, esto es lo que se evidencia palpablemente en el presente procedimiento en el que no una sino hasta tres veces, dos el Instructor y una la Sala, se pronunciaron, bien denegando la admisión a trámite de la Querella, bien revocando esa

decisión de inadmisión pero por motivos formales y con declaración de nulidad de lo actuado, sin pronunciarse propiamente en ese momento sobre si debía admitirse o no a trámite.

La pregunta entonces no es otra que la siguiente: ¿Es posible en tales circunstancias, cuando ha habido cuando menos dos pronunciamientos judiciales expresos de inadmisión de la Querella, afirmar que se había dirigido ya el procedimiento contra los querellados antes de la última decisión del Tribunal de Apelación admitiéndola?

Creo que la única respuesta posible, y jurídicamente correcta, en este caso debería ser la negativa a la pretensión de que el procedimiento ha de entenderse dirigido contra los querellados antes de ser admitida definitivamente a trámite la Querella y a pesar de existir pronunciamientos jurisdiccionales expresos contrarios a esa admisión.

Sin embargo, no debe ocultarse tampoco cómo resulta, por otro lado, cuando menos curioso advertir que, con una interpretación literal de la STC 63/2005 podría incluso afirmarse que la prescripción, en las condiciones y circunstancias del presente caso precisamente, no se había producido, ya que “actos de interposición judicial”, dentro del plazo prescriptivo, sí que hubo, aún cuando como hemos visto fueran precisamente denegatorios de la pretensión de “dirigir el procedimiento” contra los querellados, pues como la Resolución del TC adolece, a mi juicio, de una grave inconcreción, al no precisar a qué clase de “actuación” o “interposición” del Juez se refiere, para reconocerle efectos interruptivos de la prescripción, pudiera pensarse que cualquier intervención de la Autoridad judicial serviría para ello, lo cual representaría un evidente contrasentido.

Por ello, yo sería partidario no sólo de afirmar que es el órgano judicial, y no el denunciante o el querellante, quien tiene facultad para “dirigir”, propiamente, el procedimiento contra la persona del denunciado o del querellado, sino, además, yendo un paso más allá que el TC en la concreción de la

interpretación del artículo 132.2, de precisar la naturaleza de la actuación judicial a la que ha de atribuirse el efecto interruptivo, que podría ser la de la admisión a trámite de la Querella o la incoación de las Diligencias correspondientes a la Denuncia, por tratarse de las primeras decisiones adoptadas por el órgano jurisdiccional y, por ende, las más fáciles e inmediatas en ser adoptadas, próximas a la recepción de la *notitia criminis* y más favorables para las necesidades de la seguridad jurídica y de la tutela de los derechos de víctimas y perjudicados, si los hubiere».

Como ya adelanté, el TC en su Resolución otorgante del amparo no opta, al menos explícitamente, por este criterio, por lo que mi discrepancia se extiende ahora también al hecho de que se haya abierto la posibilidad a entender que puedan otorgárseles efectos interruptivos de la prescripción a las mencionadas decisiones jurisdiccionales, que no admitieron la Querella, recaídas antes de la definitiva admisión a trámite de ésta, a la vista de que el TC en principio parece favorable a que puedan ser tenidas aquellas, con una «adecuada motivación» debidamente «reforzada», como verdaderos «actos de interposición judicial» en el sentido y con los efectos a los que aludía con esa expresión en sus anteriores Resoluciones, en tanto que, por otro lado, mis compañeros no consideran necesario ni siquiera entrar a valorar el carácter de tales Resoluciones puesto que, en coherencia con nuestra conocida y reiterada Jurisprudencia, los tienen por irrelevantes una vez producida la presentación de la Querella dentro del plazo de vigencia de la acción.

En definitiva, finalizo insistiendo una vez más en que la decisión más acorde con mi interpretación de la norma aplicable (art. 132.2 CP) no hubiera debido de ser otra, en la primera de nuestras Sentencias, en la que dictó el TC o, en todo caso, en ésta a la que se une el presente Voto Particular, que la de declarar la prescripción del delito de referencia.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL
MAGISTRADO PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ A
LA SENTENCIA NÚMERO 1329/2009, DE 4 DE
DICIEMBRE, QUE RESUELVE EL RECURSO DE
CASACIÓN NÚMERO 1014/2004

Ya que se reitera el fallo y la *ratio decidendi* de los que me separé en su día, debo también reiterar mi discrepancia. Ésta se cifra en que concuerdo con la interpretación del art. 132.2 CP que el Tribunal Constitucional hace en su sentencia 63/2005, al exigir, la «interposición de una actuación judicial» para que pueda entenderse producido el efecto interruptivo de la prescripción que contempla el art. 132.2 CP. Tal interposición sólo puede consistir en un verdadero acto del juez abriendo *ex novo* la causa y orientando el proceso en una determinada dirección, o reabriendo, de idéntica forma y con la misma finalidad, la que estuviera provisionalmente sobreseída.

Dirigir el procedimiento es tanto como investigar una *notitia criminis*. Es decir, dada ésta, indagar judicialmente en un sentido, a tenor de ciertos datos, para reconstruir el caso. O, lo que es lo mismo, operar efectivamente con una hipótesis de trabajo que incluye alguna indicación atendible —indicio— relativa al posible autor o autores del hecho.

No existirán indicaciones de este género en una resolución que acuerde la apertura por la mera constatación del hecho (del resultado de una acción, en apariencia, criminal) y el archivo inmediato por falta de datos aptos para la investigación. Pues en este caso sólo habría la iniciación de un procedimiento *sin dirigirlo* contra alguien.

Por tanto, para que exista interrupción de la prescripción ex art. 132.2 CP es preciso que el juez cuente con una noticia de delito y con una hipótesis acerca de la misma que le ponga en la pista de alguien, con un mínimo grado de concreción.

Podría tratarse de un alguien individual, ya identificado, o por identificar a partir de algún vestigio que lo señale. O de un alguien plural: totalmente determinado en su

composición, sólo parcialmente identificado, o que parezca *prima facie* identificable por lo que ya se sabe de él.

Si se imputa a una persona como posible autor de una acción de ejecución individual y, por tanto, el procedimiento se dirige exclusivamente contra él, mientras esto suceda, cualquier otro sujeto estará excluido de la persecución y, por tanto, beneficiándose de la prescripción.

En consecuencia, ha de considerarse afectado por la dirección del procedimiento a todo aquel del que pueda decirse con fundamento racional y alguna base empírica que está comprendido en la hipótesis manejada por el instructor.

Es patente que en el contexto normativo de referencia el término «culpable» no se

usa en sentido técnico-jurídico. En efecto, no puede hablarse de «culpable» *stricto sensu* en esa fase preliminar del proceso, en la que apenas podría existir un apunte de imputación por verificar, provisional, por tanto.

Así, «culpable» a esos efectos será *el que pudiera resultarlo* en el curso de la investigación hecha posible por los datos que dan sustento a esa imputación inicial. Y en ningún caso podría serlo alguien por aparecer denotado como tal en un acto de parte, ya sea denuncia o querella, cuya simple formulación o presentación carece de aptitud, a mi juicio, para interrumpir la prescripción. Más aún en supuestos como el de esta causa, en que incluso el instructor inadmitió a trámite la querella.

Sentencia 1391/2009, Sala de lo Penal del TS, de 10 de diciembre de 2009

ABONO DE PRISIÓN PROVISIONAL

Art. 58 Código Penal

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz

SÍNTESIS

Se hace eco de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 57/2008, de 28 de abril, (recogida en el n.º 25 de la Revista de Derecho Penal) en orden al abono de la prisión provisional, y formula frente a ella diversas consideraciones críticas, postulando una reforma legal que aclare la situación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

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 lógi-

ca, 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 de la 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 de la 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 de la CE»*. La sentencia refuerza y cierra lo anterior con un argumento extraído de la propia literalidad del artículo 58.1 del 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 del 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 del 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.

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, siendo ya ocioso entrar en el análisis del segundo motivo, cuyos argumentos, por otra parte, han sido correctamente desestimados por la Audiencia Nacional.

Tercero.—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 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 del 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 de la 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 del 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 de la LECrim), 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 di-

versas 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 delito 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 re-

cursos 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 incrimina 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 del CP. En sentido inverso, dado que el art. 505 de la 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 fuere, en abierta oposición a los fines que inspiran la medida cautelar de prisión provisional, se-

gún 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 20-02-2008, especialmente en su apartado relativo a que la previsión del artículo 123 de la 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 del 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 1338/2009, Sala de lo Penal del TS, de 21 de diciembre de 2009

FALSEDAD DOCUMENTAL

Arts. 390 a 393 Código Penal; 23.3.f) LOPJ

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

SÍNTESIS

Se expone con claridad el cambio jurisprudencial operado desde la inicial consideración de que la falsedad en documentos de identidad o pasaporte extranjero, realizada en el exterior, no podía perseguirse en España, hasta la tesis más reciente que considera competentes a nuestros tribunales para conocer de este delito.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—El Ministerio Público, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1.º de la LECrim., formula un único motivo de casación por infracción de ley al considerar vulnerados los arts. 392 y 390.1.1.º del C. Penal, en relación con el art. 23.3.f) de la LOPJ.

En la sentencia de instancia se admite que el pasaporte nigeriano con el que se identificó la acusada es falso, según consta en el dictamen pericial emitido en la causa (folios 128 a 137), y que fue sometido a contradicción y ratificado en la vista oral del juicio por los peritos oficiales. Pues el original pertenecía a un varón, figurando ahora a nombre de la acusada y con la foto de ésta, quien por tanto tuvo que participar cuando menos con actos de cooperación necesaria para la perpetración de la conducta delictiva. Sin embargo, la Sala de instancia acaba absolviendo por el delito de falsedad al no constar el lugar en que el pasaporte fue alterado, no pudiendo presumirse —se dice en la sentencia— que la alteración se produjera

dentro del territorio nacional. Por lo cual, acaba concluyendo que no se ha probado que nos hallemos ante uno de los supuestos previstos en el art. 23 de la LOPJ para legitimar la intervención de la jurisdicción española, acordándose en consecuencia remitir el correspondiente testimonio de particulares al Consulado de Nigeria en España.

El Ministerio Fiscal recurre en casación la decisión de la Sala de instancia porque entiende que la Audiencia ha interpretado incorrectamente el art. 23.3.f) de la LOPJ y se ha apartado de la nueva doctrina del Tribunal Supremo relativa a esa clase de falsificaciones fuera del territorio nacional, toda vez que, en contra de lo que se dice en la sentencia, sí perjudican al crédito e intereses del Estado Español, por lo que esas conductas han de ser perseguidas dentro del territorio nacional.

Le asiste la razón al Ministerio Público cuando argumenta sobre la extensión de la jurisdicción española a la hora de perseguir esa clase de falsedades. En efecto, la jurisprudencia de esta Sala, tal como se expresa en algunas resoluciones, ha dado un giro co-

pernican en el análisis de la cuestión sometida a debate, de modo que, como consecuencia de la aplicación de algunos de los tratados internacionales que han sido ratificados por España, ha estimado que todo lo relativo a la identificación de personas en nuestro país tiene una notable relevancia o interés para el Estado, tanto desde la perspectiva de la seguridad nacional interna, como desde la dimensión referente al cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de seguridad.

Así las cosas, se ha abandonado el criterio de exclusión de la tipicidad adoptado en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala del Tribunal Supremo de fecha 27 de marzo de 1998, en el que se descartó la posibilidad de que tales falsificaciones de documentos de identidad confeccionados en el extranjero afectaran a los intereses o al crédito del Estado español, interpretación que se concretó posteriormente en las SSTS 170/1998, 217/2000, 2026/2001, 2384/2001 y 800/2003, entre otras.

Esa línea jurisprudencial se ha quebrado, tal como ya hemos anticipado, en las nuevas resoluciones que abren un camino claro hacia la punición de las falsedades de documentos oficiales de identidad perpetradas en el extranjero. Para ello el Tribunal Supremo acude a dos argumentos. El primero y fundamental, se construye sobre la relevancia que presenta la identificación de ciudadanos extranjeros en nuestro país a los fines de controlar la seguridad, la inmigración y la circulación de los ciudadanos pertenecientes a la Unión Europea (SSTS 1295/2003, de 7-10; 1089/2004, de 10-11; 66/2005, de 26-1; 1004/2005, de 14-9; 458/2006, de 11-4; y 14/2007, de 25-1).

En esas resoluciones el Tribunal Supremo estima que ya no cabe sostener la línea precedente, marcada en el Pleno jurisdiccional de 27 de marzo de 1998, porque la falsificación de documentos de identidad siempre afecta a los intereses del Estado dadas las exigencias derivadas del art. 6 del Convenio de Schengen de 1985, al que se adhirió España en virtud del Protocolo de 25 de

junio de 1991. Se subraya al respecto que ya no puede ser indiferente a ningún país la identificación de personas dentro del territorio nacional, dada su repercusión en temas de seguridad, inmigración, visados, circulación de personas, etc. Por lo cual, sí están en juego ciertos intereses del Estado y también su propio crédito en las relaciones internacionales a tenor de los distintos compromisos adquiridos.

De otra parte, también se ha abierto en algún caso concreto una segunda línea interpretativa de signo incriminatorio que se basa en considerar que la mera identificación de ciudadanos extranjeros ante la policía mediante documentos de identidad falsos puede ser subsumida en el art. 393 del C. Penal, por estimarse que se trata generalmente de identificaciones que han de operar al inicio de un proceso judicial debido a que suelen practicarse con motivo de la investigación de alguna actividad delictiva (SSTS 1295/2003, de 7-10; y 458/2006, de 11-4). Se interpreta así de forma quizá excesivamente extensiva la expresión «presentar en juicio» recogida en el art. 393 del C. Penal, comprendiendo dentro de ella incluso la fase preprocesal de la instrucción, es decir, el atestado policial que abre la tramitación de un proceso.

Con todo, la línea interpretativa prioritaria y prevalente es la primera que se reseñó. Y así, en la sentencia de este Tribunal 602/2009, de 9 de junio se especifica que el principio real o de protección ha merecido otra interpretación del Tribunal Supremo, considerando que las situaciones en que un sujeto residente en España dispone de un documento falso para identificarse, sí pueden afectar el interés de España y consiguientemente tener competencia para su enjuiciamiento y castigo, aunque los hechos se hayan cometido en el extranjero. Pues las falsedades de documentos oficiales destinados a identificar a una persona, conforme a los Convenios Europeos suscritos por España, en especial dentro del marco de la Unión Europea, debe considerarse afectantes al interés del Estado.

En las sentencias dictadas en estos últimos años se ha consolidado ya el criterio de que la falsificación de documentos identificativos siempre afecta a los intereses del Estado, desde las exigencias derivadas del art. 6 del Convenio de Shengen y porque en definitiva no le puede ser indiferente a ningún país la identificación de personas provistas de documentos de identidad falsos, por cuanto ello afecta a las políticas de visados, inmigración y seguridad en general. La falsedad de un documento oficial indidentificativo afecta, pues, al interés del Estado a tener en todo momento la posibilidad de controlar, a través de la documentación personal, la identidad de los residentes en el país. Y así lo han entendido las distintas resoluciones dictadas por la Sala en los últimos tiempos, quedando así obsoleto de facto el criterio adoptado en el Pleno no jurisdiccional del año 1998 (SSTS 975/2002, de 29-6; 1295/2003, de 7-10; 1089/2004, de 24-9; 66/2005, de 19-1; 476/2006, de 5-4; 431/2008, de 5-4; 139/2009, de 24-2; 507/2009, de 28-4; y 688/2009, de 18-6).

En lo que respecta a la autoría en los delitos de falsedad, como es sabido, la jurisprudencia tiene establecida como doctrina consolidada que deben reputarse autores no solamente aquellos que ejecutan personal y físicamente la acción falsaria, sino también quienes, sin realizarla materialmente, intervienen en su realización con un acto que permita atribuirles el codominio del hecho o, en su caso, la condición de partícipes en la modalidad de inductores o de cooperadores necesarios. Por lo cual, no es preciso pa-

ra atribuir la autoría del referido delito que se acredite quién es el autor de la falsificación material del documento. Hipótesis, por lo demás, difícil de probar en gran parte de los casos debido a que se opera mediante imitaciones de firmas o de escrituras auténticas que difuminan la posibilidad de acreditar quién es el copista que las realiza. Es bastante, por lo tanto, con probar que el imputado ha intervenido con actos decisivos para que se lleve a cabo la falsedad documental por un tercero, máxime teniendo en cuenta el concepto amplio de autor que acoge el art. 28 del C. Penal (SSTS 704/2002, de 22-IV; 661/2002, de 27-V; 1531/2003, de 19-XI; 200/2004, de 16-II; 368/2004, de 11-III; 474/2006, de 28-IV; y 702/2006, de 3-VII, entre otras).

Pues bien, ciñéndonos al caso concreto que ahora se enjuicia, es claro que la conducta de la acusada consistente en identificarse ante los agentes policiales con motivo de su detención con un pasaporte nigeriano falso, por haber adherido al documento original auténtico su propia foto y haber alterado los datos personales del documento, ha de ser subsumida, con arreglo a la nueva doctrina jurisprudencial, en el art. 392 del C. Penal, puesto en relación con el art. 390.1.1.º y 2.º del mismo texto legal. Y ello porque se está ante una conducta falsaria, ya sea en la modalidad de autoría directa o de cooperación necesaria, que afecta a los intereses del Estado español en los términos que más arriba se han expuesto sobre las materias de seguridad y circulación de personas.

Sentencia 1351/2009, Sala de lo Penal del TS, de 22 de diciembre de 2009

LESIÓN DE DERECHOS SOCIALES

Art. 293 Código Penal

Ponente: **Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer**

SÍNTESIS

Se expone la doctrina jurisprudencial relativa a la figura delictiva prevista en el artículo 293 del Código Penal, en el ámbito de los delitos societarios, delimitándolos del mero ilícito civil.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

3. Conforme a la Doctrina más caracterizada, el tipo penal objeto de estudio tutela los derechos económicos y políticos propios de la condición de socio, de acuerdo con la normativa extrapenal reguladora de los derechos inherentes a dicha condición. Es cierto que no se refiere a todos, pero sí a los derechos mínimos del accionista, de acuerdo con el art. 48 de la LSA. Así, son derechos tutelados de naturaleza económico patrimonial el derecho a participar en los beneficios, a participar en la cuota de liquidación y de suscripción preferente; y son derechos políticos los de información y asistencia y voto en la juntas generales. Trata el legislador de velar por el correcto funcionamiento de los órganos de administración de las sociedades, protegiendo los resortes de control de la gestión social de los accionistas y socios. Ello se enmarca en el contenido de las Directivas comunitarias correspondientes (especialmente la Cuarta Directiva).

La esencialidad del *derecho de información* queda fuera de toda duda, no sólo por su reconocimiento expreso en el art. 48.2.d) LSA, sino porque se erige en presupuesto

ineludible, a través del ejercicio del voto en las juntas generales, del derecho de participación y control en la gestión de la sociedad. Su reconocimiento legal presenta una doble vertiente. Por una parte, los accionistas podrán solicitar por escrito, con anterioridad a la reunión de la Junta, o verbalmente durante la misma, los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día. Los administradores estarán obligados a proporcionárselos, salvo los casos en que, a juicio del presidente, la publicidad de los datos solicitados perjudique los intereses sociales. Excepción que no procederá cuando la solicitud esté apoyada por accionistas que representen, al menos, la cuarta parte del capital (art. 112 LSA).

Por otra parte, a partir de la convocatoria de la Junta General, cualquier accionista podrá obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma, así como en su caso, el informe de gestión y el informe de los auditores de cuentas (art. 122 LSA).

Y en cuanto a los derechos de *participación en la gestión o control* de la actividad social, bajo este enunciado deben englobar-

se sin duda los derechos de *asistencia y voto en las juntas generales*, que en la doctrina han sido conceptuados como los fundamentales del accionista, ya que mediante ellos se interviene e influye en la adopción de los acuerdos sociales, se elige quienes dirigen y representan a la sociedad y, finalmente, se controla o puede controlar la situación de la explotación de la empresa de la que es titular la sociedad anónima. Merece también mención el derecho a solicitar la *convocatoria de Junta General Extraordinaria*, ya que los administradores deberán convocarla cuando lo soliciten socios que sean titulares, de, al menos, un cinco por ciento del capital social, expresando en la solicitud los asuntos a tratar en la Junta. En este caso, la Junta deberá ser convocada para celebrarse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se hubiese requerido notarialmente a los administradores para convocarla (art. 100.2 LSA).

El comportamiento típico consiste en *negar o impedir* a un socio, sin causa legal, el derecho de los ejercicios arriba mencionados. Con ello la superposición de acciones civiles y penales resulta inevitable. La obstrucción del ejercicio de los derechos de los socios legitima la impugnación del acuerdo así viciado y, a la vez, formalmente cumple los requisitos típicos de la figura que nos ocupa. El legislador ha optado por suprimir la exigencia de un comportamiento «malicioso y reiterado», tal como hacían sus antecedentes inmediatos, sin añadir, no obstante, ningún otro atributo que permita diferenciar ambas actitudes.

La negativa o el impedimento, la actividad típica, tiene que ser *dolosa*. La exigencia típica de que *no exista causa legal* que justifique la negación o impedimento de los derechos, se alza como única barrera a la intervención penal. Las dudas sobre su existencia, o en otros términos, el error vencible (art. 14.1 CP) sobre este elemento del tipo dará lugar a la atipicidad de la conducta.

4. En la jurisprudencia se ha destacado como conducta típica la *obstruccionista*

frente al derecho de los socios, siendo esta cualidad de *persistencia en el abuso*, lo que por regla general debe determinar la aplicación de la ley penal.

La STS de 26-11-2002, n.º 1953/2002, señala que «el tipo aplicado introducido en el Código Penal de 1995, como consecuencia de las Directivas Comunitarias, es cierto que criminaliza determinados ilícitos civiles dentro de la esfera de los derechos políticos y económicos que corresponden a los socios o accionistas, concretamente, los de información, participación en la gestión o control de la actividad social o suscripción preferente de acciones, todos ellos recogidos en la legislación mercantil, además de otros que están excluidos de la conminación penal bien por entenderse que tienen menos trascendencia o porque no se ejercitan ante los administradores y por ello no integran la conducta penalmente relevante. Se ha afirmado que falta un plus de antijuricidad material que justifique la respuesta penal frente al incumplimiento de obligaciones mercantiles que pueden ser demandadas igualmente en esta vía, advirtiéndose que la estructura de la obligación sería idéntica en un caso y otro. Precisamente por ello, decíamos en la STS núm. 654/02, de 17/04, a propósito del artículo 291 CP, que también constituye una criminalización de determinadas conductas societarias, que ello equivale a sancionar penalmente determinadas conductas incardinables en el *ejercicio abusivo* de los derechos (artículo 7.2 CC). Es en este punto donde debe radicar la justificación de la conminación penal a los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que *sin causa legal* negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos señalados más arriba, pues no se trata de una negativa esporádica, ocasional, puntual o aislada, sino en abierta conculcación de la legislación en materia de sociedades, con *abuso de su cargo*, desplegar, en síntesis, una *conducta obstruccionista* frente al derecho de los socios, siendo esta cualidad de *persistencia en el*

abuso lo que por regla general debe determinar la aplicación de la ley penal.

El delito aplicado constituye una infracción de *mera inactividad* o bien obstativa frente a los socios, siendo de efecto permanente, lo que significa que su *consumación* se prolonga en el tiempo mientras el administrador que desoye los requerimientos de los socios, no cumpla con las obligaciones que le vienen impuestas por la legislación mercantil».

También la STS de 9 de mayo de 2003 aborda el análisis del art. 293 CP y, entre otras cosas, declara que «en relación a las censuras doctrinales que critican el precepto por estimar que los derechos de los accionistas —que constituyen el bien jurídico protegido— ya se encuentran tutelados por la legislación mercantil y no precisan el amparo penal, estas críticas desconocen, a nuestro entender, la relevancia de los derechos básicos de los accionistas que no pertenecen al grupo de control de la sociedad, la gravedad de los ataques de que pueden ser objeto, y la necesidad de una tutela contundente frente a estas agresiones, que solo puede ser proporcionada por la intervención penal.

Sin embargo, asiste la razón a los críticos en la necesidad de restringir los supuestos que justifican la intervención penal, que deben quedar limitados a los comportamientos más abiertamente impeditivos del ejercicio de estos derechos básicos, para diferenciarlos de los supuestos en que lo que se discute es simplemente la suficiencia del modo en que se ha atendido a los derechos de los accionistas, supuestos que están reservados al ámbito mercantil.

Esta restricción no puede realizarse exigiendo requisitos típicos ajenos al precepto, como el perjuicio patrimonial, pues cuando el legislador ha pretendido diseñar en el ámbito de los delitos societarios un tipo de resultado patrimonial lesivo así lo ha dispuesto expresamente, por ejemplo en el art. 295 en el que se exige como resultado típico que

“se cause directamente un perjuicio económico evaluable a los socios...”.

Tampoco cabe configurar el tipo como delito de peligro hipotético, exigiendo la constatación en cada caso de la idoneidad lesiva, para el patrimonio del socio afectado, de la conducta impeditiva de sus derechos objeto de denuncia. Y ello porque el legislador, cuando ha pretendido en este mismo capítulo diseñar tipos de peligro hipotético para el patrimonio así lo ha establecido expresamente, por ejemplo en el art. 290 que exige que la conducta delictiva se realice “de forma idónea para causar un perjuicio económico” a la sociedad, a alguno de sus socios o a un tercero.

La restricción debe alcanzarse a través de una interpretación del precepto sujeta a su fundamentación material, en el triple ámbito del objeto, de la conducta típica y del elemento normativo.

En el ámbito del objeto material ha de partirse de que los derechos tutelados en el precepto no son absolutos ni ilimitados».

Y la STS de 14-7-2006, n.º 796/2006, concretándose al derecho de *información*, al que se refiere el presente recurso, precisa que «su extensión y modalidades de ejercicio tiene el alcance concreto que le otorgan las correspondientes normas societarias. Como objeto del tipo penal el ámbito del derecho no alcanza a los supuestos razonablemente discutibles, que deben quedar para su debate en el ámbito estrictamente mercantil, por lo que únicamente serán típicos aquellos supuestos de denegación de información a la que los socios tienen derecho de modo manifiesto, como sucede con los prevenidos en los arts. 112 LSA (derecho de los accionistas a los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos que figuren en el orden del día de una Junta General) y 212 LSA (derecho de los accionistas a obtener cualquiera de los documentos que habrán de ser sometidos a la aprobación de la Junta).

No es exigible que el comportamiento sea reiterado, pues no lo requiere el precepto, ni tampoco se exige un elemento subjetivo específico (el legislador suprimió en la redacción final del artículo las expresiones «maliciosa» y «reiteradamente» que figuraban en el proyecto), pero sí una abierta con-

culcación de la legislación en materia de sociedades, como se ha señalado ya por esta misma Sala (TS de 26 de noviembre de 2002), pudiendo constituir la *persistencia en la negativa a informar*, una manifestación de este carácter manifiesto de la conculcación del derecho de información».

Sentencia 1375/2009, Sala de lo Penal del TS, de 28 de diciembre de 2009

PRUEBA TESTIFICAL ANTICIPADA

Arts. 448, 449, 730 y 777 LECrim.

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Artemio Sánchez Melgar

SÍNTESIS

Se expone con claridad la doctrina sobre la prueba anticipada diferenciando los supuestos en que ésta se practica ante el órgano instructor (prueba anticipada en sentido impropio) y diferenciándola de la prueba preconstituida.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—En un único motivo de contenido casacional, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el autor del recurso denuncia la infracción de los arts. 446, 702, siguientes y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, e igualmente invocando anclaje constitucional (art. 852), denuncia la infracción de la presunción de inocencia, alegando que la prueba de cargo «consistente en la declaración de la testigo, se practicó de forma indebida en la fase sumarial y no fue practicada en el acto del juicio oral».

Anuda una serie de tachas procesales, como que tal declaración no fue recogida en el

correspondiente soporte audiovisual, y se reitera que no se practicó en el plenario.

El motivo debe ser desestimado.

Los hechos probados narran un episodio de inusitada violencia sexual, llevado a cabo entre dos personas, una mayor y otra menor de edad, frente a la víctima Esperanza. El menor fue juzgado en la correspondiente jurisdicción que le es propia, y aunque ya hayamos expresado en alguna ocasión que este sistema rompe con la denominada continencia de la causa, al posibilitar una dualidad de enjuiciamiento de unos mismos hechos, es el sistema por el que se ha decantado nuestro legislador, al contrario de otros sistemas jurídicos de nuestro entorno. Pero el caso es que el menor se conformó con la medida solicitada para él en el ámbito de tal jurisdicción, como autor de un ilícito ataque se-

xual, lo que no hacer más que corroborar la versión ofrecida por la víctima. Como igualmente lo corroboran las lesiones padecidas en tan brutal acceso carnal, pues como dicen los jueces *a quibus*, «las lesiones que presentaba la mujer no se corresponden con un encuentro sexual consentido».

Ciertamente, la referida víctima no acudió al plenario, pero ello fue debido a causas completamente ajenas a la petición de la acusación, que insistentemente solicitó su presencia en dicho acto. Incluso fue suspendido el juicio oral para lograr tal asistencia, sin que finalmente pudiera llevarse a cabo, en tanto se encontraba en paradero desconocido, como certificaron los agentes policiales encargados de su búsqueda.

En consecuencia, y por la vía del art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, fue introducido su testimonio, que fue leído en el acto del plenario, y que había sido practicado con total corrección jurídico-procesal, en concepto de prueba anticipada en sentido impropio.

Así es de ver, a los folios 70 al 72, que se toma tal declaración a Esperanza en previsión de que no acudiese al juicio oral, «al tratarse de una persona de nacionalidad extranjera cuya localización para la celebración de la vista oral podría ser difícil, de acuerdo con la información facilitada por la policía», según reza textualmente tal documento. Tal declaración se realiza a presencia judicial, bajo la fe del secretario, y con la asistencia del representante del Ministerio Fiscal y de la defensa del detenido (la letrada cuyo nombre figura en los autos), e incluso con la propia presencia del ahora recurrente, el procesado Calixto, quien personalmente asiste a dicho acto, con la ayuda de intérprete. En tal declaración, la víctima narra los aspectos fácticos de la agresión sexual sufrida por ambas personas, con todo lujo de detalles, posibilitándose el interrogatorio cruzado de todos los intervinientes.

Como hemos ya declarado en STS 1059/2007, de 20 de diciembre, y en STS 96/2008, de 29 de enero, el art. 777.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, determina

que cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de *temer razonablemente* que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de *contradicción* de las partes. Dicha diligencia —de ser posible— deberá documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o, en todo caso, por medio de acta autorizada por el Secretario judicial, con expresión de los intervinientes.

Y que a los «efectos de su *valoración como prueba en sentencia*, la parte a quien interese deberá instar en el juicio oral la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia, en los términos del art. 730».

El temor de que la diligencia no pudiera practicarse en el juicio oral, era más que *razonable*, como es obvio. Los letrados pudieron dirigir a las testigos cuantas preguntas consideraron procedentes, y el Ministerio Fiscal asistió a la diligencia judicial, sin que se expresara entonces ninguna queja.

Como ha declarado la STS 96/2009, de 10 de marzo, hemos de concretar debidamente el ámbito de lo que se entiende como prueba anticipada y preconstituida, como consecuencia de la imposibilidad del testigo de acudir al juicio oral. La Ley de Enjuiciamiento Criminal permite prescindir de su personal comparecencia en el propio juicio oral, sustituyéndola por otras soluciones. En ellas existen diferencias por su mayor o menor observancia de los principios que presiden la práctica de la prueba y especialmente del principio de inmediación ante el Tribunal juzgador:

A) Así sucede, salvándose plenamente la inmediación, con la llamada «prueba anticipada en sentido propio». Se admite en el Procedimiento Ordinario por el art. 657 apartado tercero, que al regular los escritos de conclusiones provisionales faculta a las partes para pedir que se practiquen «desde

luego aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa fuere de temer que no se puedan practicar en el Juicio Oral, o que pudieran motivar su suspensión». Norma que tiene en el Procedimiento Abreviado su correspondencia en los arts. 781.1 apartado tercero y 784.2, que permiten a la acusación y a la defensa, respectivamente, solicitar «la práctica anticipada de aquellas pruebas que no pueden llevarse a cabo durante las sesiones del Juicio Oral». En uno y otro procedimiento la excepcionalidad se limita a la anticipación de la práctica probatoria que se desarrolla en un momento anterior al comienzo del juicio oral. En lo demás, se han de observar las reglas propias de la prueba, con sometimiento a los mismos principios de publicidad, contradicción e inmediación ante el Tribunal juzgador que prevendrá lo necesario para la práctica de la prueba anticipada (art. 785.1.º de la LECrim.).

B) Un segundo supuesto muy diferente, porque ya supone un sacrificio de la inmediación, es el denominado por algunos como «prueba preconstituida». Su diferencia con la anticipada está en que en la preconstituida la práctica de la prueba no tiene lugar ante el Tribunal Juzgador sino ante el Juez de Instrucción, con lo cual la inmediación desaparece al menos como inmediación espacio-temporal, y queda reducida a la percepción del soporte en que la prueba preconstituida se documente y refleje. A veces, se le denomina prueba «anticipada en sentido impropio» para reservar el término de «preconstituida» a las diligencias sumariales de imposible repetición en el Juicio Oral por razón de su intrínseca naturaleza y cuya práctica —como sucede con una inspección ocular y con otras diligencias— es forzosamente única e irrepetible. Se llame de una o de otra forma, este supuesto es el de las pruebas testificales que ya en la fase sumarial se prevén como de reproducción imposible o difícil por razones que, aun ajenas a la propia naturaleza de la prueba, sobrevienen en términos que permiten anticipar la imposibilidad de practicarla en el juicio

Oral. Estos supuestos se dan en el procedimiento abreviado y en el ordinario:

1) En el abreviado se rigen por lo dispuesto en el art. 777 de la LECrim. según el cual «cuando por razón de lugar de residencia de un testigo o víctima o por otro motivo fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el Juicio Oral o pudiera motivar su suspensión, el Juez de instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes». Como es obvio que ante el Juez de Instrucción no se satisface debidamente la inmediación, el precepto busca garantizar al menos una inmediación de segundo grado o menor al exigir que esa diligencia ante el instructor se documente «en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, o bien previendo quizás la secular falta de medios de la Justicia española, por medio de acta autorizada por el Secretario Judicial con expresión de los intervinientes; 2) En el procedimiento ordinario los preceptos correspondientes se encuentran en el art. 448 y 449 de la LECrim. cuyas exigencias son: a) en cuanto al presupuesto condicionante: que haya motivo racionalmente bastante para temer la muerte del testigo o su incapacidad física o intelectual antes de la apertura del Juicio Oral, o bien que el testigo al hacerle la prevención referida en el art. 446 acerca de su obligación de comparecer para declarar de nuevo ante el Tribunal competente cuando se le cite para ello, manifieste la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse de la Península; b) en cuanto al modo de practicarse: que se provea de Abogado al reo por su designación o de oficio para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo; que se le examine «a presencia del procesado» y de su Abogado defensor —salvo el supuesto del art. 449— y a presencia del Fiscal y del querellante si quisieran asistir al acto, permitiéndoles las preguntas convenientes; y que la diligencia consigne las contestaciones a estas preguntas y sea firmada por los asistentes; c) en

cuanto a su introducción en el Juicio Oral: que en el acto de la vista se proceda a la lectura de esta diligencia de prueba, preconstituida o anticipada; exigencia que, sin estar expresada en el art. 448, es de cumplimiento necesario por elemental observancia de los principios de inmediación, publicidad, y contradicción. Así lo evidencia además que lo exija el art. 777 en el Procedimiento Abreviado, sin que tenga justificación alguna prescindir de lo mismo en el ordinario, cuando está referido a delitos de mayor gravedad; y d) que además la imposibilidad anticipadamente prevista durante el sumario para comparecer al Juicio Oral, legítimamente de su práctica anticipada ante el Juez de Instrucción, subsista después, puesto que si por cualquier razón desapareciera

luego la imposibilidad de acudir al Juicio Oral, no puede prescindirse del testimonio directo en ese acto ni se justifica sustituirlo por la declaración prestada al amparo del art. 448 de la LECrim.

C) El tercer supuesto lo regula el art. 730 de la LECrim. que cubre los casos en que no siendo tampoco posible, como en los anteriores, prestarse la declaración testifical en el Juicio Oral, sin embargo, a diferencia de ellos, la imposibilidad procede de factores sobrevenidos e imprevisibles. En ese ámbito el art. 730 de la LECrim. dispone que podrán leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que por causa independiente de la voluntad de aquéllas no pueden ser reproducidas en el Juicio Oral.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Auto 409/2009, AP BARCELONA, Sec. 8.ª, de 16 de septiembre de 2009

JURADO: NECESIDAD, PARA ACOMODO DEL PROCEDIMIENTO A SU LEY REGULADORA, DE EVIDENCIAS SUFICIENTES PARA COMPLETAR EL JUICIO DE VEROSIMILITUD DE LA IMPUTACIÓN DE HECHOS

Arts. 5.2.c) y 24.1 LOTJ

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jesús M.ª Barrientos Pacho**

SÍNTESIS

Estima la Sala el recurso del Fiscal contra la resolución que ordenaba seguirse el procedimiento por los trámites de la Ley del Jurado, por cuanto no concurren elementos indiciarios suficientes para permitir imputar los hechos a persona determinada.

EXTRACTOS DEL AUTO

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Segundo.—Dos son en esencia las razones utilizadas por el Fiscal para atacar la decisión judicial de acomodación de los autos al Procedimiento de Jurado, por un lado, la que opone la insuficiencia de los elementos indiciarios para permitir imputar los hechos perseguidos a una persona determinada, y, en segundo lugar, por oponer la competencia del Jurado para el enjuiciamiento de los hechos objeto de investigación, en la medida en que realizarían una pluralidad de deli-

tos que se presentarían desprovistos de las razones de conexidad exigidas para ser atraídos hacia el conocimiento del Jurado.

(...)

En el caso actual tenemos como única parte acusadora, por tanto ajena al Juez de Instrucción, al Ministerio Fiscal, y éste en reiterados escritos, uno previo e inmediato a la resolución combatida —folio 2.024 de la causa— y otros ulteriores, en forma de alegación impugnatoria frente a la decisión de acomodación, lejos de instar la acomoda-

ción del Sumario al Procedimiento del Jurado, en los términos que le faculta el citado artículo 309 bis de la LECrim., ha venido a instar la resolución que se previene en el artículo 622 de la misma ley procedimental, esto es, el cierre y la conclusión sumarial sin procesamiento, al estimar que los elementos indiciarios recogidos no constituyen presupuesto objetivo bastante y razonable para dirigir el procedimiento contra persona alguna.

En un sistema procesal acusatorio puro es patente que esa sola posición y pretensión del Fiscal impediría la adopción de una decisión de acomodación procesal del tipo de la decidida por la Sra. Juez de Instrucción, en la medida en que no ha sido interesada por el Fiscal; sin embargo, habrá de admitirse que nuestra regulación del proceso, al menos en la fase en que se halla la causa, está lejos del modelo acusatorio puro, pues los términos de redacción de los artículos 24 de la LOTJ y 309 bis de la LECrim., dejan a la decisión del Juez de Instrucción la incoación del Procedimiento de Jurado y, lógicamente, también plena autonomía en la valoración de las verosimilitud de las imputaciones tanto objetivas como subjetivas requeridas para la toma de aquella decisión.

Cuarto.—Dicho lo anterior, no podremos pasar por alto que en el Sumario ordinario en que se halla la presente causa había recaído ya en fecha 18 de septiembre de 2003 auto de acomodación del mismo al Procedimiento de Jurado, en decisión que resultó anulada y dejada sin efecto, retrocediendo el proceso al Sumario ordinario, por auto de 25 de septiembre de 2007, esgrimiendo como argumento para el retroceso procedimental, precisamente, la ausencia de evidencias suficientes para completar el juicio de verosimilitud en la imputación de los hechos a persona o personas concretas y determinadas, es decir, por haberse tomado anteriormente la decisión de acomodación a Jurado sin que se hubieren dado todos los presupuestos exigidos en el artículo 24.1 de la LOTJ. Y claro, no solo no podemos pasar

por alto esta incidencia procesal sino que debemos buscar que la resolución ahora combatida, que justamente reitera la decisión de transformación del Sumario en Procedimiento de Jurado, resulte congruente, o al menos no incida en idénticos motivos de ausencia de verosimilitud subjetiva que llevaron en 2007 a anular una anterior decisión de conversión procesal.

Pues bien, ese análisis de congruencia solo podría ser superado para el caso de que durante la investigación realizada entre las fechas de la nulidad decretada por auto de 25 de septiembre de 2007 y la del dictado del auto ahora recurrido se hubieren aportado a la causa evidencias indiciarias que arrojen más luz sobre la imputación subjetiva de los hechos a la que justamente en aquella fecha inicial había impedido al Juez de Instrucción completar el juicio de verosimilitud exigido para la transformación del Sumario en procedimiento de Jurado. Y claro ese plus indiciario no puede estimarse concurrente si al fundamentar la Juez de Instrucción los indicios valorados para concluir incoando el procedimiento de Jurado se remite en su integridad a los esgrimidos en el auto de 29 de octubre de 2007 —aunque se alude expresamente al auto de 29 de octubre de 2008, deberá atribuirse la reseña del año 2008 a un error pues no se halla resolución de la fecha que se cita—, remisión que no podemos tener por determinante de la verosimilitud afirmada en la misma medida en que entre este auto y el anterior de 25 de septiembre de 2007 no se había incorporado a la instrucción diligencia de investigación alguna, de tal forma que si los elementos considerados a los fines de ese mismo análisis habían resultado insuficientes al tiempo de dictar el auto de 25 de septiembre, no pueden revelarse después, al dictar el auto de 29 de octubre, en poderosos y suficientes para superar el juicio de verosimilitud reclamado. Pero es que tampoco después del auto de 29 de octubre de 2007, hasta la fecha del dictado de auto remisorio ahora combatido constan incorporadas a la investigación abierta diligencias particula-

res con resultados sustanciales a los fines de este análisis, pues únicamente se ha incorporado la que se presentaba como decisiva declaración testimonial de la esposa del fallecido, Serafina ... —peticionada por el Fiscal en su escrito de entrada en el Juzgado en fecha 7 de septiembre de 2007—, y sin embargo, de la lectura de sus manifestaciones, que quedaron unidas a los folios 847 a 850, nada se desprende de interés incriminatorio sobre persona alguna, pues la indicada testigo presencial de los hechos no pudo aportar al proceso dato alguno que ayude a despejar las incógnitas planteadas sobre la autoría del crimen, pues con el solo dato de las coincidencia del arma que hubo de disparar el proyectil causal de la muerte aquí investigada con la que produjo otra muerte también dolosa atribuida a quien ha sido oído aquí como imputado, añadido al hecho circunstancial de la proximidad de residencia y trabajo

de éste con el lugar del crimen, no constituyen elementos de inferencia bastantes para superar el juicio de verosimilitud que exige al artículo 24.1 de la LOTJ, menos si otras diligencias que se presentaban relevantes para el esclarecimiento del hecho, como resultan ser las muestras y vestigios recogidos en el interior del vehículo utilizado en la huida por los autores, no coinciden en ningún caso con el perfil genético de ese mismo imputado, y ningún otro dato o elemento valorativo permite reforzar las sospechas que puedan permanecer abiertas sobre su intervención en los hechos.

Estamos, por todo lo expuesto en el caso de acoger el recurso del Fiscal, revocar la decisión del Instructor y mantener la plena vigencia del Sumario en trámite, a fin de que se proceda en los términos reclamados por el Fiscal en su escrito de 4 de mayo pasado.

Sentencia 250/2009, AP MADRID, Sec. 29.ª, de 1 de octubre de 2009

INTRUSISMO: ADMINISTRADOR DE FINCAS

Art. 403 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Inmaculada Casares Bidasoro**

SÍNTESIS

La sucesión de normas administrativas, tipos penales y doctrina del Tribunal Constitucional sobre estas materias hace problemática la extensión del tipo de intrusismo a los supuestos en que, no existiendo titulación académica, sí se requiere titulación oficial.

En el presente supuesto, tratándose del ejercicio de la profesión de administrador de fincas, el fallo de la sentencia es absolutorio.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Segundo.—(...)

Se ha propuesto una tesis, doctrinalmente minoritaria, que pretende solventar el pro-

blema interpretativo destinando este inciso segundo a sancionar los supuestos en los cuales, para el ejercicio de una profesión determinada, no basta la titulación académica sino que se precisa una titulación oficial adi-

cional que acredite conocimientos específicos y habilite para dicho ejercicio (así el título de médico especialista respecto del título académico de licenciado en medicina y cirugía). Esta interpretación resulta sugerente pero en realidad desconoce la génesis legislativa del precepto, va más allá del sentido literal de la norma y puede generar una nueva aplicación extensiva «*in malam partem*» de la intervención penal al amplio mundo de las especialidades profesionales que no parece fuese contemplado por el legislador como destinatario de esta modalidad delictiva. Sin garantizar, por otra parte, que determinadas actividades profesionales, no necesariamente académicas, que inciden en los bienes individuales mas relevantes de los ciudadanos, se ejercitan por aquellas personas que poseen reconocidamente los conocimientos necesarios.

Descartando en consecuencia esta interpretación, y en tanto no exista pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional sobre su constitucionalidad, la aplicación del citado inciso segundo del párrafo primero del art. 403 del Código Penal de 1995 EDL 1995/16398 debe aceptar que efectivamente el legislador de 1995 quiso ampliar el ámbito de lo punible en materia del delito de intrusismo, prohibiendo bajo pena la realización de determinadas actividades sin poseer título académico (inciso primero) u oficial (inciso segundo) y renovando con ello la configuración penal del tipo, respetándose con ello el mandato constitucional que sujeta a los Jueces y Tribunales al «imperio de la Ley» (art. 117 CE EDL 1978/3879).

Pero seguidamente ha de cumplirse asimismo el mandato contenido en el artículo 5.1 de la LOPJ EDL 1985/8754 e interpretar el nuevo tipo conforme a la doctrina constitucional, lo que significa:

a) Restringir la aplicación del tipo atenuado del inciso segundo a supuestos en que el intrusismo se produzca en profesiones que requieran una especial capacitación de la que dependan bienes jurídicos de la máxi-

ma relevancia constitucional, como son la vida, la integridad corporal, la libertad y la seguridad (STC 111/1993, de 25 de marzo, y concordantes EDJ 1993/2984).

b) Excluir radicalmente su aplicación en aquellas profesiones en las que ya existe pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional afirmando que no se observa en el ejercicio genérico de la misma un interés público esencial que en el juicio de proporcionalidad le haga merecedor de tan alto grado de protección como la dispensada a través del sistema penal de sanciones; esto excluye de la sanción penal el supuesto aquí enjuiciado de los agentes de la propiedad inmobiliaria, conforme a una reiteradísima doctrina constitucional, así como las funciones propias de los Gestores Administrativos conforme a las SSTC 130/1997, de 15 de julio EDJ 1997/4885, 219/1997, de 4 de diciembre EDJ 1997/8339, 142/1999, de 22 de julio EDJ 1999/19194 y 174/2000, de 26 de junio EDJ 2000/15594.

c) Interpretar el precepto atendiendo esencialmente al bien jurídico protegido, la apariencia de verdad que poseen determinados títulos y que constituye mecanismo necesario y esencial para garantizar a los ciudadanos la capacitación de determinados profesionales. Bien jurídico de carácter colectivo y no individual, cuya lesión afecta a la sociedad y no a particulares intereses patrimoniales individuales o de grupo, como pueden ser los miembros de un colectivo profesional. Es el interés público el único que puede fundamentar y legitimar cualquier restricción penal al acceso a una profesión mediante la exigencia de un título oficial, académico o no.

En consecuencia procede la estimación del recurso interpuesto, aun sin necesidad de aplicar retroactivamente el citado art. 3 del Real Decreto-Ley 4/2000 EDL 2000/83482, pues por aplicación directa de la doctrina expresa del Tribunal Constitucional, el ejercicio sin título de la profesión de agente de la propiedad inmobiliaria, o de la de gestor ad-

ministrativo, no justifica la imposición de una sanción penal.

Tercero.—Tal como señaló esta misma Audiencia Provincial de Madrid, sec. 1.ª, S. 25-5-2000, n.º 253/2000, rec. 20070/1999. Pte: Vieira Morante, Francisco Javier la regulación de la profesión de Administrador de Fincas [art. 10.1.e) del Real Decreto 1886/1996 EDL 1996/16319, art. 5 del Decreto 693/1968 EDL 1968/1300 y art. 16 del Acuerdo de 28 de enero de 1969] se refiere solamente a la colegiación necesaria para el ejercicio de esa profesión, pero no establece como requisito para la obtención del título oficial correspondiente el seguimiento de unos estudios específicos y la superación de unas pruebas concretamente dirigidas a

acreditar la capacitación necesaria para el ejercicio de esa profesión. Todas las exigencias establecidas al efecto van únicamente dirigidas a reglamentar la incorporación al Colegio de Administradores del Fincas, al que puede accederse por la posesión de determinados títulos universitarios, no relacionados específicamente con la administración de fincas, o mediante pruebas de selección o cursos de formación que sólo exigen estar en posesión del título de Bachiller Superior.

A la vista de esta doctrina, procede estimar el recurso y revocar la sentencia apelada, absolviendo al acusado del delito objeto de la condena, declarando de oficio las costas de esta alzada y las causadas en primera instancia.

Sentencia 635/2009, AP GERONA, Sec. 3.ª, de 7 de octubre de 2009

SENTENCIA ABSOLUTORIA. IMPOSICIÓN DEL PAGO DE LAS COSTAS DE LA DEFENSA A LA ACUSACIÓN PARTICULAR. TEMERIDAD

Art. 240.3 LECrim.

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Fátima Ramírez Souto.**

SÍNTESIS

El juez de instancia consideró que la acusación particular realizó una interpretación abusiva del Derecho Penal, a pesar de lo cual no le impuso las costas por no apreciar mala fe. La sentencia de la Audiencia recuerda que, en cuanto a la imposición de costas, junto a la mala fe se juzga la temeridad.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Segundo.—Recorre también la sentencia la representación de Álvaro y África alegan-

do la infracción del artículo 123 del Código Penal en relación con el artículo 240.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal derivada de no haberse condenado a la Acusación

Particular al pago de las costas generadas a los recurrentes por la acusación formulada contra ellos con unos argumentos que deben conducir a la estimación de la impugnación.

En efecto, el artículo 240.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite que el Tribunal sentenciador pueda imponer las costas al querellante particular o al actor civil cuando resultare de las actuaciones que han obrado con temeridad o mala fe.

La cuestión esencial para resolver este motivo reside en determinar si ha concurrido temeridad o mala fe en la acusación particular que permita la imposición de las costas como respuesta a una actuación maliciosa o abusiva en el ejercicio de la acción penal.

Aunque no hay un concepto o definición legal de temeridad o mala fe, se suele entender por el Tribunal Supremo (STS, entre otras, de 18-2-1997 y 11-3-1998, 17-7-2006 y 4-5-2007), como pauta general, que tales circunstancias han concurrido cuando la pretensión ejercida carezca de toda consistencia y que la injusticia de su reclamación sea tan patente que deba ser conocida por quien la ejercitó, de ahí que tenga que responder por los gastos y perjuicios económicos causados con su temeraria actuación.

Se trata, en definitiva, de valorar si la acción penal ejercitada se revela como manifiestamente infundada.

En el caso enjuiciado, en relación a África, la Acusación Particular sostuvo en solitario la acusación contra la misma —circunstancia que por sí sola no resulta evidenciadora de la inconsistencia de dicha acusación— como autora de un delito de estafa del artículo 251.1 del Código Penal y un delito de alzamiento de bienes, actividad delictiva que habría desarrollado al firmar el contrato de reconocimiento de deuda de fecha 10 de marzo de 2000 en el que se ofrecía en garantía del pago de la deuda una vivienda propiedad de la recurrente y su marido ubicada en Llançà que había sido previamente enajenada a la hija común junto con otra finca situada en Aguilar de la Frontera

(Córdoba) en fecha 22 de noviembre de 1999.

Respecto al delito de estafa, tal como se ha expuesto, la imposibilidad de subsumir los hechos del apartado b) del escrito de acusación de la Acusación en el tipo del artículo 251.1 del Código Penal por el que formuló acusación resulta patente, pues, por un lado, el desplazamiento patrimonial ya lo había efectuado la querellante con anterioridad a la suscripción del contrato y, por otro lado, no se constituyó jurídicamente gravamen alguno sobre la finca.

En relación al delito de alzamiento de bienes, como quiera que África adquiere la condición de deudora mediante la suscripción del contrato, porque con anterioridad nada se dice en el escrito de acusación de que hubiera percibido cantidad alguna de los querellantes, y la enajenación de las fincas de las que era copropietaria con su marido se hizo con anterioridad a la firma del contrato, es evidente que tales enajenaciones no podían responder a la finalidad de sustraer esas fincas a la acción ejecutiva de los querellantes.

La Acusación formulada contra África se revela, por tanto, claramente infundada e inconsistente, debiéndose calificar como temeraria, de forma que la Acusación Particular deberá sufragar los gastos que se le han originado por su indebida llamada a este procedimiento.

Por lo que se refiere a Álvaro, la actuación que se le imputa por la Acusación Particular en el apartado d) de los hechos probados y por los que se les solicitó una pena de cuatro años de prisión no fue en ningún momento objeto de calificación jurídica a los efectos de determinar el precepto penal en que se resultaba encuadrable, circunstancia ésta que, aunque los hechos que se le imputaban fueran subsumibles en algún precepto del Código Penal, impediría su condena, razón por la cual no puede sino calificarse la pretensión de condena a una pena de cuatro años de prisión como manifiestamen-

te improcedente y, por su ligereza, temeraria.

No puede obviarse que el Juez de instancia considera que la Acusación Particular ha hecho una interpretación abusiva de la utilización del derecho penal, a pesar de lo que no le impone las costas por no apreciar mala fe en su actuación. Sucede sin embargo que la mala fe, que concurriría si la Acusación Particular hubiera actuado sabiendo que sus

pretensiones carecían de posibilidades de éxito (STS de 22-5-2005) no es el único presupuesto para la imposición de las costas siéndolo también la temeridad que concurre según la sentencia citada cuando la pretensión de condena es insostenible a la luz de las circunstancias concretas de lo ocurrido en relación con las normas jurídicas a aplicar, que es lo que sucede en el caso de la acusación dirigida contra Álvaro y África.

Sentencia 1183/2009, AP MADRID, Sec. 23.^a, de 14 de octubre de 2009

LESIONES: AGRAVACIÓN POR EL USO DE ARMAS O INSTRUMENTOS PELIGROSOS. ARMA QUE NO FUNCIONA

Arts. 147 y 148.1 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jesús Eduardo Gutiérrez Gómez**

SÍNTESIS

Dada la literalidad del precepto, trata la sentencia de conciliar la propia peligrosidad del instrumento utilizado (en este caso un arma de fuego que no estaba en funcionamiento) con el resultado lesivo producido (en el presente supuesto unas lesiones leves). La Sala rechaza la concurrencia de esta agravación.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—También se alega por el recurrente que no debe aplicarse la agravación específica del artículo 148.1 del C. penal, utilización de armas o instrumentos peligrosos, pues en el presente caso, ni el arma no estaba en funcionamiento ni fue buscada de propósito para causar un daño físico a las personas. Es cierto, y compartimos con la sentencia impugnada que mayoritariamente ha de considerarse que, si bien es cierto que

el arma de fuego utilizada no funcionaba según el informe de la Policía Científica, y de ahí que no se le haya acusado de un delito de tenencia ilícita de armas, lo que sí está claro es que la misma fue el medio idóneo y capaz para causar las lesiones en la frente que sufrió Adriano, y que necesitaron tratamiento quirúrgico para su plena curación mediante la colocación de puntos de sutura, pudiéndose afirmar, como lo hace y se reconoce en el recurso, que el arma se utilizó en este caso como instrumento contundente capaz de

causar el daño físico mencionado. Ahora bien, en cuanto a la consideración de peligrosidad del instrumento utilizado, agravación prevista en el artículo 148.1 del C. penal, tal y como afirma la doctrina cuando señala las diferencias respecto a la regulación anterior diciendo que «la agravación por utilización de objetos o instrumentos, etc..., se producirá no porque aquellos sean susceptibles de causar daños, como exigía el derogado artículo 421.1 del C. Penal, sino porque sean concretamente peligrosas para la vida o salud física o psíquica del lesionado. Como puede verse también se ha variado la finalidad de la lesión, que antes iba referida a causar graves daños a la integridad del lesionado o rebelaran acusada brutalidad en la acción. A partir de este momento será preciso que Jueces y Tribunales motiven la idoneidad concreta del instrumento para producir el daño a los bienes tutelados», afirmando la jurisprudencia en la STS de fecha 19-10-2005 que la agravación «...obedece al incremento lesivo que objetivamente dimana de dicho método o forma de agredir»; pudiendo aplicarse facultativamente «...en función del resultado causado o

el riesgo producido...» (STS 5-5-2005). Se trata en definitiva de cohonestar, dada la literalidad del precepto, entre lo que es la propia peligrosidad del instrumento o arma utilizada en la agresión o, que en este caso queda patente pues se trataba de un arma de fuego, aunque no estaba en funcionamiento, y por otra parte, el resultado lesivo producido, es decir, su gravedad, que en este caso que nos ocupa ha sido mínima, en el sentido de que las lesiones causadas tardaron en curar ocho días, de los cuales solamente dos estuvo el lesionado impedido para sus ocupaciones habituales. En consecuencia, estima esta Sala que es preciso atemperar la pena impuesta en la sentencia de instancia, dos años de prisión, para lo cual estimamos que en el presente caso, y dadas las circunstancias del mismo, especialmente el resultado lesivo producido antes mencionado, no procede apreciar la agravación de instrumento peligroso prevista en el artículo 148.1 del C. Penal, por lo que la pena a imponer ha de ser la del artículo 147.1 del mismo texto legal, es decir, un año de prisión, por ser ésta más ajustada y proporcionada a la gravedad de los hechos ocurridos.

Sentencia 52/2009, AP SORIA, Sec. 1.ª, de 15 de octubre de 2009

ASESINATO. ANIMUS NECANDI. ALEVOSÍA

Arts. 23, 139.1, 153.1 y 3, 173.2, 617 y 620.2 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. Doña Belén Pérez-Flecha Díaz**

SÍNTESIS

Teniendo en cuenta las características del arma empleada (una escopeta de caza), la distancia ante la boca de cañon de la misma y la víctima, la zona corporal sobre la que impactó el disparo y la actitud del acusado tras el ataque, estima la sentencia como acreditada la intención de matar que guió al autor de los hechos. Asimismo, al considerar que concurre la modalidad alevosa de agresión súbita y sorpresiva, la pena se impone por título de asesinato.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto.—Sobre el ánimo de matar o *animus necandi*. Puesto que la Defensa mantuvo que no existió dolo directo de matar y el procesado en sus declaraciones dijo que no era esa su intención, para saber si existió o no tal propósito, deberemos acudir a la solución ofrecida por la Jurisprudencia. En este sentido la resolución del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2006, que recoge la doctrina establecida al respecto por dicho Tribunal, refiriéndose a la diferencia entre el ánimo de matar y el de lesionar, establece que: «Esta Sala tiene afirmado que desde el punto de vista externo y puramente objetivo, un delito de lesiones y un homicidio o asesinato frustrado son totalmente semejantes. La única y sola diferencia radica en el ánimo del sujeto que en uno tiene tan sólo una intención de lesionar y en el otro una voluntad de matar. Es el elemento subjetivo, personal e interno lo que diferencia que unos hechos aparentemente idénticos puedan juzgarse como lesiones, por concurrir en ellos el *animus laedendi* o como homicidio por existir *animus necandi* o voluntad de matar. Pero tal elemento interno, salvo que el propio acusado lo reconozca, debe inferirse por el juzgador de una pluralidad de datos, suficientemente acreditados con la prueba, que hagan aflorar y salir a la superficie ese elemento subjetivo escondido en el interior del sujeto».

Entre tales criterios se han indicado, como resume la sentencia del mismo Tribunal 1003/2006 de 19 de octubre:

«... 1) Las relaciones que ligan al autor y la víctima, “también están las circunstancias personales de toda índole, familiares, económicas, profesionales, sentimientos y pasionales” (STS 17.1994).

2) La personalidad del agresor, “decidida personalidad del agente y el agredido” (STS 12-3-87).

3) Las actitudes o incidencias observadas o acaecidas en momentos procedentes al hecho, si mediaron actos provocativos, palabras insultantes, amenazas de males y repetición en su pronunciamiento.

4) Manifestaciones de los intervinientes durante la contienda, “palabras que acompañaron a la agresión” (STS 3-12-90) y del agente causante tras la perpetración de la acción criminal.

5) Dimensiones y características del arma empleada y su idoneidad para matar o lesionar, “medios e instrumentos empleados en la agresión” (STS 21-2-87).

6) Lugar o zona del cuerpo hacia donde se dirigió la acción ofensiva, con apreciación de su vulnerabilidad y de su carácter más o menos letal, “las modalidades de ataque, el ímpetu del mismo y las regiones contra las que se dirige, no todas ellas ostentan la misma fuerza de convicción, y así la naturaleza del arma y la zona anatómica sobre la que se ejercita la acción tienen al igual que la potencialidad del resultado letal un valor de primer grado” (STS 13-2-93). Pero si bien la mayoría de la jurisprudencia, esta circunstancia de las zonas de las heridas, coinciden en considerado el argumento más concluyente del ánimo que mueve al agresor, “las zonas sobre las que se produce la incisión ponían en riesgo la vida de la víctima y revelaban un ímpetu homicida más allá del simple propósito de causar lesiones” (STS 9-6-93) no son extrañas otras de signo contrario, “el hecho de que las heridas fuesen susceptibles de causar la muerte no quiere decir que nos encontramos ante un inequívoco e indiscutible ‘ánimo de matar’ (SS. 13-6-92 y 30-11-93)”.

7) Insistencia y reiteración de los actos atacantes, “duración, número y violencia de los golpes” (SS. 6-11-92), continuación del acometimiento hasta la propia vía pública (S. 28-3-95); pero que es matizado por la misma jurisprudencia en el sentido de poderse inferir la existencia de ánimo de matar

en el caso de herida poco profunda, pero como recuerdan las SS. 14-6-88 y 30-6-94, cuando el autor realiza un comportamiento que por sí mismo es idóneo para producir el resultado, no cabe sino delito de homicidio frustrado.

8) Conducta posterior observada por el infractor, ya procurando atender a la víctima, ya desatendiéndose del alcance de sus actos, alejándose del lugar, persuadido de la gravedad y trascendencia de los mismos (S. 21-2-94).

Pero tales criterios, que se han descrito de forma exemplificativa, no son únicos y por ende no constituyen un mundo cerrado o *numerus clausus*, ya que cada uno de tales criterios de inferencia no presenta carácter excluyente, sino meramente complementario y acumulativo en la carga indiciaria y en la dirección convergente, desenmascaradora de la oculta intención (STS de 13 de febrero del 2002)». Entre dichos elementos, tienen la mayor relevancia la naturaleza del instrumento empleado, la zona anatómica atacada y el potencial resultado letal. (Véanse sentencias de 5 de septiembre de 2002 y 29 de marzo de 1999; y en igual sentido las sentencias 126/2000, de 22 de marzo, 416/2001, de 14 de marzo y 260/2003, de 20 de marzo).

Aplicando tales criterios al caso de autos, vemos que confluyen en apuntar la intencionalidad de muerte que se declara; en este sentido hemos considerado que basta con tener en cuenta las características del arma empleada (una escopeta de caza), la distancia entre la boca del cañón de la misma y la víctima (no más de 1,5 metros) y la zona a la que se dirigió el disparo (zona dorso lumbar, a 25,5 cm, del canal interglúteo, que provocó el estallido y separación completa de la columna vertebral y graves daños en órga-

nos abdominales, con desgarró completo de la aorta abdominal). Además, tras los hechos, Clemente no pidió ayuda para la víctima, sino que huyó rápidamente del lugar. Finalmente hay que destacar que, aunque lo negó, Clemente sabía perfectamente lo que había hecho, como lo demuestra la nota que dejó antes de su intento de suicidio. Con estos datos, se demuestra que su intención no era meramente lesionar o asustar a D.^a Delfina, sino acabar con su vida, como así fue.

Sexto.—Sobre la existencia de alevosía. Como puede comprobarse, según lo expuesto en anteriores fundamentos jurídicos, la Sala comparte la tesis de las acusaciones de que nos encontremos ante un delito de asesinato, y no de homicidio, por considerar que concurre alevosía, según explicaremos seguidamente.

(...)

En el caso de autos, consideramos que concurre la modalidad alevosa de agresión súbita o sorpresiva, pues aunque se alegó por la defensa que la víctima había manifestado anteriormente que tenía miedo de su ex marido, ello no supone que pudiera estar avisada o preparada para evitar un ataque como el que se produjo, pues los hechos sucedieron a plena luz del día, en la vía pública, cuando D.^a Delfina caminaba hacia el despacho de la Abogada para encontrarse allí con Clemente, el cual, que la estaba esperando junto a su vehículo, y sin mediar palabra, disparó por la espalda a su víctima. Se trató de una agresión rápida, sin aviso, el acusado no mostró el arma a la víctima, ni ésta pudo verla, ya que se trató de un disparo por la espalda. Este hecho, el que la víctima estuviera de espaldas al procesado, es claro que impidió toda reacción defensiva de la víctima, que no pudo prever el ataque.

Sentencia 111/2009, AP MADRID, Sec. 5.ª, de 21 de octubre de 2009

TRÁFICO DE DROGAS: UTILIZACIÓN DE MENORES

Arts. 368, 369.1.6.º y 370.1 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Pascual Fabia Mir**

SÍNTESIS

Considera la Audiencia que en los hechos enjuiciados no concurren los presupuestos de la agravación, ya que, dada la cortísima edad del menor (veinte meses), no hubo riesgo para la formación de su personalidad ni para su integridad física o psíquica, así como que tampoco puede calificarse su participación ni de consciente ni de relevante.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

HECHOS PROBADOS

Sobre las 12:30 horas del día 2 de febrero de 2009, la acusada, Amelia, mayor de edad, sin antecedentes penales y privada provisionalmente de libertad por esta causa desde ese mismo día, llegó al Aeropuerto de Madrid-Barajas en compañía de su hijo de veinte meses de edad, Juan Alberto, a bordo del vuelo n.º ... de la compañía «IBERIA», procedente de Río de Janeiro (Brasil).

En la Sala de Inadmitidos de la Terminal 4 Satélite se efectuó el oportuno control de seguridad sobre la pasajera y se comprobó que, adosados al sujetador, había dos paquetes de forma rectangular, envueltos en plástico transparente, de los que se sospechó que pudieran contener sustancia estupefaciente, por lo que fue trasladada a las dependencias de la Comisaría del Puesto Fronterizo, donde, en una revisión más exhaustiva, se descubrió que en las zapatillas deportivas que calzaba llevaba otros dos envoltorios en forma de plantillas, momento en el que Amelia manifestó espontáneamente que su hijo también llevaba droga, en el pañal y en las

zapatillas, y que ella, además, había ingerido diversas cápsulas de la misma sustancia y se había introducido en la vagina otro envoltorio, igualmente con droga. Los agentes intervinientes comprobaron que, efectivamente, en las zapatillas del niño había dos envoltorios más en forma de plantillas y que en el pañal había restos de una sustancia blanca en polvo y extrajeron de la vagina de la procesada un envoltorio en forma cilíndrica, envuelto en papel de aluminio. Las muestras de la sustancia fueron sometidas al reactivo «Narcotest» que dio resultado positivo a la cocaína, tras lo cual procedieron a la detención de la acusada, que fue trasladada al Hospital «Ramón y Cajal» de esta capital, donde en los días posteriores expulsó dieciocho cuerpos ovalados de color blanco, que contenían también droga.

Una vez analizados los diversos envoltorios y cuerpos ocupados, resultaron contener cocaína: 676,7 gramos, con una riqueza media del 72,8%; 197,9 gramos, con una riqueza media del 72,8%; 401,7 gramos, con una riqueza media del 73,1%, y 153,72 gramos, con una riqueza media del 76,5%. La

sustancia estaba destinada a ser difundida entre terceras personas y su valor aproximado en el mercado ilícito era de 123.739,98 euros, en venta al por menor.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—Entendemos que no es de aplicación al caso la agravación del artículo 370.1.º del Código Penal que ha interesado el Ministerio Fiscal.

En dicho precepto, se prevé la imposición de la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 a los que utilicen a menores de dieciocho años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos.

A propósito de esta agravación el Tribunal Supremo ha mantenido lo siguiente: lo que justifica la cualificación del delito es el carácter tuitivo hacia los menores y otros factores, como la mayor facilidad para la comisión del delito, eludiendo responsabilidades penales y dificultando la labor de la Administración de Justicia; el concepto de «utilización de menores» comprende cualquier papel que puedan los menores realizar o coadyuvar a realizar en la mecánica delictiva, con tal que dicha tarea sea relevante; y la interpretación exige, dada la gravísima consecuencia penológica a la que conduce, una fortísima restricción del alcance a dar a sus términos (vid. p. ej. SSTs 15-9-2000, 8-11-2002, 27-9-2004, 10-4-2007 y 27-2-2009). Es también de destacar el reciente

acuerdo adoptado por la Sala Segunda en sesión no jurisdiccional de 26-2-2009, en el que se establece que, con la finalidad de deslindar con mayor precisión cuando se trata de un supuesto de verdadera utilización de un menor, que desde luego no puede comprender todos los casos en los que exista intervención de un sujeto que no haya alcanzado la mayoría de edad, debe estimarse que el subtipo del artículo 370.1.º del Código Penal solamente resulta de aplicación cuando el autor se sirve de un menor de edad o disminuido psíquico de un modo abusivo y en provecho propio o de un grupo, prevaleciendo de su situación de ascendencia o de cualquier otra forma de autoría mediata.

Atendida la anterior doctrina jurisprudencial, consideramos que en los hechos enjuiciados no concurren los presupuestos de la agravación, ya que, dada la cortísima edad del menor (veinte meses), no hubo riesgo para la formación de su personalidad ni para su integridad física o psíquica, así como que tampoco puede calificarse su participación ni de consciente ni de relevante. Podría hablarse de mayor facilidad para la comisión del delito si sólo el menor hubiera llevado la droga, pero eso no ocurrió aquí. Además, la cantidad de sustancia ocupada en el pañal y las zapatillas del niño era muy inferior a la que fue encontrada en poder de la madre y fue ésta la que espontáneamente dijo que también había cocaína en las prendas de su hijo, sin que sea descabellado pensar que Amelia trajo al niño consigo porque no podía dejarlo en compañía de otra persona.

Auto 730/2009, AP MADRID, Sec. 1.ª, de 22 de octubre de 2009

HURTO: VALORACIÓN DE EFECTOS SUSTITUIDOS PARA DETERMINAR SU CALIFICACIÓN COMO DELITO O FALTA; IVA

Arts. 365.2 LECrim.; 234 y 235.2 Código Penal

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Araceli Perdices López

SÍNTESIS

El Auto recurrido reputa falta el hurto, a la vista de que el importe neto del ordenador sustraído es inferior a 400 euros, límite entre el delito y la falta. Pero, en la interpretación que hace la Sala del artículo 365.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha de incluirse el IVA.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.—(...)

Ciertamente si una norma determina cómo ha de valorarse el bien en un supuesto concreto, estableciendo particularidades sobre el régimen ordinario de prueba, tal y como acontece en este caso, indirectamente está definiendo la conducta típica o está estableciendo una modalidad interpretativa que condiciona la apreciación del tipo. Ahora bien, ello no significa que necesariamente estas definiciones o elementos complementarios del tipo deban establecerse en el propio tipo o mediante ley orgánica. Como antes se ha expuesto, muchos tipos penales contienen elementos valorativos y normativos y es frecuente la remisión a otras normas del ordenamiento para complementar la norma penal que puede limitarse a definir en algunos casos el núcleo básico del tipo. En el propio hurto ha de acudirse a normas extrapenales para caracterizar el concepto de bien mueble o de ajenidad del bien. Por tan-

to, el artículo 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debe entenderse como una norma complementaria del tipo, en un aspecto accesorio que regula la forma de valoración del bien en un supuesto muy concreto, esto es, la sustracción de bienes en establecimientos comerciales. La norma extrapenal es precisa, fácilmente determinable y tiene como finalidad valorar la sustracción de acuerdo con el beneficio que hubiere obtenido el autor caso de lograr su propósito, simplificando el criterio de valoración y dotándolo de certeza.

En algunas resoluciones judiciales se afirma si la citada norma se entiende como una regla especial de valoración de la prueba tampoco se ajustaría a los parámetros de constitucionalidad vigentes, dado que en nuestro sistema rige el principio de valoración libre. Frente a tal argumento cabe oponer que la libre valoración de la prueba conlleva que el Juzgador analiza y valora en su conjunto toda la prueba practicada con arreglo a criterios no tasados, y que eso no impide que algunos elementos de prueba, aisla-

damente considerados, se valoren con arreglo a criterios tasados legalmente y piénsese, a título enunciativo, en el valor probatorio de los documentos públicos.

También se ha afirmado que el artículo 365 comentado no debe ser objeto de una interpretación meramente literal. Se sostiene que el precepto utiliza la expresión «se fijará atendiendo a su precio de venta al público» y «atender» no es sino «tener en cuenta o en consideración algo» por lo que el valor de venta al público podría estimarse como valor de referencia que admite modulaciones y precisiones y en tal contexto cabe plantearse, por ejemplo, si debe incluirse o no el IVA del producto. A nuestro juicio, el tenor literal de la norma es claro y no admite matizaciones por lo que el valor ha de fijarse necesariamente tomando como referencia exclusiva el precio de venta.

De todo lo expuesto y a modo de resumen cabe concluir que el artículo 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es una norma de contenido eminentemente procesal en cuanto tiende a establecer un criterio rígido en la valoración de la sustracción de mercancías en establecimientos comerciales y de ahí su ubicación sistemática en la ley procesal. Ciertamente la norma complementa también el tipo de hurto en un supuesto muy concreto estableciendo un elemento normativo y, por tal razón, no es imprescindible que tenga el rango de ley orgánica.

La norma extra-penal que comentamos es precisa y su oportunidad y sentido tiene plena justificación en dos vertientes: Por un lado, facilita el enjuiciamiento del hecho mediante juicio rápido y, a tal efecto, no puede desconocerse que fue introducida por la Ley 15/2003 que modificó la Ley Procesal para regular este tipo de juicios y, de otro lado, es plenamente compatible con el bien jurídico protegido por el tipo de hurto, en cuanto establece un criterio de valoración basado en el beneficio económico que pretende conseguir el autor del hecho con su conducta.

Su sentido literal es claro y preciso y no requiere de un especial esfuerzo interpreta-

tivo y a él ha de estarse. Por último, la citada norma no excluye, a nuestro juicio, que su acreditación pueda hacerse mediante prueba pericial. Ciertamente al establecerse un sistema de valoración muy concreto, de ordinario se podrá acreditar mediante prueba documental (ticket de compra, documento que acredite el precio etc.) pero ello no excluye que el documento o pericia que acredite el valor deba ser sometido a contradicción procesal durante el plenario y valorado junto con el resto de medios de prueba».

Por otra parte el criterio de valoración recogido en el art. 365.2 de la LECrim., preexistía y ya era manejado por el Tribunal Supremo con anterioridad a la reforma del precepto. Así la STS de 27 de abril de 2001, revocando la sentencia de una Audiencia que en relación a unos zapatos que se intentaron estafar en un establecimiento comercial descontó del precio de venta al público el correspondiente margen comercial, estableció que «el criterio del Tribunal de instancia no puede compartirse. Identifica equivocadamente el valor económico patrimonial de las cosas con el valor de su coste, expresión económica fija y definitiva del esfuerzo invertido en el pasado para la producción o adquisición de la cosa. Criterio erróneo porque el valor relevante es el valor de cambio representado en cada momento por la cantidad de dinero que puede obtenerse por la cosa en un hipotético intercambio. El valor de las cosas no está en su costo sino en su precio, puesto que éste refleja su equivalencia económica y por consiguiente el verdadero valor patrimonial de la cosa en el momento de cometerse el delito. En este caso lo dicho es aún más evidente tratándose de mercaderías que no tenían más fin que el de ser vendidas por un precio de 53.000 pesetas; de modo que siendo éste su equivalente en el intercambio económico, y por ello su verdadero valor patrimonial en el momento de la acción —cualquiera que hubiese sido en su día el valor de coste—, es obvio que la estafa intentada superaba el límite del valor de las 50.000 pesetas establecido por el Código Penal para diferenciar el

delito de la falta, por lo que procede estimar el motivo».

Trasladando lo expuesto al caso de autos, figurando que el precio de venta al público,

es decir la contraprestación que debía abonar cualquier ciudadano para obtener el bien en el establecimiento, era de 449 euros, el recurso debe ser objeto de estimación.

Sentencia 58/2009, AP ZARAGOZA, Sec. 3.ª, de 22 de octubre de 2009

AGRESIÓN SEXUAL: DISTINCIÓN ENTRE EL DELITO CONTINUADO Y DELITO ÚNICO MANIFESTADO EN PLURALIDAD DE ACTOS

Arts. 74, 179 y 617 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Sara Arriero Espes**

SÍNTESIS

No siempre es fácil en los delitos contra la libertad sexual la distinción entre los supuestos que pueden integrar un delito continuado y aquellos otros casos, como el presente, en el que se ha de considerar que existe un delito único, penalmente manifestado en varios actos lúbricos ininterrumpidos, pero que constituye una sola infracción penal.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas ha calificado los hechos como constitutivos de un delito continuado de agresión sexual del artículo 179 del Código Penal, en relación con el artículo 74, párrafos 1 y 3 del mismo Texto Legal.

Es copiosa y pacífica la doctrina del Tribunal Supremo (vid. entre otras SS. de 20 de noviembre de 1995 [RJ 1995\ 8313], 26 de octubre de 1996 [RJ 1996\ 7880], 15 de febrero de 1997 [RJ 1997\ 837], 24 de diciembre [RJ 2000\ 87393], 4 de diciembre de 2000 [RJ 2000\ 10176], 6 de febrero de 2001 [RJ 2001\ 1233] y 26 de marzo de 2003 [RJ 2003\ 2687]), según la cual en los

delitos contra la libertad sexual ejecutados con violencia y/o intimidación, en los que se realiza más de una penetración vaginal, bucal o anal por el mismo sujeto, contra la misma víctima, en el mismo lugar y con intermediación temporal, las distintas acciones configuran una sola conducta típica o un solo delito. En estos casos, se trata de una única acción delictiva que es consecuencia de la llamada unidad natural de la acción que surge cuando los movimientos corporales típicos se repiten dentro de un mismo marco espacial y de manera cronológicamente cercana, obedeciendo las distintas agresiones individualizadas a un dolo unitario del autor que impulsa la global actuación de éste. En el presente caso las dos primeras penetraciones (por vía vaginal y bucal) se produje-

ron en un mismo episodio, existiendo una tercera por vía anal, que si bien medió el atasco del vehículo, se produjo muy próxima temporalmente a las dos primeras y en el mismo escenario de lugar, ambiente, ocasión y circunstancias y estuvieron animadas por un mismo dolo unitario e impulso libidinoso. Pese a que el Ministerio Fiscal estima que los hechos constituirían un delito continuado de violación, esta Sala entiende, por aplicación de la anterior jurisprudencia que

en el presente caso, nos encontramos ante una sola acción punible, pluralmente manifestada en varios actos lúbricos ininterrumpidos, pero que constituye una sola infracción penal, no estimando que el hecho de que mediara un breve lapso temporal entre los dos primeros accesos sexuales y el segundo de ellos, sea un tiempo suficiente como para reputar la existencia del delito continuado de violación que es objeto de acusación.

Sentencia 236/2009, AP ALBACETE, Sec. 2.ª, de 27 de octubre de 2009

DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD: EXAMEN DE LOS MENSAJES ELECTRÓNICOS RECIBIDOS EN EL ORDENADOR DE LA COMPAÑERA SENTIMENTAL

Arts. 153.1, 153.3, 157.1, 263 y 264.2 del Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María de los Ángeles Montalva Sempere**

SÍNTESIS

El acusado, aprovechando la confianza que propicia la convivencia, y como represalia por una ruptura no asumida, se apropió de los datos íntimos y personales de la víctima, como su clave de correo electrónico, que tenía anotada en una libreta y, haciéndose pasar por ella, cambió su presentación en términos injuriosos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Sexto.—Pues bien, como señala por ejemplo, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 27.ª, en Sentencia de 30 de junio de 2009 (que condena un supuesto en el que el acusado reconoce que examinó el teléfono móvil de su pareja para saber las llamadas que tenía, que examinó su correo electrónico y que grabó conversaciones telefónicas mantenidas por ella con el teléfono fijo de la casa) la conducta típica de dicho artículo se consuma con el apoderamiento, interceptación, etc., sin necesidad de que se produzca

el efectivo descubrimiento de los secretos, o vulneración de la intimidad, siendo posibles las formas imperfectas de ejecución.

Sujeto activo del tipo básico podrá ser cualquiera, «el que», dice el texto legal; y sujeto pasivo, ha de ser el titular del bien jurídico protegido y se corresponderá con el de objeto material del delito, pues el concepto que se examina utiliza el posesivo «sus» referido a papeles, y también al otro supuesto, intercepta «sus telecomunicaciones».

Los elementos objetivos se integran por la conducta típica, en la que se pueden dis-

tinguir dos modalidades: a) apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, y b) la interceptación de telecomunicaciones o la utilización de artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o cualquier otra señal de comunicación. Esta última cláusula general, trata de subsanar las posibles lagunas de punibilidad que se pueden derivar de los avances de la tecnología moderna y el elemento subjetivo del delito, viene constituido por la conducta típica que ha de ser dolosa y ha de llevarse a cabo con la finalidad de descubrir secretos o vulnerar la intimidad.

Como determina la STS de 23/10/2000, para la comisión del delito del art. 197 CP es necesario no sólo el dolo genérico de saber lo que se hace y la voluntad de hacerlo, sino también el dolo específico requerido por esta figura delictiva, caracterizado por el ánimo tendencial de invadir la esfera de privacidad e intimidad, significando que, si bien el tipo penal aplicado se ubica en, el capítulo I del Título X del Libro Segundo del Código Penal, bajo la rúbrica de «Del descubrimiento y revelación de secretos», lo cierto es que el art. 197.1, tutela dos distintos bienes que son objeto de la protección jurídico penal: la salvaguarda de los secretos propiamente dichos y, aparte, la intimidad de las personas, viniendo a representar este tipo penal una especie de desarrollo sancionador a las conductas que vulneren el derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones consagrado en el artículo 18 CE como parte integrante del derecho a la intimidad personal del individuo. También destacamos la STS de 20/6/2003, que señala que: «La llamada «dimensión familiar» de la intimidad no autoriza en modo alguno a uno de los cónyuges a violar el derecho fundamental a la intimidad que, como persona, tiene el otro cónyuge, ni a vulnerar el secreto de las comunicaciones que, a toda persona otorga el art. 18 CE, tanto en el ámbito

individual como en el familiar de su existencia».

Y la STS de 21/3/2007 considera como relevante «la conducta del recurrente consistente en apoderarse del contenido de las conversaciones y comunicaciones privadas de su esposa, una vez que había comprobado que era ella quien utilizaba el citado ordenador para comunicarse con terceros... La acción del acusado recurrente, una vez que conoció la naturaleza del contenido de las comunicaciones interceptadas e identificó a los comunicantes, se orientó con claridad al apoderamiento de datos relativos a la intimidad estricta de otra persona que constituían secretos de ésta en cuanto no resultaban accesibles a terceros de forma indiscriminada...

Séptimo.—En el supuesto que aquí revisamos, entendemos que la conducta más bien se incardina en el apartado 2.º del repetido precepto, lo cual no vulnera el principio acusatorio, resultando además que se aplican las mismas penas.

En esa misma línea y para un supuesto similar, Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 1.ª, de 10 de marzo de 2009: Acceso inconsciente en la cuenta de correo electrónico de una compañera de trabajo y envío de un mail con fotos pornográficas a una lista de distribución con 35 direcciones. Sentencia que confirma la condena pronunciada en la instancia por delito contra la intimidad, previsto y penado en el artículo 197.2 del Código Penal.

Octavo.—Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito contra la intimidad y revelación de secretos previsto y penado en el artículo 197.2 del CP y de una falta de injurias prevista y penada en el artículo 620.2 del mismo Texto Legal, siendo responsable el acusado Ignacio en concepto de AUTOR por su participación directa, material y voluntaria, sin que concurren circunstancias que modifiquen su responsabilidad criminal.

Auto 785/2009, AP MADRID, Sec. 3.^a, de 27 de octubre de 2009

INTRUSISMO ENTRE DIFERENTES ESPECIALIDADES MÉDICAS

Arts. 766, 779.1.4, 780 y 789.5.4 LECrim.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Pelayo María García Llamas

SÍNTESIS

Tras un detenido examen de la cuestión, concluye la sentencia en este punto afirmando que la única profesión legalmente colegiada es la de médico y no la de especialista, salvando el caso de la odontología, que constituye un supuesto específico con regulación legal propia.

EXTRACTOS DEL AUTO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.—(...)

«Vigésimo.—Por último cuestiona la parte recurrente la condena por delito de intrusismo. Esta condena se fundamenta en la realización por el condenado de actos propios de la especialidad de oncólogo, de la que carecía. El recurso plantea, en consecuencia la debatida cuestión del delito de intrusismo en el ámbito de las especialidades médicas.

Para el análisis de esta cuestión ha de prescindirse del hecho de que en el caso actual el condenado ha cometido un grave delito contra la salud pública así como un delito de estafa, utilizando en este último, como un elemento más del engaño, la atribución de la cualidad de especialista en oncología, de la que carecía. Dichas conductas ya han sido sancionadas a través de los tipos delictivos expresados.

De lo que se trata ahora es de determinar únicamente si la realización de actos que se consideran propios de una especialidad médica, como en este caso la prevención y el

tratamiento del cáncer, por parte del titular de otra especialidad o de quien dispone únicamente del título de Licenciado en Medicina que le habilita para el ejercicio de la profesión de médico con carácter general, debe subsumirse en el tipo delictivo de intrusismo.

Aun cuando la condena impuesta se fundamenta en el Código Penal anterior, el análisis lo efectuaremos desde la perspectiva del actualmente vigente, pues la doctrina que va a establecerse considera atípica estas conductas en el Código Penal actual, y esta atipicidad ha de aplicarse retroactivamente a los hechos cometidos durante la vigencia del Código Penal de 1973, con independencia de la interpretación que pueda hacerse de la anterior regulación.

Vigésimo primero.—El art. 403 del Código Penal de 1995 dispone que el que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un

título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de tres a cinco meses. Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido, se le impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

Si bien es cierto que quien ejerce la medicina o cualquiera de sus especialidades sin ostentar el título de médico comete un delito de intrusismo, en la acepción más grave del inciso primero, no podemos llegar a la misma conclusión respecto del titulado en medicina que ejerce una especialidad sin titulación especial.

En efecto el inciso primero del precepto resulta inaplicable pues legalmente el título de especialista no es un título académico, ya que esta denominación ha de reservarse para los de doctor, Licenciado, Diplomado y análogos, que son los reconocidos por la normativa universitaria.

Un sector doctrinal ha estimado procedente aplicar a estos supuestos el inciso segundo, por estimar, acertadamente, que el título de especialista constituye un título oficial.

Pero el tipo requiere en todo caso dos requisitos: a) el ejercicio de actos propios de una profesión, (o el ejercicio de una actividad profesional, que consideramos equivalente); y b) la carencia de título oficial.

Por ello, para determinar la comisión de este delito no basta con apreciar la carencia del título, oficial o académico, sino que es necesario constatar que se realizan actos propios de una profesión (o, si se quiere, que se ejerce una actividad profesional), distinta a aquella para la que el agente se encuentra habilitado.

Y este requisito no concurre en los supuestos enjuiciados, pues no existe en nuestro sistema jurídico una profesión de especialista médico legalmente establecida y regulada, con definición de actos propios y específicos, diferenciada de la actividad profesional del médico. Existe, eso sí, una regulación oficial de las especialidades médicas, a los efectos del Servicio Nacional de Salud fundamentalmente, pero carente de rango legal y sin constitución de una profesión específica que atribuya a los especialistas la exclusividad de determinados actos médicos, y la prohibición de realización de los mismos a los médicos no especialistas o titulados en otra especialidad, más o menos próxima.

En definitiva, legalmente la única profesión colegiada es la de médico, y no la de especialista, salvando el caso de la odontología que constituye un supuesto específico con regulación legal propia (Ley 10/1986 de 17 de marzo y STS 29-09-1999, núm. 1215/1999)».

(...)

Cabe señalar por último que la situación legal expuesta para nada se ve modificada por la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, y que sigue sin contener un catálogo de los actos propios de una especialidad médica, refiriéndose la exposición de motivos a la necesidad de resolver, con pactos interprofesionales previos a cualquier normativa reguladora, la cuestión de los ámbitos competenciales de las profesiones sanitarias manteniendo la voluntad de reconocer simultáneamente los crecientes espacios competenciales compartidos interprofesionalmente y los muy relevantes espacios específicos de cada profesión.

Sentencia 204/2009, AP LOGROÑO, Sec. 1.ª, de 28 de octubre de 2009

HOMICIDIO. LEGÍTIMA DEFENSA

Arts. 20.4, 21.1, 21.4, 21.5, 138 Código Penal

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María del Carmen Araújo García**

SÍNTESIS

En el caso enjuiciado —un homicidio en grado de tentativa— el acusado repelió la agresión ilegítima previa de la víctima, sin que provocase el acusado a éste, pero no es posible apreciar la legítima defensa como eximente incompleta, como se pretende, puesto que entre esa agresión ilegítima previa por parte de la víctima, sin instrumento alguno ni especial diferencia de complejidad entre uno y otro, y el medio, la navaja, empleado en la agresión por el acusado, no existe una proporcionalidad adecuada, ya que el apuñalamiento dirigido a una zona vital no puede considerarse que responda a la proporcionalidad exigible. La Audiencia aplica una atenuante por analogía.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—Pretende la defensa la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica del artículo 21.1 del Código Penal, en relación con el artículo 20.4 del mismo Código, legítima defensa incompleta.

Pues bien, de lo actuado resulta que existió una discusión entre el acusado y D. Eloy en la que no intervino Bienvenido, que ni siguiera se hallaba con aquellos sino en el vehículo en el que se habían desplazado él y Eloy al lugar; en un momento de la citada discusión, Bienvenido sale del vehículo y empuja y agrede a Segismundo que le apuñala con la navaja que portaba. No existió, por tanto, discusión previa entre el acusado y la víctima; no estamos en el caso de riña mutuamente aceptada que resulta incompatible con la legítima defensa al excluir el concepto de agresión ilegítima.

Ha declarado la Sala Segunda del Tribunal Supremo en sentencia núm. 1919/2006, de 21 de septiembre, que los requisitos legalmente exigidos para la aplicación de la eximente de legítima defensa, según el artículo 20.4.º del Código Penal, son:

- a) La existencia de una agresión ilegítima previa a la actuación defensiva que se enjuicia.
- b) La necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler esa agresión, que se integra en el exclusivo ánimo de defensa que rige la conducta del agente.
- c) La falta de provocación suficiente por parte del propio defensor.

De ellos, según reiterada Jurisprudencia, el único graduable y que, por ende, puede conducir a la degradación de la circunstancia hasta la categoría de eximente incompleta

ta, es el de la necesidad racional del medio empleado en la defensa, toda vez que tanto la falta de provocación como la agresión ilegítima no admiten grados: concurren o no concurren, salvo excepcionales situaciones, que tienen por otra parte su tratamiento adecuado en nuestra doctrina jurisprudencial, agresión ilegítima previa y ausencia de provocación de la misma son elementos siempre imprescindibles de la legítima defensa (STSS 20-9-2002, 4-2-2003, 21-7-2003 y 1-4-2004).

Por otro lado, la necesidad de la reacción defensiva, en cuanto tal, también ha de mostrarse siempre como evidente, pues, según dice la STS de 18 de diciembre de 2003: «Se impone, en todo caso, la fundamental distinción entre la falta de necesidad de defensa, y la falta de proporcionalidad de los medios empleados para impedir o repeler la agresión. Si no hay necesidad de defensa se produce un exceso extensivo o impropio, bien porque la reacción se anticipa, o bien porque se prorroga, indebidamente. La legítima defensa no puede apreciarse en ninguno de estos dos casos, no como completa ni como

incompleta. Por el contrario, si lo que falta es la proporcionalidad de los medios, el posible exceso, llamado intensivo o propio, obliga a ponderar como juicio de valor, no sólo las circunstancias objetivas sino también las subjetivas».

En el caso que enjuiciamos, el acusado repelió la agresión ilegítima previa de Bienvenido, sin que provocase el acusado a éste, pero no es posible apreciar la legítima defensa como eximente incompleta, como se pretende, puesto que entre esa agresión ilegítima previa por parte de la víctima, sin instrumento alguno, ni especial diferencia de complexión entre uno y otro, y el medio, la navaja, empleado en la agresión por el acusado, no existe una proporcionalidad adecuada, ya que el apuñalamiento dirigido a zona vital no puede considerarse que responda a la proporcionalidad exigible.

Por ello, estimamos que procede la aplicación de la atenuante analógica de legítima defensa, contemplada en el artículo 21.6.^a del Código Penal, en relación con los artículos 21.1.^a y 20.4.^a del mismo Código.

Sentencia 461/2009, AP TARRAGONA, Sec. 2.^a, de 2 de noviembre de 2009

DELITO CONTRA LA FAUNA: CAZA «CON BARRACA»

Arts. 336 y 634 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Manuel Sánchez Siscart**

SÍNTESIS

Nuestro Código 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. Se trata de saber si la modalidad conocida como caza «con barraca» es subsumible en este tipo.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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 del 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 de la Sala Penal de esta Audiencia Provincial ha considerado finalmen-

te 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 inicial que la Sección 2.^a de esta Audiencia Provincial expuso en las sentencias de fechas 22 de octubre de 7, 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 resulta admisible, 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 ab-

surdo 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 del 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 aun 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 ejemplificativa 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 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 liberación, 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 el 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 produce 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 del 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.

Sentencia 676/2009, AP BARCELONA, Sec. 8.ª, de 5 de noviembre de 2009

GÉNEROS FALSIFICADOS. DECOMISO. IMPROCEDENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Arts. 21.6, 22.8, 74, 109 y 274.1 Código Penal; 24 CE

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Mir Puig**

SÍNTESIS

Los géneros imitados y falsos importados fueron intervenidos antes de ser introducidos en el comercio, de donde la sentencia no encuentra perjuicio indemnizable.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Tercero.—(...)

B) Se impugna asimismo por dicha acusación particular el pronunciamiento que niega la responsabilidad civil *ex delicto* de todos los acusados.

Dicho motivo es común a los recursos de apelación de Sporloisirs SA y BASI SA, de Nike International Ltd., y de Cinq Huitième SA.

El motivo debe ser rechazado.

Se dan por reproducidos todos los argumentos aducidos por el juez *a quo* en la sentencia impugnada, para negar la responsa-

bilidad civil, en el Fundamento Jurídico Décimo.

Los géneros imitados y falsos importados fueron intervenidos antes de ser introducidos en el comercio al que estaban dirigidos de forma inequívoca, sin llegar a producirse su venta fuera del círculo de los responsables de del delito, por lo que no se ha producido ningún perjuicio efectivo para los titulares de los derechos de exclusividad de la marca infringidos, pues de la sola falsificación, si ésta no llega a ser introducida en el mercado minorista al que está dirigida, no se enlaza ningún tipo de perjuicio que haya de resultar reparado en esta sede jurisdiccional, pues el artículo 109 del Código Penal única-

mente contempla como resarcible en este ámbito los perjuicios causados por el hecho delictivo (responsabilidad civil *ex delicto*). (Vide. nuestra Sentencia de fecha 11 de marzo de 2009, en el Rollo de apelación

254/2008 PA 239/2005 del Juzgado de lo penal 4 de Barcelona. También nuestra sentencia de fecha 27 de marzo de 2009, en el rollo de apelación 25 de 2009, PA 297/2005 del juzgado de lo penal n.º 4 de Barcelona).

Sentencia 237/2009, AP BURGOS, Sec. 1.ª, de 6 de noviembre de 2009

RECONOCIMIENTO FOTOGRÁFICO EN SEDE POLICIAL; NO SUSTITUYE A UNA GENUINA PRUEBA

Arts. 550, 551 y 552.1 Código Penal; 24 CE; 741 LECrim.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Teresa Muñoz Quintana

SÍNTESIS

La utilización de fotografías para iniciar una investigación policial es un medio lícito y normal de actuación, pero de ninguna manera constituye un medio de prueba válido para basar exclusivamente en él una condena.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Segundo.—(...)

Llegados a este punto cabe tener en cuenta el valor dado jurisprudencialmente a los reconocimientos fotográficos, así la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1999 dice «la iniciación de una investigación policial, mostrando a la persona denunciante unas fotografías de posibles sospechosos, es un medio lícito y normal de poner en marcha la actividad policial, pero de ninguna manera constituye un medio de prueba válido ya que no se puede basar una condena en algo tan provisional e inicialmente inconsistente como un reconocimiento fotográfico». En parecidos términos se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo de 16-6-1999, 22-6-2000, 20-3-2001 y 26-1-2002, entre otras.

Igualmente la sentencia del Tribunal Supremo Sala 2.ª, de fecha 28 de septiembre de 1999, ha sostenido que el reconocimiento

fotográfico realizado en sede policial, consistente en la exhibición de un álbum o serie de fotografías de delincuentes conocidos que por su *modus operandi* pueden ser sospechosos de haber cometido el delito que se persigue, constituye diligencia legítima de iniciación de la investigación dirigiéndola contra la concreta persona reconocida por la víctima de aquél; medio o técnica generalmente utilizada en la práctica de todas las policías de los distintos países. También el Tribunal Constitucional ha negado eficacia probatoria por sí sola a la diligencia de reconocimiento fotográfico (STC 1, de 17 de junio de 1986), al concebirlo simplemente como «un medio válido de investigación en manos de la Policía» (STC, 1.ª, núm. 172/1997, de 14 de octubre). De esta manera, la identificación mediante exhibición de fotografías en sede policial no puede reemplazar a las diligencias judiciales de reconocimiento e identificación verificadas con las formalidades legales, y en modo alguno

puede constituir un medio de prueba dada su naturaleza preprocesal.

(...)

En aplicación de lo cual, estando al presente caso de los tres agentes reseñados con anterioridad, dos de ellos se limitaron a presenciar la diligencia de reconocimiento fotográfico, por lo que debemos centrarnos en lo manifestado por el agente n.º ... que llevó a cabo su práctica, y el cual según se recoge en el acta de juicio, y así se desprende también en la sentencia recurrida, aun cuando se ratifica en el reconocimiento fotográfico, también se recoge que «creía» que el conductor era el número uno. Es decir, manifestación que deja lugar a dudas, máxime cuando en modo alguno se llevó a cabo ninguna diligencia de reconocimiento en rueda, como diligencia complementaria de la anterior diligencia de reconocimiento fotográfico (con fotografías tan sólo de los hermanos Florián Lucas Casiano), sobre todo si como

también se desprende de las declaraciones de los agentes son evidentes los parecidos existentes entre todos estos hermanos.

Lo expuesto levanta serias dudas sobre la autoría de Florián en relación con los hechos delictivos cuya participación se le atribuye, dado que con lo practicado y expuesto, esta Sala no alcanza el convencimiento preciso para confirmar la condena del mismo, al ser necesario una plena certeza al margen de cualquier conjetura o sospecha más o menos fundada, sobre su participación. Lo que nos conduce, en aplicación del principio *in dubio pro reo* íntimamente relacionado con el de presunción de inocencia, a la estimación de este primer motivo de recurso, y a dictar respecto de este recurrente sentencia absolutoria, (tanto en cuanto a la responsabilidad penal como a la consecuente responsabilidad civil), dado que como señala la jurisprudencia en toda situación confusa o de duda ha de acogerse aquella posición que beneficie al reo.

Sentencia 64/2009, AP PONTEVEDRA, Sec. 5.ª, de 6 de noviembre de 2009

DEPÓSITO DE ARMAS DE GUERRA HECHO POR UNA SOLA PERSONA:
EL AUTOR ES TRATADO PENALMENTE COMO «PROMOTOR»

Arts. 368, 369.1.6, 566.1.1, 566.2, 567.1 y 568 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Carlos Montero Gamarra**

SÍNTESIS

La compatibilidad del subtipo agravado de ser el promotor del depósito de armas de guerra con la realización del delito por una sola persona es expresamente admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya que la alternativa llevaría absurdamente a la absolución, puesto que la cooperación resulta entonces intrínsecamente imposible.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Décimo.—(...)

Una sola arma de guerra integra ya el depósito conforme a la sentencia del Tribunal Supremo 2270/2001 de 1 de abril, que nos dice que «Es obvio que en el nuevo Código, una sola arma de guerra constituye depósito, modificándose por tanto el criterio del Código anterior que exigía la reunión de tres armas para alcanzar el depósito, aunque se reputase constitutivo de depósito la tenencia de una sola arma, tratándose de ametralladoras, pistolas y fusiles ametralladores y bombas de mano».

El art. 567 del actual Código Penal, amplía pues el concepto de depósito, puesto que la sola fabricación, comercialización o depósito de «cualquiera» de dichas armas, es constitutivo de delito. En consecuencia, bastará con poseer una sola, con independencia de su modelo y clase, y aun cuando se halle en piezas separadas, para entender colmado el tipo.

Habiendo declarado la sentencia del Tribunal Supremo 2270/2001 de 1 de abril, con relación a los subfusiles, que «El carácter de arma de guerra del subfusil o metralleta ha sido reconocido en las sentencias de esta Sala 892/94 de 21 de abril y 2019/97 de 5 de marzo, en la que se afirma que el subfusil ametrallador ocupa un lugar intermedio entre la pistola ametralladora y el fusil ametrallador...».

En la misma línea se encuentra la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2002, entre otras, que confirma la valoración de depósito de armas de guerra a la tenencia de un subfusil «Uzi», pues para la consideración del art. 567.1, una sola arma de guerra constituye depósito, a diferencia del Código anterior que exigía la reunión de tres de estas armas para alcanzar el depósito.

Habiendo declarado asimismo el Alto Tribunal en STS 944/2007, de 21 de noviembre, que «la posesión disponible de las ar-

mas, sin que conste origen próximo o destino, implica la disponibilidad mínima del depósito», que con arreglo a la STS 18-03-1991 (y ss 9-10 y 12-11-1986) «El delito no exige el contacto físico con el arma, sino una sujeción de ésta a la disponibilidad del autor, quien debe conocer la existencia del arma o armas», siendo irrelevante, señala la STS 20-1-1996, que quien establece el depósito sea propietario del armamento.

Es más «El delito de depósito de armas y municiones no es una figura que exija una pluralidad de sujetos activos, razón por la que ha de rechazarse la idea de la participación impropia o necesaria. Una sola persona puede cometerlo, tal ha sido dicho, y en ese caso será autor único». (SSTS 22-1-2002 y 16-11-2007).

Jurisprudencia reciente se inclina cuando se trata del supuesto de un depósito de armas hecho por una única persona, porque el agente sea equiparado al promotor u organizador (SSTS, entre otras, 5 de marzo 1997, 10 de marzo de 1999, y 16 de febrero de 1991).

La compatibilidad del subtipo agravado de ser promotor del depósito de armas de guerra con la realización del delito por una sola persona, ha sido tratada muy recientemente por nuestro Alto Tribunal en STS 991/2007 de 16 de noviembre, diciendo que «la posibilidad de un depósito de armas constituido por una sola persona ha sido expresamente admitida por la jurisprudencia de esta misma Sala. La STS 314/1997, 5 de marzo, declaró que mal cabe hablar de cooperación cuando se trata del depósito hecho por una sola persona. Así las cosas, el agente único ha de ser equiparado al promotor u organizador en actuaciones más complejas, tal y como se lee, por ejemplo, en la Sentencia de 10 de marzo de 1979. La alternativa llevaría absurdamente a la absolución, puesto que la cooperación resulta entonces intrínsecamente imposible. Por el contrario,

nada impide que el organizador del depósito sea a la vez su ejecutor.

En línea similar la STS 206/2001, 16 de febrero, también optó por la pena agravada, razonándolo que el acusado, fue naturalmente el «promotor» y «organizador» de la acumulación de armas llevada a cabo en su domicilio, puesto que fue la única persona que materialmente las adquirió y reunió. La STS 227/2001, 1 de abril, alude a la significación gramatical de la palabra promotor,

concluyendo que puede serlo una persona que actúe por sí sola, sin coordinación con otras. El mismo entendimiento es postulado por la STS 220/2002, de 11 de febrero, mientras que la STS 492/2006, de 9 de mayo, acoge similar criterio y concluye que independientemente de que el acusado recibiera colaboración de terceros o estuviera concertado con ellos, la constitución del depósito de armas y municiones debe atribuirse de formas especial al recurrente.

Sentencia 186/2009, AP NAVARRA, Sec. 2.ª, de 17 de noviembre de 2009

PROFANACIÓN DE CADÁVERES: AMPUTACIÓN DE UN DEDO DE LA MANO DEL CADÁVER. DOLO.

Arts. 21.5.º, 138, 139.1 y 526 Código Penal

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco José Goyena Salgado**

SÍNTESIS

No aprecia el Tribunal del Jurado que exista delito en el hecho de cortar-le un dedo al cadáver de la víctima por cuanto el tipo de profanación de cadáveres exige la concurrencia del específico dolo de faltar al respeto debido a la memoria de los muertos.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—(...)

D) Los hechos declarados probados no son constitutivos de un delito de profanación de cadáveres.

El citado delito mantenido por alguna de las acusaciones, está tipificado en el artículo 526 del Código Penal.

Por lo que al presente caso nos ocupa, establece el artículo 526 C. Penal: «El que, faltando al respeto debido a la memoria de

los muertos... profanare un cadáver... será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses».

Señala el T. Supremo, en su sentencia de 20 de enero de 2004, que dos son los elementos que tipifican tal delito: 1. Ha de existir un acto de profanación de cadáver; y 2. Tal acto de profanación de cadáveres ha de hacerse «faltando al respeto debido a la memoria de los muertos».

Dicha redacción objetiva del tipo, seguida por la mayoría de la doctrina científica y

ratificada por la STS de 12 de diciembre de 2007, supone que ha de excluirse en el tipo de delito que examinamos, la exigencia de un elemento subjetivo del injusto a agregar al dolo que ha de existir en toda clase de delitos dolosos.

En definitiva, como señala la citada STS 20-1-2004 «... sólo es necesario aquí el dolo, en cuanto exigencia de que el sujeto activo haya actuado con el conocimiento de la concurrencia de los elementos objetivos, especificados en la norma: conocimiento de la profanación del cadáver o sus cenizas y además conocimiento de que con el acto concreto de profanación que ha realizado, ha estado “faltando al respeto debido a la memoria de los muertos”», siendo dicho «respeto debido a la memoria de los muertos», en suma, «la mención en la definición legal del bien jurídico protegido: el valor que la sociedad confiere a un cadáver en cuanto cuerpo de una persona fallecida».

Hay que señalar por otra parte, como ponen de relieve las indicadas STS 20-1-2004 y 12-12-2007, que los actos de profanación de un cadáver o sus cenizas, «han de tener siempre una cierta entidad para que pueda entenderse afectado ese bien jurídico y para esto sirve este requisito exigido en este artículo (la mencionada falta de respeto), como puede deducirse de que tal elemento típico no apareciera en la falta —ya desaparecida— del artículo 577».

Aplicando dicha doctrina a los hechos enjuiciados, y concretamente los referidos a aquéllos en que las acusaciones propugnan la comisión del delito de profanación de cadáveres, como ya apuntábamos, no estaríamos ante dicho delito.

Los miembros del jurado han declarado probado, en el punto 16 bis del objeto del veredicto, que le acusado «tras estrangular y causar la muerte de Hortensia, con el fin de poder hacerla desaparecer más fácilmente, intentó descuartizarla, llegando a seccionar el dedo índice de la mano derecha y realizar cortes en la muñeca derecha», lo que supondría la concurrencia del primer elemento

objetivo del delito que examinamos: un acto de profanación del cadáver.

Ahora bien, no concurriría el segundo elemento del delito, que necesariamente, conforme a la doctrina del T. Supremo expuesta, ha de aparecer, esto es, que con dicho acto de profanación se tuviera por parte del acusado la voluntad y conciencia de «faltar al respeto debido a la memoria de los muertos».

No se trata de un elemento subjetivo del injusto, sino que abarcado por el dolo genérico, el acusado con dicho acto: cortar el dedo índice de la mano derecha y realizar otros cortes en la muñeca derecha, a su acción criminal de dar muerte a otra persona, persiguiera también la realización de otro delito, a resolver en concurso de delitos, y siendo consciente de ello buscar el faltar al respeto debido a la memoria de Hortensia, ya muerta.

No ha quedado así probada la concurrencia de este segundo elemento subjetivo, a la vista de las declaraciones del acusado, que señala que la finalidad de cortarle el dedo era para facilitar la desaparición del cuerpo. En su declaración en fase de instrucción, aportada por las partes acusadoras, manifestó: «... que no tenía intención de quitar el dedo índice de la mano derecha. Eso ni lo sabe, pensaba que era muy grande y no podría con todo. Luego se dio cuenta y pensó, qué vas a hacer, cortarla por la mitad, dijo, para, para». Y sigue diciendo más adelante: «Piensa en llevarse el cuerpo y a pesar de que le horroriza todo lo de la sangre y estas cosas cree que tiene que hacerlo más pequeño. Sabe que es absurdo empezar con un dedo, su idea era seguir cortando pero no pudo, por eso cortó ese dedo, no por otra cosa. Lo corta con un cuchillo grande, cree que no intenta hacer ningún otro corte en el cuerpo. Cuando se dio cuenta del horror que era aquello se paró».

No se deduce de sus declaraciones —no contradichas en el juicio oral— la voluntad y conciencia de faltar al respeto debido a la memoria de Hortensia ya muerta.

Cabe señalar que el hecho objeto de veredicto referido a este delito, redactado conforme al escrito de acusación de la Acusación Particular, recoge expresamente la finalidad que le atribuye dicha acusación: «con el fin de poder hacerla desaparecer más fácilmente», no incluyendo que el acusado buscara faltar al respeto debido.

Ciertamente que en otros casos dicha falta de respeto a la memoria de los muertos, podrá objetivarse a la vista de cómo se comportó el sujeto activo con el cadáver o sus cenizas, esto es, cuando el trato dado al cadáver o sus cenizas exceda de la pura y simple finalidad de ocultar o hacer desaparecer

el cadáver, o cuando se realicen sobre él actos innecesarios que repugnen «al valor que la sociedad confiere a un cadáver en cuanto cuerpo de una persona fallecida» —en dicción de la STS de 20-1-2004— pero no es el caso presente, pues aun cuando sea censurable que procediera a cortarle un dedo y producir otros cortes en la muñeca, lo mismo si se quiere que a intentar ocultarlo tapándolo con bolsas de basura y dejarlo tirado en un zona boscosa, no tienen por su gravedad concreta entidad suficiente para objetivar, más allá de las declaraciones del acusado, el exigido requisito del tipo de faltar al respeto debido a la memoria de Hortensia ya fallecida.

CRÓNICA LEGISLATIVA

FEBRERO

- ❑ Resolución de 31 de enero de 2010 (BOE de 5 de febrero), de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2010 el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.
- ✓ Actualiza las cuantías indemnizatorias para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación recogidas en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre (Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor).
- ✓ Se revisan las cuantías de las tablas indemnizatorias referentes a:
 - Indemnizaciones básicas por muerte, incluidos daños morales (Tabla I).
 - Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por muerte (Tabla II).
 - Indemnizaciones básicas por lesiones permanentes, incluidos daños morales (Tabla III).
 - Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes (Tabla IV).
 - Indemnizaciones por incapacidad temporal, compatibles con otras indemnizaciones (Tabla V).

MARZO

- ❑ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE del 4).

- ✓ Objetivos: informar, educar y garantizar el derecho a la salud sexual y reproductiva, plena igualdad entre hombres y mujeres, así como garantizar el acceso a métodos seguros y eficaces de regulación de la fecundidad y a la información sanitaria sobre anticonceptivos y sexo seguro.
- ✓ Incluye medidas informativas (campañas de sensibilización sobre la materia), formativas (inclusión de la salud sexual y reproductiva en los programas universitarios) y una Estrategia de Salud Sexual y Reproductiva (cada cinco años el Gobierno y las Comunidades Autónomas elaborarán un plan para el adecuado desarrollo de estas políticas).
- ✓ Requisitos comunes:
 - Ser practicado por médico especialista (o bajo su dirección) en un centro sanitario acreditado.
 - Mediar consentimiento expreso y por escrito de la embarazada.
- ✓ Modifica el Código Penal:
 - Nueva redacción al artículo 145, con el fin de limitar la pena impuesta a la mujer que consiente o se practica un aborto fuera de los casos permitidos por la ley, eliminando la previsión de pena privativa de libertad.
 - Introduce un nuevo artículo 145 bis, a fin de incorporar la penalidad correspondiente de las conductas de quienes practican una interrupción del embarazo dentro de los casos contemplados por la ley, pero sin cumplir los requisitos exigidos en ella.
- ✓ Entrada en vigor: a los cuatro meses a partir del día siguiente al de su publicación en el BOE.
- Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso (BOE del 11).
 - ✓ Objetivos:
 - Regular un procedimiento para que las autoridades judiciales españolas puedan transmitir aquellas sentencias firmes por las que se imponga un decomiso, a otros Estados miembros de la Unión Europea.

- Establecer un modelo en el que las autoridades judiciales españolas puedan reconocer y ejecutar tales resoluciones cuando le sean transmitidas por otro Estado miembro.

✓ Novedades:

- contar con un concepto homogéneo de decomiso;
- remediar los problemas derivados de las dudas de localización de los bienes objeto de decomiso;
- reconocimiento de la competencia del Juez de lo Penal para pedir informes al Ministerio Fiscal antes de ejecutar una resolución de decomiso procedente de otro Estado miembro y
- consolidación de una política lingüística, lo que conlleva la traducción al español de los formularios que se remitan a nuestro país por las autoridades competentes de los Estados miembros.

- Ley Orgánica 3/2010, de 10 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y complementaria a la Ley para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso por la comisión de infracciones penales (BOE del 11).

- ✓ Nuevo apartado 4 al artículo 89 bis: competencia de los Jueces de lo Penal para la adopción de las medidas previstas en la Ley 4/2010, cuando España sea Estado de ejecución de las resoluciones de decomiso dictadas por tribunales de otros Estados miembros de la Unión Europea para su cumplimiento en nuestro país.

- Instrumento de Ratificación del Protocolo número 13 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, relativo a la abolición de la pena de muerte en todas las circunstancias, hecho en Vilna el 3 de mayo de 2002 (BOE de 30 de marzo de 2010).

- ✓ Reconoce el derecho de toda persona a la vida, como un valor fundamental en una sociedad democrática y la abolición de la pena de muerte como algo esencial para proteger ese derecho.
- ✓ El objetivo de este Protocolo es el deseo de proteger el derecho a la vida, plenamente garantizado por el Convenio para la Protección de los

Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

- ✓ El Protocolo entró en vigor, de forma general, el 1 de julio de 2003 y para España lo hará el 1 de abril de 2010.

ABRIL

- ❑ Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (BOE del 29).
 - ✓ Esta Ley transpone la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005.
 - ✓ Regula de forma unitaria los aspectos preventivos tanto del blanqueo de capitales como de la financiación del terrorismo, poniendo fin a la dispersión actual.
 - ✓ Mantiene la competencia de la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo para acordar el bloqueo o congelación de fondos cuando existan motivos que lo justifiquen.
 - ✓ Deroga la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO PENAL

I. TRATADOS, MANUALES Y COMENTARIOS LEGISLATIVOS

CLIMENT DURÁN, C., *Código penal con jurisprudencia sistematizada*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2010.

II. LIBROS COLECTIVOS, HOMENAJES Y OTRAS OBRAS GENERALES

ARROYO/BIGLINO/SCHABAS (Coords.), *Por la abolición universal de la pena de muerte*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2010.

FABIÁN CAPARRÓS/PÉREZ CEPEDA (Coords.), *Estudios sobre la corrupción*, Salamanca (Ratio Legis), 2010.

SERRANO PIEDECASAS/DEMETRIO CRESPO (Dirs.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Madrid (Iustel), 2010.

III. MONOGRAFÍAS DE PARTE GENERAL

MIRÓ LINARES, F., *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, Barcelona (Atelier), 2010.

IV. MONOGRAFÍAS DE PARTE ESPECIAL

ADAME MARTÍNEZ, F., *Autoría y otras formas de participación en el delito fiscal*, Granada (Comares), 2009.

CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Madrid (Reus), 2010.

DÍAZ LÓPEZ, J.A., *El delito de usurpación del estado civil*, Madrid (Dykinson), 2010.

GALÁN MUÑOZ, A., *Libertad de expresión y responsabilidad penal por contenidos ajenos en Internet*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2010.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. (Dir.), *Delitos e infracciones contra la Hacienda Pública*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2009.

RALLO LOMBARTE/ARROYO ZAPATERO, *Robo de identidad y protección penal de datos*, Cizur Menor (Thomson/Aranzadi), 2010.

SÁNCHEZ DE LARA/CHICANO, *Del acoso sexual: aspectos penales*, Cizur Menor (Thomson-Civitas), 2010.

SERRANO PIEDECASAS, M., *Cuestiones actuales de derecho penal empresarial*, Madrid (Calex), 2010.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2.^a ed., Madrid (BdeF), 2010.

V. CRIMINOLOGÍA

DUPLÁ/VILLANUEVA (Coords.), *Con las víctimas del terrorismo*, San Sebastián (Gakoa), 2009.

DERECHO PROCESAL PENAL

I. MANUALES, COMENTARIOS Y OBRAS GENERALES

BANACLOCHE PALAO, J. y ZARZALEJOS NIETO, J., *Aspectos fundamentales del proceso penal*, Ed. La Ley, Madrid, 2010.

MONTERO AROCA, J.; GÓMEZ COLOMER, J.L.; MONTÓN REDONDO, A., y BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III. El proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Criminal. Novena lectura constitucional*, Ed. Atelier, Barcelona, 2010.

II. MONOGRAFÍAS

BARONA VILAR, S., *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

BEGUÉ LEZAUN, J., *El proceso ante el Tribunal del jurado. Práctica y análisis jurisprudencial*, Ed. Bosch, Barcelona, 2010.

CAMARENA GRAU, S., *Procedimiento penal abreviado. Vol. I: Preparación del juicio oral*, Ed. Foro Jurídico, Valencia, 2010.

CUADRADO SALINAS, M.C., *La investigación en el proceso penal*, Ed. La Ley, Madrid, 2010.

CHIRINOS RIVERA, S., *La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género. Cuestiones prácticas y básicas en torno a la ley*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

CORREA DE CARVALHO, J.T., *Tráfico de drogas. Prueba penal y medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Lisboa, 2010.

GUZMÁN, C.A., *El examen en el escenario del crimen. Método para la reconstrucción del pasado*, Ed. B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2010.

KAHALE CARRILLO, D., *La violencia de género en el contenido de los estatutos de autonomía*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.

MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

NÚÑEZ CASADO y otros, *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

RAMÓN RIVAS, E.; ARROM LOSCOS, R. y NADAL GÓMEZ, I., *La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.

RIVES SEVA, A.P., *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal. Análisis doctrinal, legislación y jurisprudencia*, Ed. Bosch, Barcelona, 2010.

RUIZ MORENO, J., *La prohibición de la reformatio in peius en el proceso penal español: su consideración a la luz de la jurisprudencia*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

SIBONY, R., SERRANO, M.A. y REINA, O., *Proceso penal práctico en la Ley integral contra la violencia de género. Estatuto integral de la víctima de violencia de género*, Ed. Bosch, Barcelona, 2010.

VERVAELE, J., *El derecho penal europeo*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2010.

ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., *El policía infiltrado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

III. OTROS

MARTÍ MINGARRO, L., *Crisis del derecho de defensa*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010.